高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第二庭
113年度原訴字第3號
民國114年10月28日辯論終結

原　　告　曾瑞妹
　　曾江清水
被　　告　高雄市桃源區公所

代　表　人　杜司偉
訴訟代理人　葛勝輝
　　林石猛律師
　　張羽誠律師
輔助參加人　農業部林業及自然保育署屏東分署

代　表　人　楊瑞芬
訴訟代理人　張道明
參　加　人　柯曾淑美
訴訟代理人　顏知樂律師

上列當事人間原住民保留地事件，原告不服高雄市政府中華民國113年8月7日高市府法訴字第11330560600號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：緣原告曾江清水於民國112年12月6日檢具切結書等文件，就○○市○○區旗山事業區84林班國有土地（下稱系爭土地）向被告申請增編為原住民保留地，因系爭土地另有參加人柯曾淑美於112年11月22日另案申請增編原住民保留地，被告乃於112年12月14日會同公有土地管理機關即農業部林業及自然保育署屏東分署（下稱林業署屏東分署）、

高雄市政府原住民事務委員會（下稱高市原民會）、原告曾江清水、參加人辦理現地會勘後，審認原告曾江清水及參加人各自陳述為系爭土地實際使用人，且申請地點重複，難以判斷何人為實際使用人，有使用人糾紛無法釐清及排除之情形，不符合公有土地增劃編原住民保留地審查作業規範（下稱審查作業規範）第4點第3項第4款規定，遂依同一理由及法律規定，以113年4月16○○市○區土所字第00000000000號函駁回參加人之申請，另以113年4月16○○市○區土所字第00000000000號函（下稱原處分）駁回原告曾江清水之申請。原告曾江清水及其配偶原告曾瑞妹均不服，提起訴願，經訴願決定駁回，仍有不服，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

(一)主張要旨：

1、原告曾瑞妹之父母及祖先在日治時期即占有及使用系爭土地，種植各種農作物，祖先死亡後均按照原住民布農族的喪葬習俗安葬在系爭土地上的房屋地基下，房屋雖倒塌但是地基仍在，祖先墳墓仍在原地並未遷葬，可見原告之祖先在77年以前即使用系爭土地。嗣因配合當時政府為改善原住民生活之政策，原告家族才集體搬遷到南橫公路旁邊的○○市○○區○○村部落居住，但原告等後代仍持續在系爭土地耕種使用，從未中斷，亦未發生使用權爭議。

2、原告曾瑞妹父母於58年間在系爭土地種植油桐、78年間種植愛玉。原告曾瑞妹叔叔於58年間種植麻竹、86年間種植桂竹。原告夫妻2人則在100年間種植柚子、109年間種植山茶、110年間種植油桐、在111年間種植柚子。原告的兒子及孫子在111年及112年種植櫻花、原告全家在113年種植梅子，確有自77年2月1日前即使用系爭土地且目前仍繼續種植使用而未曾中斷之事實。

3、參加人之祖先原本居住在○○市○○區樟山部落，而非居住在勤和部落，且現已遷居住於幾十公里外之杉林區大愛村內，也不從事農耕活動，與系爭土地已無任何淵源關係。雖

然參加人曾經非法占用系爭土地種薑一次，但不能因此就認定就系爭土地有使用權。

(二)聲明：

1、訴願決定及原處分均撤銷。

2、被告應依原告112年12月6日之申請，就系爭土地增劃編為原住民土地，作成初審同意之行政處分，並編造審查清冊送高雄市政府層報原住民族委員會轉陳行政院核定。

三、被告答辯及聲明：

(一)答辯要旨：

1、原告曾江清水於112年12月6日就系爭土地向被告申請補辦增編為原住民保留地，參加人亦於112年11月22日向被告申請補辦增劃編原住民保留地。因2人同時就系爭土地為申請，被告遂於112年12月14日會同林業署屏東分署、高市原民會、原告曾江清水、參加人柯曾淑美辦理現地會勘，發現系爭土地僅有少量油桐、麻竹、核桃樹等，依其使用狀況，並非密集性之農業使用跡象。又原告曾江清水、參加人各主張為實際使用人，且範圍重疊，當場發生爭執，致被告無從判斷何人為實際使用人，認有糾紛未解決情形，不符合公有土地增編原住民保留地處理原則（下稱處理原則）第3點第1項、第3項第4款及審查作業規範第4點第1項及第3項第4款規定要件，經協調未果，遂分別駁回原告曾江清水、參加人之申請。

2、原告雖主張系爭土地係原告曾瑞妹自父母繼承祖輩世代居住使用之土地，然未舉證證明系爭土地於77年2月1日前即為其祖先使用且至申請時仍繼續使用之事實，且系爭土地仍存有使用糾紛尚未釐清，原告之申請，不符合申請許可要件。

(二)聲明：原告之訴駁回。

四、參加人陳述要旨：

參加人公公柯清貴家族於42年間遭強制遷徙至勤和部落後，即開始使用系爭土地及周鄰土地，種植油桐、小米、麻竹、桂竹。嗣後由參加人丈夫柯桂福於分家後分得系爭土地，此

後參加人夫婦一直在系爭土地種植生薑等作物。後來，原告逕自在系爭土地上違規種植高山茶樹，遭人舉報查獲，經主管機關查獲立有告示牌警示。參加人曾於69、79、81年間，請怪手來整地開路以便種植，未曾挖到原告所稱其祖先遺骨或墳墓，108年被告勘查時也沒有發現，直到112年勘查時，始出現原告所稱之墳墓，顯不合理。而原告所稱房屋地基之石頭，與原住民傳統石板屋由長扁片狀形石板堆建而成，並不相同，不可能為其祖先墳墓。

五、爭點：被告作成原處分否准原告就系爭土地申請增編為原住民保留地，是否適法？

六、本院的判斷：

(一)事實概要所載之事實，業據兩造分別陳明在卷，並有原告112年12月6日申請書及附件（第3-7頁）、參加人112年11月22日申請書及附件（第8-14頁）、112年12月14日補辦增劃編原住民保留地會勘紀錄表及現地會勘照片（第16-36頁）、被告113年4月16○○市○區土所字第00000000000號函（第40-41頁）、原處分（第42-43頁）附原處分卷及訴願決定書（本院卷第17-22頁）附卷可查，應可信為真實。

(二)應適用之法令：

1、原住民族基本法第20條第1項：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」

2、原住民保留地開發管理辦法

(1)第3條：「本辦法所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編、增編供原住民使用之保留地。」

(2)第6條：「（第1項）原住民保留地所在之鄉（鎮、市、區）公所設置原住民保留地土地權利審查委員會，掌理下列事項：一、原住民保留地土地權利糾紛之調查及調處事項。二、原住民保留地無償取得所有權、分配、收回之審查事項。三、申請租用、無償使用原住民保留地之審查事項。四、申請撥用公有原住民保留地之審查事項。五、原住民保

留地分配土地補償之協議事項。（第2項）前項原住民保留地土地權利審查委員會之委員，應有5分之4為原住民；其設置要點，由中央主管機關定之。（第3項）第1項第2款至第5款申請案應提經原住民保留地土地權利審查委員會審查者，鄉（鎮、市、區）公所應於受理後1個月內送請該會審查，原住民保留地土地權利審查委員會應於1個月內審查完竣，並提出審查意見。但鄉（鎮、市、區）公所及原住民保留地土地權利審查委員會必要時，審查期間各得延長1個月。屆期未提出者，由鄉（鎮、市、區）公所逕行報請直轄市、縣（市）主管機關核定。（第4項）鄉（鎮、市、區）公所應將第1項第2款至第5款事項之原住民保留地土地權利審查委員會審查紀錄，報請直轄市、縣（市）主管機關備查。」

3、處理原則

(1)第1點：「原住民族委員會為解決原住民所使用公有土地增編為原住民保留地，以安定原住民生計，特訂定本原則。」

(2)第3點：「（第1項）原住民於77年2月1日前即已使用其祖先遺留且迄今仍繼續使用之公有土地，或平地鄉原住民宗教團體於77年2月1日前即使用原住民族遺留且繼續作宗教建築設施使用迄今之公有土地，檢附相關證明文件，向土地所在地之鄉（鎮、市、區）公所申請增編為原住民保留地。……（第3項）第1項土地使用因下列情形之一而中斷者，亦得增編為原住民保留地：（一）經公產管理機關提起訴訟或以其他方式排除使用。（二）因不可抗力或天然災害等因素，致使用中斷。（三）經公產管理機關排除占有，現況有地上物或居住之設施。（四）因土地使用人之糾紛而有中斷情形，經釐清糾紛。（五）77年2月1日以後經公產管理機關終止租約。（第4項）依原住民族特定區域計畫規定得增編原住民保留地之土地，由原住民族委員會辦理增編為原住民保留地。」

(3)第5點：「鄉（鎮、市、區）公所應於完成現地會勘及審查後1個月內，除不符合規定者以書面通知不予受理外，應將

符合第3點規定之土地繕造清冊，按土地權屬分別依土地法、國有財產法及相關公產管理法規徵得同意後，層報原住民族委員會轉陳行政院核定。」

(4)第6點第1款：「增編原住民保留地經行政院核定後，依下列程序辦理移交及登記，並註記原住民保留地：（一）已登記土地：由土地管理機關移交並會同原住民族委員會申請管理機關變更登記。」

4、審查作業規範

(1)第1點：「為辦理公有土地增劃編原住民保留地審查需要，訂定本作業規範。」

(2)第4點：「（第1項）原住民於中華民國77年2月1日前即使用其祖先遺留且目前仍繼續使用之公有土地，得自公布實施之日起，申請增編或劃編原住民保留地；平地鄉原住民宗教團體於中華民國77年2月1日前即使用原住民族遺留且目前仍繼續作宗教建築設施使用之公有土地，得申請增編原住民保留地。……（第3項）第1項土地使用因下列情形之一而中斷者，亦得增劃編為原住民保留地：（一）經公產管理機關提起訴訟或以其他方式排除使用。（二）因不可抗力或天然災害等因素，致使用中斷。（三）經公產管理機關排除占有，現況有地上物或居住之設施。（四）因土地使用人之糾紛而有中斷情形，經釐清糾紛。（五）77年2月1日以後經公產管理機關終止租約。（第4項）依原住民族特定區域計畫規定得增劃編原住民保留地之土地，由本會辦理增劃編為原住民保留地。」

(3)第5點：「原住民申請增編或劃編原住民保留地，……應檢具下列文件，向土地所在地轄區鄉（鎮、市、區）公所申請之：（一）申請書。（二）申請人身分證明……。」

(4)第7點第1項：「鄉（鎮、市、區）公所完成現地會勘後，應就下列事項審查之：（一）申請人須具原住民身分。（二）申請人須與使用人為同一人。但使用人之配偶或三親等內親屬，經使用人同意者除外。（三）土地須位於第3點規定之

地區，且不屬於第4點第2項不得增編之土地。（四）須符合公有土地增編原住民保留地處理原則或公有土地劃編原住民保留地要點之規定。」

(三)被告以原處分否准原告申請系爭土地增編為原住民保留地，應屬適法：

1、依原住民族基本法第20條第1項立法尊重原住民族既有領域管轄權及其所衍生的土地及自然資源權利之意旨，參對前述處理原則及審查作業規範有關公有土地增編原住民保留地之規定內容，可知為尊重原住民族與其祖先過去在國家建立之前就其既有領域使用土地及長時間繼續使用之狀態，乃賦予原住民在特定要件下得以享有申請增編原住民保留地之公法上請求權。詳言之，原住民就公有土地申請增編為原住民保留地，原則上必須符合其於77年2月1日前即已開始使用該公有土地，且須該公有土地之使用狀態為其祖先所遺留，而使用狀態迄申請時仍然繼續之法定要件；倘其使用狀態有中斷情事，僅於符合處理原則第3點第3項、審查作業規範第4點第3項所列之5款事由，始得增編為原住民保留地。至於申請人主張有請求土地所在地轄區鄉公所作成增編原住民保留地初審同意之行政處分，並編造審查清冊送直轄市、縣政府層報原住民族委員會轉陳行政院核定之公法上權利，於申請遭否准後，循序提起課予義務訴訟及一般給付訴訟，自應舉證證明其請求權存在的要件事實，如要件事實存否不明，即應由申請人負擔不利益的結果。

2、經查，原告雖於112年12月6日提出申請書檢附切結書、土地使用四鄰證明書等文件，就系爭土地向被告申請補辦增編為原住民保留地，然參加人亦於112年11月12日檢附相關證明文件就系爭土地向被告申請補辦增編為原住民保留地。被告乃於112年12月14日會同原告、參加人、林業署屏東分署、高市原民會辦理現地會勘，發現系爭土地有油桐、居住遺跡及少量之麻竹、核桃樹等非密集性之農業使用跡象。而被告與林業署屏東分署進行使用範圍邊界座標定位時，到場原告

曾江清水與參加人均各自陳述為系爭土地實際使用人，使用範圍重疊，致被告無從判斷何人為實際使用人，且無從協調解決糾紛，遂以原處分及113年4月16○○市○區土所字第000000000000號函，分別駁回原告、參加人之申請等情，有上述原告曾江清水申請書、參加人申請書、112年12月14日現場會勘照片（原處分卷第18-38頁）及會勘紀錄表記載：「現場有2位申請人(即原告曾江清水及參加人柯曾淑美)各自陳述均表示是實際使用人，申請地點重複」等語（原處分卷第16頁）可證，足見被告係以原告與參加人間就系爭土地之使用權屬仍然存在爭議，且糾紛尚未釐清為由，作成原處分否准原告之申請案。而迄原告提起本件行政訴訟，參加人於本院審理時到庭，仍堅稱系爭土地之使用狀態為其配偶柯貴福之祖先所遺留，且一直繼續使用迄今，堪認被告認定原告與參加人間就系爭土地之使用情形迄今仍存在爭議，確有其客觀事實依據。則被告以系爭土地上現仍有使用人糾紛而有使用中斷情形，且糾紛尚未釐清，不符合處理原則第3點第3項第4款、審查作業規範第4點第3項第4款規定，據以作成原處分否准原告就系爭土地增編為原住民保留地之申請，於法尚無不合。

3、原告雖主張原告曾瑞妹之父母及祖先在日治時期即占有及使用系爭土地從事農耕，土地上仍有依布農族喪葬習俗安葬房屋地基下之祖先墳墓，原告雖已搬遷到南橫公路勤和村部落居住，仍繼續在系爭土地耕種使用，種植油桐、麻竹、愛玉、桂竹、山茶，使用情形從未中斷，亦無使用權屬糾紛等情，並提出原告曾瑞妹父母於58年間種植油桐、78年間種植愛玉。原告曾瑞妹叔叔於58年間種植麻竹、86年間種植桂竹。原告夫妻2人則在100年間種植柚子、109年間種植山茶、110年間種植油桐、在111年間種植柚子。原告兒子及孫子在111年及112年種植櫻花、原告全家在113年種植梅子之照片為證。惟查：

(1)原告提出之上述照片（本院卷第277-293頁），僅有原告及其子女的影像在內，而無原告曾瑞妹父母及叔叔的影像，應係本件爭訟期間所拍攝，且照片中僅有零星農作物，無法證明究係何時種植或由何人種植，亦無法呈現有持續耕作的農耕管理形態，尚難證明原告及其父母有於77年2月1日前即已使用且迄今仍繼續使用之事實，無從採為有利於原告判斷之依據。至於證人曾運利證稱：印象中祖母（即原告曾瑞妹祖母）在他5歲時有在系爭土地種油桐樹，但種植區域他不知，因他長大後在外居住，後來有無他人種植就不清楚了等語（本院卷第154頁），核其證詞內容模糊，並無具體之細節描述，亦無從支持原告主張之真實性。再者，現地參加112年12月14日會勘之輔助參加人訴訟代理人張道明陳述：原告提出照片所指種植之林木，無法證明是58年間種植，依照經驗如果是58年種植應該會更大等情（本院卷第318頁筆錄）；另陳述：系爭土地林向結構完整，沒有大面積開墾或種植作物之跡象，沒有明顯步道或路線，也沒有發現任何工作物。原告所指種植山茶樹區應係108年以後才種植，遭人舉報後已有插牌告示等情（本院卷151-152頁筆錄）。另證人即現地參加112年12月14日現場會勘之輔助參加人所屬巡山員劉冠宏到庭結證：原告所指的桂竹很稀疏，看起來很新、很細，應該是後期種植的，不符合正常經營的種植形態等情（本院卷第323頁）；又證稱：因77年到90年間欠缺航空正射影像圖，無法判斷。但依90年以後的航空正射影像圖所示，系爭土地已無人為種植的跡象。那是我負責的巡視區域，一直有過去查看，整個土地都沒有人在經營，可以認定沒有人為種植等情（本院卷第323-324頁），並有航空攝影圖（本院卷329-354頁）在卷可證。依此證據資料，均指向系爭土地長期屬於無人使用耕種的狀態，原告所指之山茶、桂竹均係108年以後始種植。是以，原告主張自77年2月1日前即繼續使用迄今且未曾中斷云云，核無證據足以證明其主張為真實。

(2)又證人劉冠宏結證：在會勘日期之前，他先在112年11月10日前往系爭土地巡視，發現有新植山茶小苗，當時沒有發現原告所稱的祖先墳墓。在112年12月14日會勘時才有看到，原告曾江清水表示是在種植山茶時發現的，所以把墳墓整理出來等語（本院卷第323頁）。由此可知，原告是在112年11月10日之後始發現系爭土地上有其所稱「祖先墳墓」，然原告主張曾瑞妹之父母及祖先在日治時期即占有及使用系爭土地，祖先死亡後均按照布農族的喪葬習俗安葬在系爭土地上之房屋地基下，迄未遷葬等情，依經驗法則，原告理應早已知悉系爭土地上有其所稱「祖先墳墓」，而非等到要整地種植山茶始發現該「祖先墳墓」，才加以清理祭拜（如本院卷第23頁照片），則系爭土地是否確有其所稱「祖先墳墓」，其真實性已有疑慮。再者，依證人杜黃阿蜜證述：原告曾瑞妹老家在系爭土地那裡，小時候有去過，也就是她們祖先墳墓的地方等情（本院卷第156頁），縱屬可信，而認確有其祖先墳墓所在，然原告遲至112年11月10日之後欲整地種植山茶時始發現該「祖先墳墓」所在位置，並將之清理以供祭拜，依此事證可推論在此時之前，原告並無在系爭土地繼續使用種植，否則，倘有數十年來在系爭土地繼續種植農作物之事實，豈有未發現其祖先墳墓之理。原告之主張，核與上述證據不符，難以採信。

(3)另證人曾正勝為原告曾瑞妹之親屬，到庭為不利於原告之證述，略稱：「70幾年間，參加人跟她先生在系爭土地種植生薑，那時原告曾瑞妹的父母、祖母還健在，但都沒有講話」等語（本院卷第326頁筆錄），而原告於訴願書記載：參加人未經同意，占用在系爭土地種植過一次生薑等情（訴願卷第26頁）；復於本院審理時反駁證人曾正勝之證詞，陳述：「都沒有講話的原因是因為林務局會取締，所以原告曾瑞妹父母才不講話，因為會沒辦法開墾，那時柯曾淑美是盜伐濫墾種生薑1年後就去其他地方種」等語（第326頁），足見參加人主張曾有使用系爭土地種植生薑乙節，應屬可信。準

此，原告曾瑞妹家族與參加人家族就系爭土地之使用權屬，雙方早有糾紛不滿存在。而迄於本件申請、訴訟程序，雙方糾紛仍未解決，已如前述。是以，原告主張其使用系爭土地從未中斷，且未發生使用權屬糾紛云云，亦無可採。

4、依上述證據資料之分析判斷，尚難認定系爭土地為原告於77年2月1日前即已使用其祖先遺留且繼續使用迄今而無中斷情形之土地，核與處理原則第3點第1項、審查作業規範第4點第1項前段所定要件顯有未合。此外，原告與參加人就系爭土地之使用權屬存在爭議，尚未釐清糾紛，亦無處理原則第3點第3項、審查作業規範第4點第3項所列例外仍得增編原住民保留地之事由。從而，被告以原處分駁回系爭土地增編為原住民保留地之申請，應屬適法。

七、綜上所述，原告之主張，均無可採。被告以原處分否准原告就系爭土地增劃編原住民保留地之申請，並無違誤；訴願決定遞予維持，亦無不合。原告訴請撤銷，並請求被告應依其112年12月6日之申請，就系爭土地增編為原住民土地，作成初審同意之行政處分，並編造審查清冊送高雄市政府層報原住民族委員會轉陳行政院核定，均無理由，應予駁回。又本件判決基礎已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，經本院斟酌後，核於判決結果不生影響，並無逐一論述之必要，併此說明。

八、結論：原告之訴無理由。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　11　　月　　18　　日

審判長法官　孫　奇　芳

法官　曾　宏　揚

法官　林　韋　岑

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院高等行政訴訟庭提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內補提理由書；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，

應於判決送達後20日內補提上訴理由書（均須按他造人數附繕本）。

三、上訴未表明上訴理由且未於前述20日內補提上訴理由書者，逕以裁定駁回。

四、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書（行政訴訟法第49條之1第1項第3款）。但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人（同條第3項、第4項）。

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
(二)非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合(一)、(二)之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出(二)所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　114　　年　　11　　月　　21　　日

書記官　周　良　駿