

111 年憲判字第 17 號判決

協同意見書

黃昭元大法官 提出

謝銘洋大法官 加入

一、本判決爭點、主文及本席立場

[1] 本件係法院聲請案，聲請人臺北高等行政法院第三庭，原因案件為同院 107 年度原訴更一字第 1 號原住民身分法事件¹（下稱原因案件）。原因案件原告萬淑娟等 112 人主張她們係西拉雅族後裔，於訴願未果後，以原住民族委員會（下稱原民會）為被告，向臺北高等行政法院提起課予義務之訴，要求原民會應作成行政處分，認定她們具有原住民身分法第 2 條（下或稱系爭規定）第 2 款所稱平地原住民之身分，讓她們得依法登記為平地原住民。聲請人認為原因案件裁判上應適用之系爭規定第 2 款中之「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」（下稱登記期間限制）部分，違反憲法第 7 條平等保障、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，因而聲請釋憲。

[2] 就本件所涉憲法爭點而言，表面上看似原住民身分法第 2 條第 2 款的登記期間限制是否違憲，在解釋上，這涉及兩個

¹ 本件原因案件原告前後曾提起兩次行政訴訟，第一次訴訟是原告萬淑娟等於 2010 年間向臺北高等行政法院提起確認平地原住民身分之訴，經該院以 99 年度訴字第 2306 號判決駁回，後經最高行政法院 101 年度判字第 732 號判決駁回，認應改提課以義務之訴。因此原告萬淑娟等乃 2012 年 12 月先向原民會申請認定其平地原住民身分，為原民會駁回；原告萬淑娟等人向行政院提起課以義務訴願，亦遭駁回，因此向臺北高等行政法院提起課以義務訴訟。該院先以 104 年度原訴字第 1 號判決駁回，原告上訴後，最高行政法院以 107 年度判字第 240 號判決廢棄上開臺北高等行政法院 104 年判決，發回而由本件聲請人更行審理，此即本件之原因案件（臺北高等行政法院 107 年度原訴更一字第 1 號原住民身分事件）。

前提問題：一是原因案件原告所屬之西拉雅族是否為憲法保障之原住民族，二是西拉雅族是否為原住民身分法第 2 條第 2 款所稱平地原住民。如果這兩個問題的答案都是肯定，而後才有聲請人主張之上述登記期間限制是否違憲的爭議。

[3] 問題是：原因案件原告起訴要求原民會認定之西拉雅族尚非政府已經核定之 16 個原住民族之一，如果政府不先核定西拉雅族為法定原住民族，原因案件原告根本無從直接取得其所主張之原住民身分。因此真正的爭點與其說是原因案件原告是否具有個別原住民身分，不如說更是西拉雅族是否為憲法所保障之原住民族。蓋依原住民身分法第 11 條及戶籍法第 4 條第 1 款（九）之相關規定，原住民戶籍登記應同時辦理原住民身分及民族別之登記。原因案件原告如具原住民身分，不可能只登記為平地原住民，而不登記其民族別。²換言之，需由中央主管機關先核定³西拉雅族是法定原住民族之一，然後原因案件原告才可能取得並登記為西拉雅族之個別原住民身分。就此而言，本件之憲法爭點與其說是原因案件原告能否取得原住民身分之憲法上個人權利爭議，不如說更是西拉雅族是否屬憲法保障之原住民族的憲法上集體權問題。這才是本件最核心的憲法爭點。故本件應受審查之法律其實不會只是原住民身分法第 2 條第 2 款，而必然涉及原住民族基本法（下稱原基法）第 2 條第 1 款有關政府核定

² 依 2001 年 1 月 17 日公布，溯及於同年月 1 日施行之原住民身分法第 11 條第 1 項規定，原住民辦理戶籍身分登記應同時註記其民族別。參原住民民族別認定辦法（2002 年 6 月 12 日公布，2004 年 4 月 7 日修正施行）第 10 條第 3 項：「當事人應依第 2 條規定之民族別，提出註記之申請。」第 2 條：「本辦法所稱民族別，指阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族及其他經行政院核定之民族。」

³ 依原住民族委員會組織法第 2 條第 2 款（原因案件原告起訴當時為行政院原住民族委員會組織條例第 4 條第 6 款）規定，「原住民身分與原住民族之認定、部落之核定」係屬原民會之職權，而後戶政機關始得據以辦理原住民身分之戶籍登記。另參原住民身分法第 11 條第 2 項、原住民民族別認定辦法第 2 條至第 4 條及第 10 條第 3 項、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。

原住民族之規定等。

[4] 本判決雖認為系爭規定違憲，但並未採用聲請人主張之違憲理由，而是認為系爭規定所稱之平地原住民並不包括一般所稱平埔族，因此亦不包括原因案件原告所屬西拉雅族。然本判決認其他原住民族仍屬憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段所稱原住民族，因此宣告系爭規定之未承認其他原住民族，違反憲法增修條文第 10 條上開規定意旨，侵害其他原住民族受憲法第 22 條保障之身分認同權而違憲。

[5] 本席贊成判決主文（concur in the judgment），謹提出協同意見如下。

二、據以審查之憲法權利：原住民族身分認同權

[6] 按本件原因案件原告所屬西拉雅族，並非行政院依原基法第 2 條第 1 款所已核定的 16 個原住民族之一。在憲法解釋上，必須先承認西拉雅族為臺灣原住民族之一，其所屬成員才可能據以取得原住民身分（不論是否為平地原住民）。可見本判決所涉及的原住民身分認同，並不是個別原住民對既有 16 個原住民族之個人認同，而是對「目前尚未為國家承認之其他原住民族」（在本案為西拉雅族）之群體認同。系爭規定所限制之身分認同權，並不只是個別原住民之個人認同，而是整體西拉雅族（及未被承認之其他原住民族）成員對所屬民族之群體認同。是本件之核心爭點，可說是上述尚未被承認之其他（平埔）原住民族要求國家承認之原住民族身分認同權。

[7] 本庭 111 年憲判字第 4 號判決已經承認原住民身分認同權為憲法第 22 條保障之非明文權利，由於該案爭點基本上是既有原住民族的個別成員資格問題，因此上述判決僅以個別原住民之身分認同權為據以審查之權利基礎。惟如本席在該判決協同意見書第[4]段所指出者：

...憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項皆係以
「原住民族」為其保障對象，而非只是個別之原住

民。尤其是第 12 項更是明文規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位...」，在解釋上，所謂原住民族之地位，除了彰顯原住民族是先於國家而存在的特殊地位外，另應包括整體及各個原住民族，乃至於其族群成員之永續存在。而上述「民族意願」之明文規定，更隱含原住民族就其族群及成員地位（包括成員資格等）應有其自主權。故基於上述增修條文規定意旨，於憲法第 22 條所承認之原住民身分認同權，應兼具集體權及個人權面向之性質，並承認各原住民族（及各部落）應享有自主認定其成員身分的權利。...

本判決主文使用「原住民（族）身分認同權」一詞，相較於 111 年憲判字第 4 號判決之僅使用「原住民身分認同權」，顯然有意進一步明白承認具有集體權或群體權（group right）性質之原住民族身分認同權，而不僅僅是屬於個人權（individual right）之原住民身分認同權。按司法院釋字第 803 號解釋所稱「原住民文化權利」、本庭 111 年憲判字第 4 號判決所稱「原住民身分認同權」，均偏重個人權之定位，其本應兼具之集體權面向則仍隱晦不明。直到本判決，以原住民族為權利主體、具集體權性質之憲法上「原住民族身分認同權」終於正式登場，甚至成為本件違憲審查的主要權利依據，而非配角。這項權利，從此也成為我國憲法第 22 條所保障非明文權利譜系中之特定權利類型。

[8] 雖然本判決所承認的原住民族身分認同權之內涵係以民族及其成員身分、地位為主，所要回應及解決的問題則是臺灣有那些原住民族、其成員資格及認定程序等。至於確定是原住民族後，該族所應或所得享有之各項集體性權利，包括群體之自決權（參原基法第 4 條），政治（如部落自治組織架構）及法律（如各族習慣法及其相關程序機制）體系的自主權等，以及現行法律已經承認的各種集體權，如部落會議及公法人（參原基法第 2-1 條）、傳統智慧（參原基法第 13 條、原住民族傳統智慧創作保護條例）、土地及自然資源權利（參

原基法第 20 至 23 條）等，則不是這項原住民族身分認同權所當然涵蓋的保障範圍。不過，上述各種法律位階之集體權中，也可能會有其相對應的憲法位階之集體權，性質與本判決所承認的身分認同權類似。就此而言，本判決之承認原住民族身分認同權，可說是在原住民（族）權利譜系中向來空白的憲法位階集體權部分，放下第一塊拼圖。雖然一目不足以定勝負，但總是布局之始。

三、憲法所稱原住民族之範圍及分類

[9] 本件原因案件原告主張其所屬之西拉雅族為臺灣原住民族之一，且為平地原住民之一族，只是被系爭規定之登記期間限制致無法登記為平地原住民。本件聲請法官應該也是持類似立場，並主張系爭規定之登記期間限制部分，與同條第 1 款有關山地原住民之規定相比，明顯構成不利差別待遇而違反平等保障，因此違憲。然上述主張如要能成立，前提是系爭規定及憲法增修條文所稱之平地原住民包括本件原因案件原告所屬之西拉雅族。這就涉及憲法增修條文所稱原住民（族）之範圍，也可說是本件的第一個關鍵爭點。

（一）憲法上之原住民族應包括既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族

[10] 本判決主文第 1 項認為：「憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定所保障之原住民族，應包括既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族。」其中所稱「既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族」，是參考原基法第 2 條第 1 款對原住民族之定義「原住民族：係指既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族」而來。與後者相比，本判決將「傳統民族」改稱為「所有臺灣南島語系民族」，採用「既存於臺灣」之要素，但刪除「為國家管轄內」之要素。

[11] 原基法所稱「傳統民族」之用語，應有強調原住民族與臺灣土地的長遠關係，以凸顯其為先於國家存在的「原」住民地位。本判決則改強調「南島語系民族」所蘊含的語言及

文化要素，隱然呼應近年來有關臺灣原住民族可能是南島民族（或南島語族）起源之研究發現。雖然未明白凸顯原住民族先於國家存在的「傳統」地位，但如本判決理由第14段所示：「在為目前佔臺灣人口多數之漢民族大量移入臺灣之前，千百年來，早有同屬南島語系之不同族群臺灣原住民，先已長久世代居住在臺灣這塊土地上。」本判決其實是將原住民族之悠久歷史地位當成是毋須爭辯之歷史事實，因此沒有在界定臺灣原住民族之範圍時，重複強調此項歷史起源的時間性。

[12] 本判決主文第1項所指「既存」於臺灣之「所有」臺灣南島語系民族，一方面是指向歷史上曾存在，且至今仍存續之各原住民族，以此突破或解除目前法定16族之限制。另一方面，就其他原住民族之認定而言，所謂「既存」，在解釋上應連結本項主文後述有關其他原住民族之認定指標：「其民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今仍然存續，其成員仍維持族群認同」，予以理解。（參本意見書後述第[23]至[28]段）

[13] 至於原基法第2條第1款中之「為國家管轄內」要素，則未出現在本判決主文或理由中。這是因為多數意見（在本判決為全體大法官）認為此屬當然之理，毋須強調。就學理而言，這項留白或許會引發原住民族與國家間究竟是憲法關係或國際法關係的爭議。然就本庭而言，因為憲法法庭本來就應依（也只能依）憲法而為判決，故本判決所稱之憲法上原住民族當然是國家管轄內，既受憲法保障也受憲法規制之原住民族。從而原住民族與國家間之關係自屬憲法⁴關係，而

⁴ 此處所稱憲法關係，並非肯定並要求原住民族須完全接受現行憲法或憲政體制之正當性，或不能再質疑其外來性，而是指一般、抽象規範意義下的國家公權力架構及所形成之實證法秩序，亦不是指特定、歷史意義下的既有國家及憲法架構。包括原住民族在內之一國國民當然有權循民主程序，重新制定憲法或變更政府體制，這些都是集體的政治選擇。反之，一方面主張實證憲法之保障，另一方面又根本否定實證憲法之形式合法性及實質正當性，而停留在自然主權或殖民統治的政治訴求，恐怕也是自相矛盾的主張。在憲法解釋的層面，既有的憲法架構和規範內涵當然也可能因為政治和社會變遷，而改變其規範內涵，以致出現舊瓶裝新酒的現象，就如同本判決就增修條文所稱原住民族所採之立

非超國家或超憲法的國際法或條約關係。雖然在學說和原住民運動上，有不少人倡議原住民族之自然主權、自決權等，然在本判決的整體規範架構下，上述自然主權業已為國家主權所吸納；上述自決權基本上屬憲法層次的內部自治權，而不是國際法層次的外部自決權，這也是憲法法庭判決權限之框架。至於在增修條文第 10 條第 11 項肯定多元文化、第 12 項前段尊重民族意願的前提下，有關機關如何從寬承認並積極保障各原住民族之自治、自主權，本庭受限於不告不理、司法被動的個案審理原則，就此等部分，於本判決也只能留白而待他案。

（二）憲法增修條文第 4 條所稱平地原住民應不包括原因案件原告所屬西拉雅族及其他平埔原住民族

[14] 憲法本文並無關於原住民（族）之明文規定，無從自其中探求原住民族之範圍。現行憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款就立法委員選舉，訂有山地原住民及平地原住民各選出 3 席的特別規定；另於第 10 條基本國策條款中之第 11 項及第 12 項前段，就原住民族之語言文化、地位及各項保障，亦訂有特別規定。

[15] 就歷年修憲經過及修憲意旨而言，增修條文第 4 條所稱山地原住民及平地原住民，在解釋上應僅以過去之 9 族、目前之 16 族為限，而不包括一般所稱之平埔原住民族，⁵這是相關機關原民會之主張，也是本判決所持立場，本席亦贊成如此解釋。如依聲請人及原因案件原告主張，西拉雅族及其他平埔原住民族亦屬平地原住民，姑且先不論法律上各項原住民優惠待遇的連結適用，在憲法面的直接影響就是未來立

場。

⁵ 目前 16 族中的噶瑪蘭族，原係由宜蘭遷徙至花蓮的平埔族之一，長期隱身或被迫附屬於阿美族，後於 2002 年 12 月始正名為噶瑪蘭族，成為目前唯一得到國家正式承認，並成為平地原住民之平埔族。然而，噶瑪蘭族之成為平地原住民族，其實也是源自其曾一度擁有的「生番」或「高砂族」身分，而非直接從「熟番」或「平埔族」，而取得平地原住民身分。

法委員選舉的平地原住民及多個區域選區之選舉人人數勢必要重新計算。不論因此可能增加的平地原住民人數是否真如原民會宣稱之高達近百萬人，或僅有 20 萬人或更少，其結果都必然衝擊修憲者就立法委員選舉方式之整體規劃，並改變原先平地原住民立委所代表之民意基礎。考量立委選制之變更對於立法院組成、中央政府之權力分立、人民參政權、政黨生態等之重大影響，本席認為此應交由修憲者循修憲程序予以解決，而不適合由釋憲者透過判決逕自並實質修正。

[16] 綜合以上考量，本席認為憲法增修條文第 4 條所稱平地原住民應不包括原因案件原告所屬之西拉雅族及其他平埔原住民族。故如連結上述增修條文第 4 條與原住民身分法第 2 條而為體系解釋，原住民身分法第 2 條第 2 項所稱平地原住民，亦應不包括西拉雅族及其他平埔原住民族。

（三）憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段所稱原住民族應包括西拉雅族及其他平埔原住民族

[17] 雖然憲法增修條文第 4 條所稱平地原住民應不包括西拉雅族及其他平埔原住民族，但憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段所稱原住民族則應包括之。本判決認為在目前已為政府承認之 16 個原住民族外，另外還有其他原住民族，亦為憲法保障。原因案件原告所屬之西拉雅族，如符合本判決所定之指標或要件，也應該屬於憲法上之原住民族。此為本判決所持立場，本席支持。

[18] 本席認為：就歷史正義的觀點，法院在解釋增修條文第 10 條所稱原住民族之範圍時，尤應考量南島語系民族作為臺灣先住民的特殊地位、歷代外來殖民政權及移民者對其之壓迫、近年各原住民族（包括西拉雅族等）之復興運動等因素，採取具有開放性之解釋方法及態度，以匡正並彌補過往的歷史不正義，促進多元平等的族群關係，從而實現憲法第 5 條之民族平等。立基於上述價值立場的解釋，亦與增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段的規範文義、內涵及目的相容。

[19] 在文義上，憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段僅泛稱原住民族，並未明確限定或區別為山地及平地原住民。因此增修條文第 10 條所稱原住民族之範圍，在文義解釋上，本來就可能和增修條文第 4 條有所不同，而且有可能大於增修條文第 4 條所稱之山地及平地原住民。從規範內涵及目的來看，增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段的保障內涵不僅限於原住民族之政治參與（立委選舉），另也包括其地位、語言、文化、教育、經濟等各類事項，甚至明文凸顯其民族意願。可見修憲者對於增修條文第 10 條所稱原住民族整體圖像之預設及想像，應該是大於增修條文第 4 條所稱山地及平地原住民之總和。因此法院對於增修條文第 10 條有關原住民族範圍之解釋，自應隨我國原漢關係及政經發展而持續演進，並應參酌國際間有關原住民族保障之相關規範及實踐，盡可能採取對原住民族友善的解釋。承認西拉雅族及其他同屬南島語系民族者均為憲法保障之原住民族，應該是更符合上述意旨的憲法解釋方向及結論。

（四）高山族與平埔族之二分法，或山地、平地、平埔之三分法，應逐步修正廢除，而直接以各原住民族為保障對象

[20] 本判決認為原因案件原告所屬之西拉雅族並非增修條文第 4 條所稱之平地原住民，而是本判決所稱其他原住民族之一。如此判決之結果看似繼續維持既有山地及平地原住民之分類，並將西拉雅族等另列一大類。但這是因為山地及平地原住民之分類係增修條文第 4 條明定，在修憲之前，仍有其效力，本庭尚難以逕自廢除這項分類。

[21] 不過，本判決承認西拉雅族等仍屬增修條文第 10 條所保障之原住民族，並統稱為「其他原住民族」，而非常見之「平埔族」或「平埔原住民族」之統稱。本判決之真正意旨並不是要繼續沿用從清治、日治及戰後國治以來，歷代殖民或外來政府區別生番（生蕃、高砂族、高山族、山胞）及熟番（平埔番、熟蕃、平埔族），分而治之的行政管理政策。這套外來

統治者基於行政管理便利，甚至是出於種族歧視動機，所為之政治性分類，⁶於今不僅已有爭議，且有明顯之負面烙印，早該解構。

[22] 本判決是以憲法保障之臺灣原住民族為整體概念，期待有關機關在落實增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段意旨的立法層面，能逐步廢除高山族及平埔族之二分法，或山地、平地、平埔的三分法，而直接以各族為對象，給予各族應有之保障。如此也更能解決本屬平埔族之噶瑪蘭族，因歷史因素而於目前被列為平地原住民族之奇特現象。至於增修條文第 4 條有關山地及平地原住民之分類，當然就只能透過修憲才能解決。但至少在立委選舉以外的事項，有關機關仍得直接以各族為規範對象。退一步言之，在本判決上述意旨之整體架構下，立法者仍可（於部分事項）繼續採取高山族及平埔族之二分法或山地、平地、平埔的三分法，因為本判決並未完全禁止如此分類。重點是：本判決是容許，但不強制立法者必須如此二分或三分。

四、憲法所稱原住民族之認定指標

[23] 本判決雖然認為憲法所稱原住民族應向原因案件原告所屬西拉雅族及其他南島語系民族打開大門，但也同時設下了 3 個認定指標，作為門檻。本判決主文第 1 項宣示：

...除憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定所稱之山地原住民及平地原住民，舉凡其民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今仍然存續，其成員仍維持族群認同，且有客觀歷史紀錄可稽之其他臺灣南島語系

⁶ 曾在海拔約 1100 公尺的七星山上留下遺址的凱達格蘭族，被外來移民及政權認為是平埔族；住在海拔約 550 公尺紅頭山下，最具海洋民族特色的蘭嶼雅美族（達悟族）卻被歸入高山族（山地原住民）。同樣是賽夏族，住在新竹縣五峰鄉的北賽夏被歸於高山原住民，住在苗栗縣南庄鄉和獅潭鄉的南賽夏則列為平地原住民。泰雅、賽夏、布農、排灣、魯凱、阿美族都有同一民族卻分屬山地或平地原住民的情形。參詹素娟，典藏台灣史（二）：台灣原住民史，臺北：玉山社，2019 年，頁 236-239。

民族，亦均得依其民族意願，申請核定其為原住民族；其所屬成員，得依法取得原住民身分。

正是此意。

[24] 上述（1）民族文化特徵、（2）族群認同、（3）客觀歷史紀錄等 3 個指標，可說是連結並具體化主文第 1 項所稱「既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族」中之「既存」要件。其中的（1）民族文化特徵和（3）客觀歷史紀錄屬於客觀指標，（2）族群認同則屬主觀指標。（1）和（2）係以目前為時點來認定，（3）則是指向過去的歷史要素。

[25] 如參考判決理由第 34 段，本判決所指客觀歷史紀錄，主要係指日治時期戶口調查簿之種族註記為「熟」或「平」者，這和現行原住民身分法第 2 條亦採同一戶口調查簿之種族註記，作為山地及平地原住民之客觀依據⁷相同，並非本判決新創之客觀指標。然此項指標應該不是可為依據之唯一歷史紀錄，畢竟日治時期戶口調查簿或容有錯誤或遺漏之可能，而臺灣各原住民族間或各該族與漢民族間，也有族群移動、混同之情形，故如另有日治時期之前、甚至之後的歷史紀錄足以證明其屬臺灣南島語系民族，且另符合其他兩項指標者，當然也有可能據以請求主管機關認定為其他原住民族。又這項歷史紀錄指標係指向過去，用以表現「原」住民族之地位，並以此和同具有南島語系民族血緣、語言、文化特徵之部分新住民，例如來自菲律賓、印尼之新移民及其後裔，有所區別。後者雖具有類似血緣或語言，但不具歷史起源和連續性，並非臺灣原住民族。

[26] 日治時期戶口調查簿最早係將生蕃人與內地人（日本人）、本島人和外國人並列；在本島人之下，再分為熟蕃人、福建人（福佬人）、廣東人（客家人）及其他漢人。不管是生

⁷ 如果比較原住民身分法第 2 條有關平地 and 山地原住民之申請要件，前者多了登記期間限制，本席認為這部分也應該違憲，但因為本判決認為西拉雅等其他原住民族並非平地原住民，不適用原住民身分法第 2 條第 2 款，因此沒有進而審查登記期間限制的規定部分是否違憲。

蕃或熟蕃，都只有統稱式的種族註記，而無個人所屬特定種族別（相當於目前戶籍登記上之民族別）之註記。自 1906 年起，日本政府針對生蕃才另有「種族／部落／村社」之註記，進一步註記如泰雅族等特定民族別，並作成「蕃社戶口」，與原有之戶口調查簿同列為家戶資料。⁸至於熟蕃在日治時期戶口調查簿內，則無特定種族別之註記。這可能是當時日本政府之政策基本上是將熟蕃看成本島人，並適用與漢人相同的法律，加上調查當時可能已經難以精確區別平埔蕃之特定種族。時至今日，如要以日治時期戶口調查簿為基礎，據以認定平埔族為原住民族，自仍需要其他證據或指標，始足以認定其特定民族別。因此本判決另外要求（1）民族文化特徵和（2）族群認同這兩項指標。這兩者雖然不是原住民身分法第 2 條所明定之個人申請要件，但其實都是中央原住民族主管機關依原基法第 2 條第 1 款，報請行政院核定臺灣原住民族時，所必然考量並確認的重要因素。按目前已獲承認並核定的 16 個原住民族中，有 7 個是從原本的 9 族分出來，⁹在各自的核定過程中，原民會也都曾邀集各該族群代表、地方機關代表、相關學專家者等，確認其民族文化特徵及族群認同後，始予核定。就此而言，這兩項指標也可說是本來即已存在的不成文要件。

[27] 關於原住民族之定義，不論是國內法或國際法，至今都仍無具有普遍性的精確定義，¹⁰本判決也避免提出定義性的

⁸ 參本件聲請案（憲法法庭 109 年度憲三字第 17 號），王泰升，專家諮詢意見書（修正版），頁 4-5、13-14（2022/07/01）；引自：憲法法庭官網，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=2203&id=340093>（最後瀏覽日：2022/10/25）。

⁹ 有 3 族自鄒族分出：邵族（2001 年 8 月正名）、拉阿魯哇族和卡那卡那富族（同於 2014 年 6 月正名）；2 族原被歸於阿美族：噶瑪蘭族（海岸阿美族，2002 年 12 月正名）、撒奇拉雅族（原為奇萊阿美族，2007 年 1 日正名）；2 族自泰雅族分出：太魯閣族（2004 年 1 月正名）、賽德克族（2008 年 4 月正名）。

¹⁰ 聯合國人權委員會（Commission on Human Rights）及經濟社會理事會（Economic and Social Council）所屬之預防歧視與少數保障次委員會（Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities），於 1980 年代曾任命厄瓜多爾（Ecuador）籍 Jose R. Martinez Cobo 為特別報告員（Special

規範，而僅提出幾項指標。在國際法上，有關原住民族之認定指標通常會包括：(1) 自我認同 (self-identification) (包括自我認同既是「民族」更是「原」)、(2) 歷史連續性 (historical continuity) (指有共同祖先，且自外來殖民統治之前即延續至今)、(3) 與祖傳土地的特殊關係 (special relationship with ancestral lands)、(4) 獨特性 (distinctiveness) (指獨特的社會、經濟或政治體系，或有獨特的語言、文化、信仰和習慣法等)、(5) 非優勢者 (non-dominance)、(6) 永續性 (perpetuation)。¹¹然本判決沒有特別強調其中「(3) 與祖傳土地的特殊關係」之指標，¹²也是考量各該其他(平埔)南島

Rapporteur)，研究原住民族所受歧視之問題。Cobo 在他之後提出之報告中曾提出一個有關原住民族的工作性定義 (working definition)：

“Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing on those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal system.”

See Jose R. Martinez Cobo, *The Concept of Indigenous Peoples* (2004), U.N. Doc. PFII/2004/WS.1/3, Background paper prepared by the Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues (19-21 January 2004). 上開聯合國人權委員會在 2006 年後已由人權理事會 (Human Rights Council) 取代，預防歧視與少數保障次委員會在 1999 年則改為促進及保障人權次委員會 (Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights)，於 2006 年亦併入人權理事會，再改組成常設性的諮詢委員會。

¹¹ See Catherine Iorns Magallanes, *ILA Interim Report on a Commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples* (2012), Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 50/2012, available at <https://ssrn.com/abstract=2175897> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2175897> (最後瀏覽日：2022/10/25)。

¹² Cobo 也是將「與祖傳土地的特別關係」這項指標，列為「歷史連續性」的認定因素之一。See Cobo, *Supra* note 11 (“This historical continuity may consist of the continuation, for an extended period reaching into the present of one or more of the following factors: a) Occupation of ancestral lands, or at least of part of them; b) Common ancestry with the original occupants of these lands; c) Culture in general, or in specific manifestations (such as religion, living under a tribal system, membership of an indigenous community, dress, means of livelihood, lifestyle, etc.); d) Language (whether used as the only language, as mother-tongue, as the habitual

語系民族之可能差異。然未來立法者在進一步規定其他（平埔）原住民族應有之各項保障時，就土地及自然資源權利部分（如傳統領域、原住民族地區、原住民保留區等），當然得斟酌各族之情形，而有相對應之規範，此即本判決在理由第44段所指明者：「...立法者應依上開憲法保障之意旨，充分考量各原住民族及其成員之歷史發展脈絡及現況，並斟酌國家資源分配，另以法律定之。至其保障內容及範圍，立法者自有一定之形成空間，不在本判決之審理範圍。」

[28] 依學者研究及官方初步分類，臺灣的平埔族包括以下各族：噶瑪蘭、凱達格蘭、道卡斯、巴宰（或稱巴則海）、噶哈巫、拍瀑拉（或稱巴布拉）、巴布薩（或稱貓霧揀）、洪雅（或稱和安雅、洪安雅）、馬卡道（或稱猴猴）、西拉雅、大武壠（或稱大滿）等族，¹³就本件原因案件原告所屬之西拉雅族而言，其民族文化特徵及族群認同可能是相對清楚、可識別。另如噶瑪蘭、巴則海¹⁴及業經花蓮縣富里鄉承認為鄉定原住民族之大武壠族和馬卡道族、屏東縣承認為縣定原住民之馬卡道族，亦可見明顯且持續的民族文化活動及族群認同。但歷史上曾存在過的各該平埔族群中，也有因通婚、混居、遷徙、從屬、國家統治等因素，致與漢族或其他南島語系民族間，產生文化交織甚至同化之情形，使各族群間之界限因而交錯、模糊或混同。¹⁵部分南島語系民族之文化特徵或族群認同是否確實存續至今，且仍具獨特性，或須進一步調查、確認。本判決之所以在官方之戶籍登記紀錄外，另外要求上述兩項指標，亦係考量臺灣平埔各族之差異，有意將此問題留

means of communication at home or in the family, or as the main, preferred, habitual, general or normal language); e) Residence on certain parts of the country, or in certain regions of the world; f) Other relevant factors.”)

¹³ 參本件聲請案（憲法法庭 109 年度憲三字第 17 號），詹素娟，專家諮詢意見書（2022/6/20），附件：原住民族委員會，平埔族群身分認定意向書草案，頁 3-4（2015/11/13）；引自：憲法法庭官網，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=2203&id=340093>（最後瀏覽日：2022/10/25）。另參王泰升，前註 8，頁 13-14（列有邵族，但註明有爭議）。

¹⁴ 參王泰升，前註 8，頁 14。

¹⁵ 參詹素娟，前註 6，頁 50-92、124-131、141-145、230-235。

給主管機關和各該族群，透過法定程序及族群協商機制，個別認定之。蓋本庭就本件只能為抽象法規範審查及憲法解釋，故只能提出一般性的認定指標，也無法逕自認定西拉雅族是否符合臺灣原住民族的要件。

五、後續修法：其他（平埔）原住民族之身分與保障

[29] 本判決主文第 3 項就後續修法宣示：

相關機關應於本判決宣示之日起 3 年內，依本判決意旨，修正原住民身分法或另定特別法，就本判決主文第 1 項所稱同屬南島語系民族之其他臺灣原住民族之認定要件、所屬成員之身分要件及登記程序等事項，予以明文規範。...

依此意旨，立法者就其他原住民族之身分認定，將來可有兩種修法途徑：一是直接修正原住民身分法第 2 條，規定本法所稱原住民，包括山地原住民、平地原住民及其他原住民（或平埔原住民），再於同條增訂第 3 款規定其他原住民族之身分認定要件。立法者甚至可以同時將平地原住民的登記期間限制刪除，畢其功於一役。二是另外制定平埔原住民身分法，以特別法規定其身分認定要件，甚至在同一部特別法中同時規定其地位及保障事項。

[30] 關於其他原住民族之各項保障，本判決於理由第 44 段以併予指明¹⁶之方式宣示：

其他臺灣原住民族既屬憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定所保障之原住民族，國家自應積極維護發展其語言及文化，並就其教育文化等事項予以適當之保障扶助；立法者應依上開憲法保

¹⁶ 本判決審查標的限於西拉雅族（及其他原住民族）之原住民身分問題，不及於其權利保障部分。但因為後者與前者仍有直接關聯，就此等部分，本庭通常會以「併予指明」方式，提出仍有拘束力（程度較主文弱）之指示。若屬與審查標的無直接關聯之事項，或純屬建議性之諮詢意見，則多半會以「併予敘明」方式說明。本席在此併予敘明，以免誤解。

障之意旨，充分考量各原住民族及其成員之歷史發展脈絡及現況，並斟酌國家資源分配，另以法律定之。至其保障內容及範圍，立法者自有一定之形成空間，不在本判決之審理範圍。

上述所稱「另以法律定之」，意指目前法令中，有關山地原住民及平地原住民之各項保障規定，原則上均不直接適用於其他原住民族，也不會直接受到本判決承認其他原住民族之影響。至於其他原住民族之權益保障事項及範圍，則須由立法者另行制定法律，從頭開始一一決定。故立法者未來如果採取前述第一種修法方式，就其他原住民族之保障部分，恐怕需要另外增訂規定（如增訂第 2 條第 2 項），明定：「前項所稱其他（或平埔）原住民之保障，另以法律定之，不適用山地原住民及平地原住民之相關規定。」如果立法者是採取上述第二種修法方式，就可在特別法中就身分及權利保障事項全盤予以規定。

[31] 依憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，西拉雅族等其他原住民族一旦獲承認為法定原住民族，必然會有其保障，尤其是增修條文第 10 條第 11 項的語言及文化事項。但就同條第 12 項前段所定之政治參與等事項之保障，因係委託立法者另以法律定之。故不僅其他原住民族與目前的 16 族間可能會有不同，甚至連其他原住民族之各族間，也容有依其族群情形而為適當差別待遇之可能。¹⁷本判決對其

¹⁷ 目前有關原住民族之相關法令，有關原住民之範圍大致可分為以下幾類：

- (1) 逕以「原住民」或「原住民族」為其資格，未明定其身分之法律依據者：如原住民族委員會組織法第 3 條：「本會置主任委員 1 人，特任，由原住民擔任...」、第 4 條第 1 項：「本會置委員 19 人至 29 人，其中原住民族各族代表應至少 1 人依聘用人員聘用條例聘用...」其他如財團法人原住民族文化事業基金會設置條例第 7 條第 1 項、財團法人原住民族語言研究發展基金會設置條例第 8 條第 1 項等，均僅以「原住民」為資格要件；原住民族教育法、文化資產保存法第 13 條、原住民族文化資產處理辦法等，亦僅以「原住民族」為資格要件。
- (2) 以原住民身分法所定之原住民為適用對象者：如政府採購法施行細則第 22 條第 5 項：「本法第 22 條第 1 項第 12 款所稱身心障礙者、身心

他原住民族之身分，固然採取從寬承認的立場；但就其應有之保障，則與現行法令對法定 16 族之保障先完全區隔，而由立法者全盤考量後決定，以減緩對向來原住民法制及實踐的衝擊。

六、原因案件之續行審理及救濟

[32] 本件係法院聲請案，因此在本庭判決後，聲請法院需依本判決意旨續行審理原因案件。按原因案件原告係向聲請法院提起課以義務之訴，要求聲請法院判令原民會作成認定原告萬淑娟等 112 人為原住民身分法第 2 條第 2 款之平地原住民之處分。¹⁸本判決雖認為原因案件原告所屬西拉雅族可能屬憲法保障之其他原住民族，但並非原住民身分法第 2 條所稱平地原住民，因此宣告上開法律有關原住民之規定，「並未

障礙福利機構或團體及庇護工場，其認定依身心障礙者權益保障法之規定；所稱原住民，其認定依原住民身分法之規定。」；農民或原住民製酒管理辦法第 2 條：「本辦法所稱農民，指依農業發展條例第 3 條規定之農民；原住民，指依原住民身分法第 2 條規定之原住民。」；原住民學生就讀專科以上學校學雜費減免辦法第 2 條：「本辦法用詞，定義如下：一、原住民學生：指依原住民身分法規定具有原住民身分且就讀國內國立或已立案之私立專科以上學校（以下簡稱學校），具有學籍之學生。」等法令。

- (3) 明定以山地及平地原住民為其適用對象者：如增修條文第 4 條第 1 項第 2 款、地方制度法第 33 條（原住民議員、鄉鎮市民代表）、第 57 條第 2 項（山地鄉鄉長）及第 58 條第 4 項（直轄市山地原住民區區長）等；原住民族工作權保障法第 2 條：「本法之保障對象為具有原住民身分者。」原住民族工作權保障法施行細則第 2 條：「本法第 2 條所稱具有原住民身分者，以依原住民身分法第 11 條第 1 項規定，於戶籍資料記載為山地原住民或平地原住民者。」；原住民保留地開發管理辦法第 4 條第 1 項：「本辦法所稱原住民，指山地原住民及平地原住民。」等法令。

上述第（1）類是最可能直接適用於其他（平埔）原住民，第（3）類無法直接適用，至於第（2）類就要看立法者究竟是以原住民身分法或特別法來承認其他（平埔）原住民之地位。但不論是那一類，立法者都可全盤考量後，一一個別決定。

¹⁸ 參本件聲請案，關係人萬淑娟等 112 人釋憲陳述意見狀（2020/12/25），頁 92-150，即附件甲：關係人萬淑娟等 112 人於臺北高等行政法院 107 年度原訴更（一）字第 1 號所提出之言詞辯論意旨狀（2020/2/27），頁 1（I、訴之聲明二）。

及於符合本判決主文第 1 項要件之其他臺灣原住民族」，於此範圍內違憲。換言之，上開原住民身分法第 2 條係因欠缺保障其他原住民族之規定而違憲，並非聲請人所主張之該條第 2 款有關登記期間限制部分違憲。縱令認為上開登記期間限制部分違憲，亦與本件原因案件原告無關。因為依本判決意旨，原因案件原告根本無從依原住民身分法第 2 條第 2 款申請登記為平地原住民，而應等待修法後，先由原民會報請行政院核定其所屬原住民族（如西拉雅族）之地位，然後再申請登記為各該族群之原住民（如西拉雅族原住民）。縱使有關機關逾期未完成修法，也還是須先請求主管機關核定其所屬原住民族後，原因案件原告才能據以取得並登記為該族原住民，而無從跳過核定原住民族之程序，而逕自登記為一個尚非法定原住民族之成員。

[33] 依本判決意旨，本件聲請人及原因案件原告看似贏了憲法訴訟，因為本判決係宣告原住民身分法第 2 條，因欠缺保障其他原住民身分之規定而違憲；但原因案件原告係請求原民會認定她們具有系爭規定所稱平地原住民身分，就此訴之聲明而言，則屬無理由，聲請法院應判決原告萬淑娟等 112 人敗訴。¹⁹至於聲請法院能否裁定停止原因案件之訴訟程序，等待修法？本席認為本件並非宣告系爭規定違憲且定期失效，聲請法院應無依憲法訴訟法第 58 條，準用同法第 54 條第 1 項但書之可能。

[34] 再者，本席認為聲請法院裁定停止訴訟亦無實益。按如要裁定停止訴訟，聲請法院恐須先准許原因案件原告變更訴之聲明（參行政訴訟法第 111 條第 1 項但書或第 3 項第 3 款），改為要求原民會認定其所屬西拉雅族之民族別。這是否符合行政訴訟法規定，已有疑問。假設訴之變更合法並經准

¹⁹ 至於原住民身分法第 2 條第 2 款有關平地原住民之「登記期間限制」要件，相較於第 1 款山地原住民之要件，是否構成不利差別待遇，而違反平等？本席亦認違憲。未來如有本屬平地原住民（如阿美族、屏東縣滿州鄉的排灣族等）之各族原住民，由於上述登記期間限制致無法補登記為平地原住民，並有適當之聲請案時，本庭仍得審查並宣告系爭規定之上述登記期間限制違憲。

許，聲請法院也進而裁定停止訴訟，以等待修法後再為判決。然如果有關機關在本判決宣示後3年內完成修法，並核定新的原住民族（如西拉雅族等），原因案件原告自得依新法及其核定結果而取得西拉雅族原住民身分，也毋須法院判決。除非是有關機關逾期未完成修法，而原因案件原告要求中央主管機關核定其所屬原住民族之民族別仍遭拒時，始有由法院逕自依本判決意旨判命中央主管機關作成認定其民族別之處分的實益。因此本席認為上述裁定停止本件原因案件之訴訟程序並等待修法的選項，應該不是聲請法院後續應該或適合採行之處置。從本判決意旨來說，原因案件原告之終極救濟，恐怕還是要等待有關機關修法後，始得依新法之要件及程序而登記取得原住民身分。

[35] 本判決主文第3項前段雖有3年修法期限之要求，但仍然只是單純違憲宣告，因為原住民身分法第2條是因為欠缺保障其他原住民族之規定而違憲。不論有關機關是否有依本判決意旨完成修法，現行規定本身於3年後都不會失效。此種宣告方式，和司法院釋字第748號解釋類似，都是「附修法期限之單純違憲宣告」。而且本判決也和釋字第748號解釋類似，於修法期限屆滿後，進一步加上司法造法之定期生效宣告，以此預防有關機關之怠惰不作為。此即本判決主文第3項後段：

...逾期未完成修法或立法，舉凡日治時期戶口調查簿其本人或其直系血親尊親屬經註記為「熟」或「平」，釋明其所屬民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今依然存續，且其所屬民族成員仍維持族群認同者，於修法或立法完成前，均得向中央原住民族主管機關申請依本判決意旨認定其民族別。

於上述逾期未完成修法之情形，原因案件原告或任何其他原住民族之成員，均得依本判決發動請求權，向中央主管機關要求認定其所屬之民族別。因為依現行制度，中央主管機關須先承認並報請行政院核定為特定原住民族後，該族成員始

能取得該族原住民身分，並辦理戶籍登記。因此本判決之上述司法造法，其效果也不是讓原因案件原告或其他原住民族之成員得以直接取得原住民身分，而是讓她們得以啟動原基法第 2 條第 1 款之核定程序。

[36] 按本判決有關修法之要求，基本上是要解決個人取得原住民身分的問題。因為現行原住民身分法僅限於山地及平地原住民（相當於日治時期之高砂族），不包括平埔族，戶籍法等相關身分登記規定也因而受有相同限制，因此需要修法明定才能使西拉雅族等其他原住民族成員取得並登記原住民身分。至於承認西拉雅及其他平埔族為新的台灣原住民族部分，嚴格而言，原民會要啟動西拉雅族等的認定及核定程序並不需要修法，也不需要等待 3 年修法期限屆滿，而是現在就可以啟動。依原住民族委員會組織法第 2 條第 2 款，「原住民身分與原住民族之認定」本即為原民會之法定職權。原民會本於職權，目前即可啟動原基法第 2 條第 1 款所定認定民族別及後續報請行政院核定之程序。至於民族文化特徵和族群認同之要素，原本就是個案認定，也是過去邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族等 7 族從原有 9 族分出來時，實務上都曾踐行的程序，毋須另有新的法律依據。

[37] 對中央主管機關而言，本判決之核心誠命則是：臺灣不是只有 16 個原住民族，新的原住民族不是僅能由過去的法定 9 族或目前的法定 16 族中分出來。即使現行原基法第 2 條第 1 款規定不作任何修正，只要中央主管機關秉持本判決意旨，忠實貫徹憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之意旨，即得（也即應）承認並核定新的原住民族，例如西拉雅族及其他（平埔）南島語系民族，只要各該族群符合本判決主文第 1 項之要件。

七、結語

[38] 本件審查標的在表面上只有原住民身分法第 2 條，但實質上另涉及原基法第 2 條第 1 款。前者僅屬個別原住民身分之認定，後者則涉及（新）原住民族之核定。依現行原住民

族相關法制，個別原住民於取得並登記其身分時，另須或同時確定其所屬民族別。本件原因案件原告所要求原民會認定之西拉雅族原住民身分，係目前尚未經政府依法核定之原住民族成員身分。在政府未依原基法第2條第1款程序核定西拉雅族為臺灣原住民族前，原因案件原告實無從要求原民會逕自認定其等具有原住民身分，並許其向戶政機關登記。本判決主文第3項就修法期限屆滿仍未完成修法之後續救濟，也是指向原基法第2條第1款新原住民族核定程序之強制啟動，而非直接讓各該原住民族成員可以逕自取得並登記其原住民身分。正因為如此，聲請法院在表面上雖然是獲得違憲宣告判決，但其提出之違憲理由其實並不成立。而原因案件原告在本件憲法訴訟看似實質上勝訴，但她們於原因案件所提起之行政訴訟終究仍會敗訴。看似矛盾之如此訴訟結果，可能是釋憲史上罕見的案例。

[39] 在臺灣民主化後興起之平埔族正名運動，至今已有20多年，但目前政治上仍面臨層層障礙，一如過去的婚姻平權和通姦罪除罪化等所曾面臨的困境。就此而言，本判決應該是本庭繼釋字第748號及第791號等解釋後，再一次以憲法法庭判決斷開歷史糾葛，並期待能為政治僵局注入新的能量，從而有所進展。然考量本件所涉問題之複雜，本判決也僅先承認西拉雅等其他南島語系民族及其成員之原住民身分應受憲法保障；至於其權利事項之保障，則仍須由政治部門，與有待承認之各該族群、既有之法定原住民族等，循民主程序解決之。基於本判決首度正式承認之集體權（原住民族身分認同權），本席也期待各原住民族能逐步發展出各自的身分認定標準及程序，並能得到國家法律之適度尊重和包容。

[40] 不過，所謂原住民（族）身分，終究還是國家法律上之身分地位，而非語言學、人類學、民族學等學術或族群意義上的身分地位。各原住民族即使依本判決意旨得以主張並行使其集體權，自主認定成員資格及權利義務等，但只要國家仍維持戶籍登記制度，並採認日治時期戶口調查簿及後來官

方紀錄為認定原住民（族）之依據之一，所謂原住民族之自我認同原則就必然會受到制約。又原住民族的集體決定與其個別成員自主決定間，也可能會發生衝突。這些都是承認原住民族集體權之後，下一階段可能會發生的新問題，也是未來憲法法庭要面對的新挑戰。