

元首道歉與轉型正義：原住民族權利之展望

●蔡志偉 (Awi Mona) / 國立東華大學財經法律研究所暨法律學士學位學程副教授

前言

2016年8月1日，蔡英文總統對於過去四百年來，台灣原住民族承受的苦痛和不公平待遇，代表中華民國政府向原住民族提出道歉。文稿中述及：「我相信，一直到今天，在我們生活周遭裡，還是有一些人認為不需要道歉。而這個，就是今天我需要代表政府道歉的最重要原因。把過去的種種不公平視為理所當然，或者，把過去其他族群的苦痛，視為是人類發展的必然結果，這是我們今天站在這裡，企圖要改變和扭轉的第一個觀念。」¹

然而，一連串政府作為，非但未能化解一般社會大眾對於原住民族轉型正義的內涵，尤有甚者，更直接指摘原住民族轉型正義的論述恐有「以合法掩護非法之譏」。如行政院農業委員會林務局在總統道歉後，隨即預告〈原住民族採取傳統領域土地森林產物管理規則〉草案，表示將開放原住民在國有林、公有林地合法採集森林產物，包括野生植物、菌類等，以及得專案申請採集十二種貴重林木，被視為「還權原住民族」的具體實踐。對此項草案之預告，即有學者透過媒體表示，管理規則一旦開放，是否會造成山老鼠利用原住民盜取珍貴林木，形成「合法掩護非法」，政府必須要留意。甚而指出，原住民族部落眾多，究竟有多少部落具備以維護生物多樣性之永續發展的管理能力²，再有如國慶大典儀式上，司儀以「阿薩不魯哥」介紹台灣原住民³，更突顯出台灣社會對於原住民族社群的刻板印象，一而再、再而三的反覆重現此一歧視關係。

蔡英文總統於2011年投入總統選戰時，藉由參與霧社事件紀念日之儀式，首次提出若當選總統，將循澳洲與加拿大之模式，以國家元首身分代表政府為原住民族過去所遭遇的不正義，正式向台灣原住民族道歉。本項承諾雖遲至2016年才完成，政府也好、政黨也罷，即或是台灣社會卻都沒有因為過去這五年多的時間，對於國家與原住民族之特殊關係加以反省、協商與和解，更遑論是要獲致總統所承諾之與原住民族重建新的夥伴關係。

本文以為，轉型正義之工程本非易事，其中最關鍵者仍繫於對於歷史真相之認識與理解。是以，本文將試以總統道歉文稿作為梳理國家與原住民族間之特殊關係的理解起點，冀能作為原住民族權利展望之思考。

國外經驗

從國際間普遍存在的原住民族與國家間之接觸歷史來看，主權國家藉由「合法化」之方式，包括諸如「征服原則」（Doctrine of Conquest），或係以「無主地（terra nullius）占有」等法律原則，確立了國家對於原住民族非人格化之論述⁴。究其實質上之應用，國家對於原住民族人權的排除，發端於中世紀教會對於非基督徒狀態理解之概念下所發展，其後則接續被應用在歐洲國家對於新世界的殖民征服⁵。易言之，以英國為主所建構之殖民事業為例說明，即多採以達爾文所倡議之物種進化論，進而應用於人種社會區隔之文化進化論的殖民治理策略上。

眾所周知的澳洲與加拿大兩國，分別於2008年由該國元首提出向原住民族的國家道歉。時任澳洲總理的陸克文（Kevin Rudd）先生，係在國會以總理的身分代表政府為「失竊的一代」（Stolen Generations）向澳洲原住民族正式道歉。亦即，道歉的具體事由「失竊的一代」，係指澳洲政府於1869年至1970年間對於原住民族孩童實行「同化政策」所影響之世代。而該項源自殖民治理思維之同化政策，其基本理據即在表徵原住民族文化為落後、未開化且無知，遂強行將數萬名原住民族孩童送至白人家庭或政府機構，以達到「白化」原住民族的結果。

另以，加拿大的事例則應將時間拉回1990年代所設置「皇家原住民族委員會」（Royal Commission on Aboriginal Peoples），該委員會係為回應「奧卡危機」（Oak Crisis）⁶和「密契湖修憲協定」（Meech Lake Accord on the Amendment of Constitution）⁷之需求，啟動為時五年（1991～1996）之久的調查，目的在重構原住民族與加拿大之特殊法主體關係，並揭示四大工作策略：包括「建立條約、協定機制」、「確認原住民族自治與政府權能」、「回復原住民族傳統領域土地及自然資源權利」及「啟動一系列之語言、文化、教育、社會福利、社會安全等措施」。立基於前開「皇家原住民族委員會」的政策建議，並回應聯合國《原住民族權利宣言》（UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples/DRIPs）之研提，加拿大政府對於實施一世紀之久之同化原住民族孩童政策，亦即印地安寄宿學校（Indian Residential Schools/IRS），啟動協商和解的工程。

對於許多加拿大原住民族之族人而言，寄宿學校實係一文化滅絕與屠殺（cultural genocide）之場域，總計約十五萬名原住民族孩童被迫進入寄宿學校，語言上禁止使用原住民族語，信仰上被迫放棄本我的祖靈，而須以基督宗教作為唯一信仰，造成原住民族世代間形成文化隔離與認同失序，而有身、心、靈等層面遭致不可平復之傷害。終至2007

年9月，加拿大政府通過並實施《印第安寄宿學校解決協議》（Indian Residential Schools Settlement Agreement／IRSSA），繼而在2008年6月由加拿大總理哈珀（Stephen Harper）針對加拿大印第安約十五萬名原住民族孩童寄宿學校提出國家道歉，成立「真相與和解委員會」，並提供金錢上的賠償與設置療癒基金會。

本文進一步摘錄加拿大總理所提之道歉文稿內容，舉其要者，包括：加拿大政府為了將原住民族學童同化於主流文化，強行將原住民族學童從家中帶離並隔離於寄宿學校；加拿大政府預設了主流文化優於原住民族文化，冀以完全消滅每一個原住民族學童的文化認同；寄宿學校禁止原住民族文化實踐，並且壓迫原住民族語言；寄宿學校忽略了照護學童的基本義務，如：健康維護、適當的營養，導致死亡和疾病。從前揭摘錄之項目可知，事實上，寄宿學校的目標即係「在孩童時期『消滅』印地安人」。雖非謂透過外力造成原住民孩童生理上的死亡結果，確係如同澳洲政府所採行之家長主義與同化政策，造成原住民族文化、歷史和身分認同的延續與保存，遭受國家種族主義式的融合政策壓迫。

綜整來說，延續歐洲殖民事業的澳洲與加拿大兩國，對於原住民族在國家建構過程中的法律定位，實係體現深植於歐洲殖民者行動下對於原住民族的普遍認知，亦即定位原住民族係屬道德上低等與文化上落後的非我族類⁸。這樣的法理論述，形構主權國家與原住民族間存在文明與野蠻社會之分野，證成了同化原住民族的殖民手段與否定其權利狀態的基本理論⁹。

值得注意的是，聯合國大會在2007年通過《原住民族權利宣言》之時，澳洲與加拿大同樣對於前開宣言投下反對票（餘二反對國家為美國與紐西蘭），理由則包括反對原住民族享有自決權，或係對於宣言內容有關土地權及同意權之行使，多認其內國法已有規範或與其規範相違。然而，宣言不只在其序言中揭示「歷史正義與轉型正義之實踐」為其核心本旨¹⁰，更在條文中具體例示了「尊重原住民族和個人享有不被強行同化或其文化被毀滅的權利」、「禁止任何旨在或實際破壞他們作為不同民族的完整性，或剝奪其文化價值或民族特性」、「禁止任何形式的強行同化或融合的行動」¹¹。在澳洲與加拿大於2008年分別提出對於原住民族所受歷史不正義之國家道歉後，澳洲隨即在2009年4月由時任總理的陸克文正式簽署宣言¹²，加拿大政府亦在2010年11月完成宣言之簽署¹³，肯認原住民族權利之普世價值。

再看總統道歉文稿

其一，總統道歉文稿中提及憲法增修條文裡的「山胞」正名為「原住民」，去除了長期以來帶有歧視的稱呼，更突顯了原住民族是台灣「原來的主人」的地位。然而，對於台灣多數的非原住民朋友而言，「山胞」或是「原住民」的概念，似乎多著眼於「優惠政策」的實施，而較少去探究名稱上之意義及其轉變。殊不知，「山胞」之概念係延

續日治時期所界定之「蕃人」，不過為表現出國家統治政策上之同化需求，改以「山地同胞」作為政策上之指稱¹⁴。實則，若進一步仔細推敲，則可發現日治時期之「蕃人」論說，本係用以確認「蕃人」之非法人格主體，繼而合理化國家將「蕃人」排除於法律治理範圍之外的作為¹⁵。

其二，總統道歉文稿述及：四百年來，每一個曾經來到台灣的政權，透過武力征伐、土地掠奪，強烈侵害了原住民族既有的權利。同時，文稿內容也提醒了大家，漢人史觀在國家建構中的詮釋，邊緣化原住民族在歷史洪流中的位置。不過可惜的是，文稿內容缺少了實際事例的呈現，無法拉近歷史與當代社會之間的連結。抽象的歷史詞藻，非但未能促進整體社會對於元首道歉的認知與理解，也加深了原住民族與非原住民設群之間的鴻溝。

實則，戰後國民政府對於「山胞」之治理，雖未如日治時期採取特殊行政之方式，改以普遍性之行政管轄，卻仍未脫離行政專權之思維，在有關山胞身分、山地保留地之規範上，僅採以行政規則或行政命令之方式行之。有關「原住民身分」與「原住民保留地」之法制建構，分別遲至2001年1月¹⁶及1985年12月¹⁷才完備法律保留原則之要求。在缺乏法律保障之架構下，「原住民」因其歷史由來之國家認知，多以「文化落後、不文明」之政策表現於外，遂而強化了非原住民社會對於此一「人種分類」該存在歷史或社會性的歧視。再者，原住民保留地之行政管制手段，雖有後設性之母法授權，卻無視於原住民族作為土地原初合法占有者之地位，以國家法律之外衣，合法化國家高權侵奪原住民族土地之不正義作為。

再從國家統治原住民族的殖民遺緒觀點來說，今天我們可以很明確地表示，對於原住民族來講，日本時代是一個殖民政府，我們也都知道，日本殖民政府約莫自1930年代左右開始實施皇民化政策。戰後國民政府抵台，為祛除日治時期皇民化的各項影響，開始推行漢化跟中國化，歷經兩個現代型國家政權的治理，國族意象始終未見原住民族的位置。1980年代台灣民主化運動促成台灣走向一個比較屬於民主、憲政的體制之後，我們又發現台灣的社會強調的是推行本土化、台灣化，在這樣的過程中，原住民族的主體論述依舊不見蹤影。在不同政權的法律與政策論述中，原住民族一直都是被指定、被界定、被要求、被期待要成為政府所想像的一種具有特別文化特質的社群，而這種特質卻是以法律結構僵化了原住民族處於被支配者之角色。

再者，原住民族的土地究竟發生了什麼事情？為什麼原住民族在歷史正義及轉型正義的回復主張，特別要強調土地正義，始終是困惑著一般社會大眾的歷史難題，更是台灣原住民族在歷史境遇中不可承受之輕。以當前管理本屬原住民族傳統領域土地最大宗之行政機關—林務局，從歷史文獻資料中之記載，林務局係淵源自1945年10月臺灣省行政長官公署成立後，新設「臺灣省行政長官公署農林處林務局」。林務局成立後做的第一件事，就是接收原本臺灣總督府林政營林等業務。再看已民營化的台灣糖業股份有限

公司，根據文獻資料，台糖公司過去種植甘蔗的面積最高達十二萬公頃，然而，原住民保留地的土地總面積也不過才二十六萬公頃。換言之，台糖公司所種植甘蔗的土地面積就將近原住民保留地的一半。實則，台糖於其創立之初也是接收日本所屬在台各糖業相關機構。換言之，無論是台糖公司或是林務局，都是接收日本總督府占領台灣時期所取得的原住民族的土地。

縱然，在日治時期殖民法律架構下，國家藉由法律的論述，合理化侵奪原住民族既存占有土地的事實。然而，即使國家表彰既存占有的成立有其過往的社會基礎，即如以物種進化論之種族中心主義建構原住民族人種未開化之法律意識，並依此意識形態建立法律要件而採行之高權行政等，已為當前保障原住民族人權與多元文化的憲政理念所形構的社會價值與正義觀所完全不能容受¹⁸。此為總統道歉文稿中未能完整表述，亦係重構國家與原住民族夥伴關係之所必要的法理建構原則。

再以總統道歉文稿所提及：我們有相當進步的《原住民族基本法》，不過，這部法律，並沒有獲得政府機關的普遍重視。綜整來說，原住民族權利之未來開展，實繫於前開內容究無可能翻轉。從原住民族法制的建構過程來看，1997年憲法增修第10條，其中第11項揭示國家肯定多元文化，第12項確認原住民族權利保障的國家責任。實則，從本條文之架構立論，多元文化的憲政價值與國族特徵，非以原住民族權利的保障與實踐無以竟全功。換言之，憲法增修條文揭示保障原住民族傳統文化之基本國策，原住民族基本法則係以實現國家所體認之多元文化價值為其目的，就國家與原住民族間規範確係具有基本、指導、優位之法律位階¹⁹。

然而，實務上常見原住民族權利保障的司法理解，反映在原住民族狩獵文化的規範建構，卻是一個完整的原住民族文化，在現行國家法律中卻必須面臨被分割化與被碎裂化的困境。要言之，原住民族狩獵行為合法性的審查，必須分別符合不同法律規範之要求，包括原住民身分之確認、狩獵工具、狩獵範圍及狩獵對象之適法，乃至於狩獵動物之利用，國家都鉅細靡遺的加以規範。然則，多元文化價值的客觀表現，本係文化態樣的多元尊重，並強調任何族群或政治體都不應僅以自身之外顯基準，評價其他族群或政治體之存在、創造物與文明內涵²⁰。此外，一個文化行為卻分解成五個階段進行合法性的審視，不過是以強勢社群所組成之社會向來的功利角度出發，去構築了一個弱化跟控制原住民族的殖民法律結構，合法化國家暴力的過度介入與使用，反致形同曲解、同化、瓦解原住民族文化，致使多元文化的憲法價值無從達成。

再如，立法院於104年12月通過增訂《原住民族基本法》第2條之1，「為促進原住民族部落健全自主發展，部落應設部落會議」。依此規範意旨，「部落」經中央原住民族主管機關核定者，即具有公法人地位。換言之，「部落公法人」透過部落會議運作，於法律上享受權利及負擔義務，可以對外表示意思，對內管理，自訂規章，原住民族部落自治化，成為新式權利主體，成為原住民族自治體系的最小自治單位。儘管這樣的法制

發展趨勢值得肯定，但在國家統一的行政管制架構與嚴密的中立法令規範下，尊重並考量原住民族之傳統習慣，在部落公法人之制度設計上，不免造成國家法令與傳統習慣之間的衝突浮現。如何以客觀之法制度選擇，來理解原住民族部落之法主體性，在現代主權國家獨占法的制定、承認與執行之權威，恐有墜入同化與整合的深淵風險。如何讓台灣法律與社會正確的理解原住民族文化與部落組織所具有的法律概念，而不是以國家法律文化價值體系為框架，造成誤解了「原住民族」社會本有之法律規範的結果，不僅有助於本項原住民族部落作為公法人制度的開展，更有助於法治國原則下對人性尊嚴與人權保障目標的達成。

結論

8月1日是「原住民族日」，蔡總統依其競選承諾，對四百多年來原住民族為歷代統治者所掌控而加諸的國家暴力與剝削，代表政府向原住民族提出道歉。無奈的是，道歉儀式呈現的似乎僅是在元首個人與在場參與者之間的政治宣示。實際上，應該是這個國家的非原住民社會成員整體與原住民族的對話與和解。可惜了一次讓台灣社會學習與理解多元文化價值的機會。

蔡總統在道歉文中述及過往台灣社會盡以漢人沙文主義史觀，框限原住民族社群的被支配者地位，而形成了包括對原住民族整體政治、經濟、社會與文化的傷害，以及造成原住民族語言流失、平埔族群喪失身分等困境。從國際經驗的比較上看來，以原住民族觀點重建共享的史觀，確實是建立原住民族與國家特殊關係的基礎。

Jared M. Diamond於其2000年刊登於「自然」(Nature)之專文，從語言及文化的傳遞與散播，表達台灣給世界禮物的重要立論²¹，強調台灣是南島語(民)族文化的重要起源地。然而，從主權國家在台灣原住民族土地上的建構歷程來看，原住民族語言、教育和知識體系的傳承與存續，遭受國家國族主義式的同化教育所瓦解。原住民族土地、環境和傳統領域的守護與管理，遭受國家發現主義式的開發思維所剝奪。原住民族生理、心理和靈性健康的維持與促進，遭受國家福利殖民式的不義政策所侵犯。

對於原住民族權利的發展而言，原住民族歷史正義與轉型正義代表原住民族與國家藉由協商的過程，重新學習「多元文化」尊重與承認的生活態度。本文以為，從初始原住民族社會遭致正義之剝奪，到現代社會努力實踐的轉型正義，其中最為關鍵者即在於積極有效地實踐現代社會法治國共認的正義理念及價值。申言之，原住民族歷史正義與轉型正義不該僅是守護實證法之價值與意識，卻應係吸納原住民族法意識、政治、經濟、文化及社會使命等多面構面。

聯合國原住民族權利宣言申明「凡是基於或源於民族出身或種族、宗教、族裔或文化差異，鼓吹民族或個人優越的學說、政策或做法，都是種族主義的，科學上是謬誤

的，法律上是無效的，道德上應受到譴責，且從社會角度來說是不公正的」。千百年來生活在台灣土地上的原住民族，包括平埔族群，是台灣原來的主人。原住民族文化、語言、歷史、生活方式，以及創生與維續文化的社會與政治機制，是形成台灣多元文化內涵的最重要組成。是以，原住民族文化權的主張與充實，實與去殖民化、原住民族的自我認同、文化復振與文化傳承等議題息息相關。

參酌國外立法例與實務發展，國家道歉作為啟動原住民族歷史正義與轉型正義之立基，旨在賦權原住民族建構依據傳統文化為核心的治理模式，並支持原住民族傳統世界觀與習慣法及部落組織的法制化，確認原住民族與國家間存在政府對政府的互惠、互信關係。展望台灣原住民族權利的未來發展，政府應儘速全面盤點對原住民族造成歧視或違反原住民族基本法之國家法律與政策、並立即廢止或停止適用。其次，參考文前述及之加拿大與澳洲的國家經驗，政府應加速內國法化「聯合國原住民族權利宣言」與《國際勞工組織第169號公約》，並積極落實《消除一切形式種族歧視公約》、《公民與政治權利國際公約》與《經濟社會文化權利國際公約》。繼而，設立原住民族與國家協商對話之常態性溝通平台，法制化原住民族參與國家組成、形成、推動、落實各項國家作為之自由、事先知情同意權。

本文深信，國家社會的共識和團結，不必然只能建立在同質化上，差異性和多元性，更是力量的來源。本文期待生活在台灣所有的族群在這樣的基礎上，共商出療癒歷史創傷、促進族群共榮的和解方式。

【註釋】

1. 總統府，〈總統代表政府向原住民族道歉〉，《總統府官網》，2016年8月1日，<<http://www.president.gov.tw/Default.aspx?tabid=131&rmid=514&itemid=37797>>。
2. 「原住民林地採集 妥善配套以達轉型正義」，見陳林幸虹，〈原住民林地採集 妥善配套以達轉型正義〉，《中央廣播電台官網》，2016年8月10日，<<http://news.rti.org.tw/news/newsSubject/?recordId=1095>>。
3. Mulas/uliu 採訪報導，〈國慶介紹 16 族爭議 學者指文化認知不足〉，《原住民族電視台官網》，2016年10月11日，<<http://titv.ipcf.org.tw/news-24592>>。
4. U.N. Permanent Forum on Indigenous Issues, *Preliminary Study of the Impact on Indigenous Peoples of the International Legal Construct Known as the Doctrine of Discovery*, U.N. Doc. E/C.19/2010/13 (Feb. 4, 2010).
5. Robert J. Miller, "The International Law of Colonialism: A Comparative Analysis," *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 15, Issue 4, Winter 2011, pp. 847, 848-850.
6. 詳實的討論，請見 Rick Hornung, *One Nation Under the Gun: Inside the Mohawk Civil*

- War* (New York, Pantheon Books, 1992).
7. 詳實的討論，請見 Andrew Cohen, *A Deal Undone: The Making and Breaking of the Meech Lake Accord* (Vancouver/Toronto: Douglas & McIntyre, 1990).
 8. Robert A. Williams, Jr., *The American Indian in Western Legal Thought: the Discourses of Conquest* (New York, Oxford: Oxford University Press, 1990), pp.44-45.
 9. Paul Keal, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p.76.
 10. 「聯合國原住民族權利宣言」，序言：「關切原住民族過去由於殖民統治及其土地、領域與資源被剝奪等因素，而遭受的歷史不正義…亟需尊重並促進原住民族源於其政治、經濟、社會結構、文化、精神傳統、歷史及哲學的固有權利。」
 11. 「聯合國原住民族權利宣言」第 8 條。
 12. UN News Centre, “Experts hail Australia’s backing of UN declaration of indigenous peoples’ rights,” *UN News Centre*, April 3, 2009, <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=30382#.WA9m7v195hE>>.
 13. “Canada’s Statement of Support on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples,” *Indigenous and Northern Affairs Canada*, November 12, 2010, <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1309374239861/1309374546142>>.
 14. 1947 年 6 月 28 日臺灣省政府民政廳以「通報」定調為「山地同胞」。轉引自王泰升，〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 44 卷第 4 期，2015 年，頁 1671。
 15. 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〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 40 卷第 1 期，2011 年，頁 19-22。
 16. 《原住民身分法》於 2001 年 1 月公布施行，其中第 1 條：「為認定原住民身分，保障原住民權益，特制定本法」。
 17. 「山坡地保育利用條例」於 1985 年 12 月 24 日全文修正，其中第 37 條：「山坡地範圍內山地保留地，輔導山胞開發並取得耕作權、地作權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以山胞為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」
 18. 黃居正，〈憲法解釋與原住民權利〉，收於廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務（第六輯）》（台北：中央研究院法律學研究所籌備處，2009 年），頁 448。
 19. 參見臺灣嘉義地方法院 103 年度原訴字第 4 號刑事判決。

20. 黃居正，〈傳統智慧創作與特殊權利—評析「原住民族傳統智慧創作保護條例」〉，
《台灣原住民族研究季刊》，第3卷4期，2010年，頁18。
21. Jared M. Diamond, “Linguistics: Taiwan’s Gift to the World,” *Nature*, Vol.403, February
17, 2000, pp.709-710..◆