發文字號：法務部 101.06.01 法律字第 10100555050 號函

發文日期：民國 101 年 06 月 01 日

要　　旨：法務部就「莫拉克颱風災後原住民遷村及農林需用土地增劃編為原住民保留地實施計畫」草案及問題之意見

主　　旨：關於鈞院原住民族委員會函報「莫拉克颱風災後原住民遷村及農林需用土地增劃編為原住民保留地實施計畫」草案，就計畫草案及函附問題研提意見乙案，本部意見如說明二至四，請　查照。

說　　明：一、復鈞院 101　年 4　月 5　日院臺原議字第 1010003069 號交議案件通知單。

二、關於平等原則問題：

（一）按憲法第 7　條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」亦即保障人民在法律上地位之實質平等。

（二）次按行政程序法（下稱程序法）第 6　條規定：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」所謂正當理由，包括「為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法目的而為合理之不同處遇」（司法院釋字第 211　號解釋）以及「並不禁止法律依事物之性質，就事實狀況之差異而為合理不同之規範」（司法院釋字第 481　號解釋理由書）。準此，行政機關作成各種單方行政行為時，如非基於事物之本質上之不同，不得為差別待遇，否則與平等原則有違。

（三）本件實施計畫草案依「參、計畫目的」所載，係解決因莫拉克風災受創之原住民部落之遷村用地，及因風災致原居住及農林使用土地之流失問題，勘選適當公有土地辦理增劃編為原住民保留地，辦理土地使用分配，輔導原住民取得土地使用權利。是以，就上開計畫目的觀之，可能產生對同為莫拉克颱風受災戶而言，於同一地區之不同種族（例如原住民族與非原住民族），或不同地區之同種族有差別待遇情事。而此不同之規劃及處理，究有何本質上之差異，而須為差別待遇，綜觀實施計畫草案內容，未見有相關說明，為免違反平等原則，宜請原民會說明釐清。

（四）另依實施計畫草案「肆、一，本計畫實施地區之（二）本計畫勘選適宜增劃編為原住民保留地地區，以前開災區範圍，及政府依法令將原住民遷村至前開災區以外之地點」所載，復依所附表一及表二

內容，其規劃實施地區似非僅限於轆子腳 3 基地等 7 個永久屋基地實施。惟是否可能產生上開疑義（即如交議問題（一）之 2. 所述），亦宜請原民會補充說明。

（五）查憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障，憲法第 7 條、第 9 條至第 18 條、第 21 條及第 22 條之各種自由及權利，於符合該法第 23 條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然（司法院釋字第 443 號解釋參照）。準此，爾後如遇各種重大災害，政府擬對相關受災戶進行補償或照護等給付行政措施時，仍應有法律或法律授權之命令為法源依據，例如：原住民族基本法、客家基本法或災害防救法第 48 條授權訂定之「土石流災害救助種類及標準」…等，不宜僅由行政機關以計畫方式為之。

三、關於依法行政問題：

（一）按憲法第 172 條規定：「命令與憲法或法律牴觸者無效。」行政機關所發布之命令，與法律規定牴觸者，無效。又程序法第 4 條規定：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。」即為所稱之依法行政原則。依法行政原則向來區分為法律優越及法律保留二項次原則。法律優越原則謂行政行為或其他一切行政活動，均不得於法律相牴觸，即行政命令及行政處分等各類行政行為，在規範位階上皆低於法律。另法律保留原則，謂在法律保留之範圍內，行政機關沒有法律授權，不能合法的作成行政行為（吳庚著「行政法之理論與實用」，第 11 版，第 85 頁至第 88 頁參照）。

（二）查本件實施計畫草案之依據，依「貳、計畫依據」所載，主要有二

，分別係依立法院莫拉克颱風災後重建特別條例（下稱重建條例）三讀通過所作之附帶決議：「原住民保留地之農林牧使用之土地因颱風災害影響而無法繼續使用者，政府應擇取適當公有土地增列編為原住民保留地無償分配受災戶。」，及「莫拉克颱風災後原住民族部落遷村推動原則」（以下稱遷村原則）第 3 點第 2 款前段規定：「遷村地點劃為原住民保留地」辦理。關於前者，查立法院會議所作成之上開附帶決議，核其性質，既非係法律修正案，亦非立法院發布之命令，故其決議之內容，自不能逾越法律規定（最高行政法院 89 年度判字第 687 號判決意旨參照）。是以，行政機關基於尊重立法院會決議之立場，固可依附帶決議所為相關行政行為，惟仍應符合前開依法行政原則。至於上述遷村原則，僅屬一行政規則性質，因此本草案所規劃實施之內容仍不得牴觸法律或法律明確授權訂定之法規命令之規定。

（三）關於本件實施計畫草案得否以於地籍資料註記或解釋函令，排除山坡地保育利用條例及「原住民保留地開發管理辦法」等法規規定不予適用乙節，參照上開說明，本實施計畫內有關原住民保留地之劃編、增編等事項，除有其他法律或法律明確授權訂定之法規命令為依據外，不得僅以地籍資料註記或解釋函逕為排除山坡地保育利用條例及「原住民保留地開發管理辦法」之適用，否則即違反前開憲法及程序法規定。而本實施計畫草案之各項措施內容，除係依前揭之立法院附帶決議及「遷村原則」訂定外，是否尚有其他法律依據（例如：莫拉克重建條例第 1 條…等），似均未見說明，建請原民會予以補充敘明，必要時仍宜訂定或修改相關他法律或法律明確授權訂定之法規命令，以作為執行依據。如逕予排除現有法律規定不予適用，將來面對司法救濟或追究行政責任時，恐有違法失職及逾越法令之虞。

四、關於權利義務明確、對等問題：

（一）查關於莫拉克風災受災戶居住永久屋之權利，主要似源於渠等所簽訂之三方契約。參諸「莫拉克颱風災後民間興建住宅贈與契約書參考範本」有關規定，永久屋房屋係由民間團體興建，土地係由中華民國或縣、市政府提供使用，又契約第 3 點約定：「住宅坐落土地僅提供丙方及其繼承人作為住宅基地使用」，是以，提供土地之法律關係似屬民法第 464 條規定「當事人一方以物交付他方，而

約定他方於無償使用後返還其物之契約」之使用借貸，該土地使用權依其文義似僅限於申請者及「其」繼承人兩代。

（二）本實施計畫草案擬新增編原住民保留地，依「參、計畫目的」所載，係為供「原住民部落之遷村用地」，及「因風災致原居住及農林使用土地之流失辦理土地使用分配，輔導原住民取得土地使用權利」：

1. 關於供「原住民部落之遷村用地」部分，擬使因受災流失而無法居住使用，位於安全勘虞地區或特定區域範圍內且未獲配永久屋之原住民申請無償使用。對於該等申請獲配無償使用者，其所受之利益似與原獲配永久屋之原住民相仿，建議似可仿照上開永久屋居住或基地使用之規範（即與之簽訂契約），約定申請獲配土地者應依期限遷離原居住地，不得再回原居住地居住或建造房屋；如違反者，其申請使用之土地應予收回。

2. 至提供作因受災流失而無法繼續農林使用之原住民申請無償使用部分，因按本實施計畫草案所依據之立法院附帶決議內容觀之，係限於「原住民保留地之農林牧使用之土地因颱風災害影響而『無法繼續使用者』」，是以，如受災戶仍能再返回原地進行農牧，表示其尚非「無法繼續使用」，可否列入得增撥分配之對象範圍內，仍值深慮。至於如獲配無償使用後仍返回原地進行農牧者，應認為與原增撥目的未合，宜建立收回權機制，收回原同意無償使用權。為免發生爭議，建議對於獲配農林用地者，亦可採與之簽訂契約之方式，明訂契約當事人之範圍（限受災戶本人或至第〇代繼承人）、其無償使用之法律關係、權利義務規範（例如不得返回原地進行農林）及違反約定之效果（例如，其申請使用之土地應予收回）等，以符公平原則。

正　　本：行政院

副　　本：本部法律事務司（3 份）