

憲法法庭審理 109 年度憲三字第 17 號臺北高等行政法院第三庭聲請案

爭點題綱

原住民身分法第 2 條第 2 款：「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：……二、平地原住民：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屬於原住民，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」。是否違憲？理由為何？

壹、國家建構關係過程中的「原住民族」定義與定位

國際法上就「原住民族」（Indigenous Peoples）乙項概念，普遍均能接受的定義，蓋係指聯合國人權特別報告員 José Martinez Cobo 所提出之如下內容：

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 in 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 of their ancestral territories, and their ethnic identity, the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their cultural patterns, social institutions and legal systems¹.

與此類似的見解，亦見於前任聯合國原住民族人權特別報告員 S. James Anaya 的闡釋，指出原住民族是指他們祖先與他們現居或原居

¹ José Martinez Cobo, Study of the Problem against Indigenous Populations, vol. v, Conclusions, Proposals and Recommendations, UN Doc E/CN.4/Sub.2.1986/7, Add.4, para 379 and 381

土地的關連性，高於目前較具勢力的其他人的祖先與該土地的關連性（因此稱為 indigenous），而且他們可以再分為許多明顯不同的社群（因此稱為 peoples），個別社群都擁有能與其祖先之社群、部落或種族相連結的存在、認同之連續性。再則，原住民族是被迫納入國家體制，雖有獨特的政治文化，但不為國際社會所承認的民族²。

承前，「原住民族」之定義實係包括四個面向為其核心表徵：

- （一）歷史面向：強調原住民族係指前遭侵略和前被殖民社會的歷史延續
- （二）政治經濟面向：原住民族係屬被支配之社群
- （三）文化顯著性面向：原住民族文化表現與社會上其他具支配權利關係的社群形成顯著差異
- （四）集體性面向：原住民族具有特殊的世界觀與主體認同

尤以，原住民族是與「土地」具有高度關連性的社群，單以少數群體（minority）的概念無法明確表達原住民族的定位。因為原住民族概念要強調的是「原住」、「外來/後來」之區別，以及其所衍生內涵的土地權、領土權、資源權、文化權與自治權等關鍵意義。換言之，定義「原住民族」之法律需求，實係導因於歐洲人早前在西半球所展開一系列的探索與征服行為，為解歐洲人及他們遇到的原住民族之間的關係而來³。黃居正則以加拿大所依循之 1763 年由當時英國（不列顛）王權所做成的「皇室宣言」（Royal Proclamation）為例，指出「在過去殖民帝國的歷史上，『國家建構』關係的內容，多半是以殖民母國皇室或王室的宣言、或與原住民族締結的條約來做一總結。透過該等文獻，原住民族過去被以條約或其他文件所承認的主權權力、其傳統政治與社會機制地位，都全體性地憲法化，取得市民主權的保護，等於是制度化了市民主權與原住民間的關係⁴」。

承前，「原住民族」之概念確係由國家之統治行為而生，非自始即存在的自然事實。縱以多數國家初始與原住民族接觸後，就原住民族之治理概採血緣類屬而為認定，實則係以種族主義之勢，強調所謂

² S. James Anaya, *Indigenous peoples in International law* 3, Oxford University Press, 2004.

³ Paul Keal, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples The Moral Backwardness of International Society* 25-37, Cambridge University Press, 2003.

⁴ 黃居正（2012），原住民法與市民法的衝突——論非線型憲法結構下特殊權利的地位，台灣原住民族研究學報，2 卷 1 期，頁 31-32。

「昭昭天命」(Manifest Destiny)之信念，合理化國家統治正當性，俾以遂行所採同化(assimilation)與整合(integration)之政策措施。

比較臺灣原住民族與各時期統治勢力接觸的歷史境遇，「原住民族」始終是被強勢外來者所「命名」與「界說」的客體，「蕃」或「番」(不管是生番、熟番、化番)即係「原住民族」的代名詞，置於日治時期下的「理蕃政策」及其接續之國治時期所實施的「山地行政」，其本質均係突顯統治群體(非原住民族)的優越與被支配者(原住民族)的落後。要言之，在殖民活動擴張的過程裡，不論是英法兩個老牌殖民國家，或是後來的美國與 19 世紀末期的日本，均不約而同的運用「神話」的編纂，將原住民族視作野蠻人，進而合理化殖民主義與帝國主義對原住民族的掠奪與剝削。簡單來說，扶助原住民族「文明化與現代化」，不過只是掩飾「國家文化霸權主義與殖民同化政策」的美麗辭藻。

綜上，「原住民族」的定義，初始即係「種族主義」的國家論證。比較各時期統治勢力者的原住民族治理，形式上雖各有其政策外衣，實質上確係結合了物種進化論與文化階級的發展論述，以法律技術性的安排，初以詆毀原住民族文化為開端，繼而確立統治者之種族與文化優越性，而總成於污名化原住民族文化的「差異」，進而藉由法律作為一項工具，承載著特定政治目的——同化與整合「原住民族」。

貳、憲政主義為基礎重構原住民族與國家之關係

(一) 加拿大之事例

以加拿大的法制概況具體立論，1867 年 7 月 1 日，英國議會通過《英屬北美法》(British North America Act)，也被認為是加拿大的第一部憲法——1867 年憲法，加拿大成立邦聯(Confederation)成為英國聯邦體制下的一個自治領地。加拿大《1867 年憲法》第 91(24)條指出印地安部族及其成員，以及法規所劃定之保留地，專屬於聯邦政府之權責。隨後在 1876 年，聯邦政府制定公布施行《印地安部族法》(Indian Act)，整合既存有關印地安部族的所有法規，目標在透過印地安部族成員日常生活的管理，進行大規模的控管，冀以消除印

地安部族文化，促其同化與整合於加拿大的歐洲文化社會。值得注意者，《印地安部族法》初始僅適用於具有法定印地安身分 (Indian Status) 的個人與部族，並未含括非具印地安身分者 (Non-Status Indian)，亦不涵蓋現行加拿大所承認之梅蒂斯 (Métis) 或印紐特 (Inuit) 原住民族。1982 年加拿大憲法修正案的通過，第 35 條的原住民族條款明確承認三類各自與國家具有特殊政治關係與地位的「原住民族」——Indian, Inuit and Métis peoples，同時肯認原住民族權利及條約權利的憲法保障。換言之，加拿大法制上涉及原住民族定義與分類的規範主要有二，其一為 1982 年憲法修正案，其二為 1876 年《印地安部族法》。亦即，加拿大的原住民族可以分成兩種類型：憲法上的原住民族與《印地安部族法》內的原住民族。

這邊所存在的爭點在於，兩項條文分處於憲法架構中的不同章節，加之以條文用語上的差異，因此衍生憲法規範「原住民族定義」的不同見解。詳言之，1982 年憲法第 35 條所指涉者，係加拿大憲法所規範之原住民族權利內容，其章節名稱為加拿大原住民族的權利 (Part II: Rights of the Aboriginal Peoples of Canada)。另，1867 年憲法第 91 (24) 條所關乎者，係規範聯邦政府與省政府間之分權事項，其章節名稱為立法權的分權 (VI. Distribution of Legislative Powers)，該條款的立法意旨為國會的權能 (Powers of the Parliament)。其次，有關條文用語差異所生之爭點，即係 1982 年憲法第 35 條的印地安部族，係包括在該條款所示之原住民族定義範疇⁵；又，1867 年憲法第 91 (24) 條僅以印地安部族作為表示⁶。

實則，爭點的核心即係第 91(24)條所表徵的印地安部族 (Indians) 與第 35 條所指，在排除印紐特部族與梅蒂斯部族之印地安部族，是否具有同一的內涵與定義。另則，第 91 (24) 條所規範的印地安部族 (Indians)，是否可以認為係第 35 條所指，涵蓋印紐特部族、梅蒂斯部族與印地安部族的原住民族。

要言之，政治的基本決定當作憲法框架秩序，釋憲者原則上應予

⁵ Section 35 (2): In this Act, aboriginal peoples of Canada includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada

⁶ Section 91 (24): the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to Indians, and Lands reserved for the Indians.

遵守。從民主原則出發，制（修）憲者所為的決定，釋憲者應予遵守，而不得任意變更。亦即，憲法的釋義不得逾越憲法基本決定，除非原先條文有重大疏漏或矛盾或違反基本的價值設定。因此，前開所述加拿大憲法第 91（24）條所表徵的印地安部族（Indians）與第 35 條所指，在排除印紐特部族與梅蒂斯部族之印地安部族，是否具有同一的內涵與定義的爭點，在加拿大憲法的架構下，當屬同一。至於加拿大憲法第 91（24）條所表徵的印地安部族（Indians），能夠擴及包括印紐特部族、梅蒂斯部族，甚或是非具印地安身分者（Non-Status Indian）？加拿大最高法院於 2016 年就 Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development) 作成之判決⁷，確立憲法第 91（24）條所指印地安部族（Indians）之概念，應採廣義的理解與詮釋，涵納加拿大所有的原住民族。也就是說，印紐特部族、梅蒂斯部族，以及非具印地安身分之原住民，確係憲法第 91（24）條所規範的印地安人，聯邦政府依據憲法負有權責。惟以，前開判決能否逕以認定《印地安部族法》適用於梅蒂斯部族以及非具印地安身分之原住民？由於《印第安部族法》是聯邦政府用來管理印第安人身分、部族政府與保留地治理的主要法律，並據此規範政府對印地安部族與成員的義務。尤其重要的是，該法確立了印地安人的法律定義。依照 1985 年修正的《印地安部族法》內容，對於印地安人的身分確認，規範在第 5 條有關印地安部族與成員的定義及其登錄，其中第 1 項明定：主管機關應設立印地安部族與成員登錄系統，據以登載那些依據本法，有權申請登記為印地安人之個人。爰此，就 1876 年制定公布施行之《印地安部族法》，有其與加拿大國家所存在之特殊政治關係，當非可逕作延伸適用於梅蒂斯部族以及非具印地安身分之原住民，而係應依聯邦政府之立法權能，另為適法之法制建構。

最後要說明的是，《印地安部族法》所涵括的聯邦權能，對於印地安部族及其成員所提供之權益，實際上是完全倚賴執政黨的政治傾向與意志。《印地安部族法》本身反映的是加拿大對其境內原住民族與印地安部族之基本國策，且其法律規範要旨與內容受制於國會的立法與修法權。相較之下，憲法第 35 條所承認與確認的原住民族權利

⁷ Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development), 2016 SCC 12.

與條約權利，則係在憲政主義基礎下，原住民族與加拿大重構特殊關係的根基與原則。

（二）臺灣原住民族定位之法制發展

回顧臺灣原住民族與不同時期接續而來的墾殖者間之接觸經驗，尤以移植現代國家法律進入臺灣的日本殖民政府最為關鍵，其時所規劃與實施的理蕃政策，法制化了原住民族的法律類屬，強調文化差異的種族主義，應用於其統治政策下殖民原住民族的實踐。二戰結束以後國民政府抵臺，比較日治時期的殖民治理，臺灣的原住民族旋被強制視為中華民族的成員之一，政府雖揭示原住民族無異於其他非原住民，同係一般國民且應為平等之待遇，然於相關施政作為，亦明確表示原住民族處於原始、落後的社會狀態，有待國家予以扶助使能「進步、成為現代化國民」的歧視心態。換言之，戰後山地行政的實施因與臺灣實施戒嚴期間重疊，政府政策一方面標榜以「現代化國民」取代日治時期之「文明化成員」，冀以褪去文化種族主義之外衣；另一方面配合威權治理手段，強迫國族認同，強制性地以中華文化為尊的觀念開展山地行政，迫使原住民族無力與國家抗衡，以遂行政府於山地地區與原住民族社會之同化政策。

復以，1947 年時任臺灣省政府委員的南志信（卑南族），因認「高山族」名稱不雅，提議改稱「臺灣族」。臺灣省政府則回應「山地同胞」並不是非我族類，不應該有此（高山族）歧視的稱呼⁸。隨即由臺灣省政府民政廳通令，「高山族」名稱應即禁止使用，應以「山地同胞」取代「高山族」一詞，以示對「山地同胞」一視同仁的平等⁹。其後，省政府更數次重申不得稱呼山地同胞為「高山族」、「高砂族」或「蕃族」。又，此時的山地同胞，初始意涵不包括「平埔族群」。

再則，詹素娟指出，「1950 年代，山地鄉的經費編列、山地保留地的土地使用權授予，及山胞與平地人的通婚等攸關權利、義務的措施權益，都面臨施政對象如何指涉的問題。……雖然 1940 年代末戶口整理時，山地鄉住民已蓋上「山」字章作為身分註記，但只能說

⁸ 詹素娟，典藏台灣史（二）台灣原住民史，頁 223，2019 年。

⁹ 1947 年 6 月 29 日，「臺灣省民政廳通報禁止使用高山族名稱」，《臺灣省政府公報》36 年夏字第 78 期，頁 548。

明居住從屬空間、仍無法判準身分，而需要更周詳的區別標準¹⁰」。其後，基於山地行政治理之需，臺灣省政府因應第二屆臨時省議會議員選舉，於 1954 年 2 月 9 日發布「山地同胞」的定義，「凡原籍在山地行政區域內，而其本人或父系直系尊親屬（父為入贅之平地人者從其母），在光復前日據時代戶籍簿種族欄登載為高山族（或各族名稱）者，稱為山地同胞」。

由於前開「山地同胞」之認定標準，係同時採「血緣主義」與「屬地主義」之原則，即有「居住平地之山地同胞」是否亦應認係山胞之疑義。爰此，臺灣省政府遂於 1956 年 10 月 3 日發布「平地山胞」認定標準：

1. 凡日據時代居住平地行政區域內，其原戶口調查簿記載為「高山族」者，為平地山胞。
2. 確係平地山胞，而原戶口調查簿漏失無可考查者，得檢具足資證明文件及平地山胞二人之保證書，向鄉、鎮、區公所申請登記為平地山胞。

上揭第 2 點之「登記」規定，表現「山地山胞」與「平地山胞」在身分認定上的重要條件之區別。詹素娟指出，山地山胞係「以『生而所屬』的『戶籍所在地』界定身分」，但對平地山胞之身分認定採登記主義，顯示其時政府傾向開放，給予當事人自主選擇空間¹¹。「山地山胞」與「平地山胞」採取各異的身分認定標準，其間配合山地行政治理機關的更替，而有法規的整併與主管機關的調整，陸續發布「臺灣省山胞身分認定標準（1980）」、「山胞身分認定標準（1991）」，再因憲法第三次增修改以「原住民」取代「山胞」，而於 1994 年發布「原住民身分認定標準」，認定標準之原則與身分之本質均無變動。

臺灣山地行政歷經同化、整合、融合之「文明」之路，因著解嚴後臺灣民主化運動的影響，臺灣省政府因應山地地區社會變遷，終對原住民族治理改弦更張，於 1988 年 4 月公布「臺灣省山胞社會發展方案」以及「臺灣省山胞社會發展方案第一期四年實施計畫大綱」，作為推動原住民族政策之依據。爰以憲法第三次增修「山胞」正名為

¹⁰ 詹素娟，同註 8，頁 230。

¹¹ 詹素娟，同註 8，頁 233。

「原住民」，上開方案名稱隨之修正為「臺灣省原住民社會發展方案」。另以，威權統治時期實施動員戡亂體制，憲法遭致凍結，致使人民之基本自由與權利受到限制。解嚴之後，我國憲法重新獲得生命¹²，在面對「原住民」政策的態度上，所選擇的也是一種「保障策略」，且非具保障「原住民族」權利之論理，而係採以落實憲法保護扶植邊疆地區各民族之規定。實則，政策上雖已褪去山地平地化與融合的歧視外衣，確係視「原住民」為弱勢群體，強調國家應積極扶助並促其個人發展，俾以體現憲法平等原則之保障。

1990 年代四次憲法增修，以憲政主義為基礎重構原住民族與國家關係之確立，部分觀點主張應以 1994 年憲法第三次增修「山胞」正名為「原住民」為其時點，亦有認為應以第四次增修「原住民」為「原住民族」始完成。茲以 1990 間四次憲法增修有關「原住民」及「原住民族」之內容為比較：

1991 年 第一次增修	1992 年 第二次增修	1994 年 第三次增修	1997 年 第四次增修
第 1 條第 1 項 第 2 款 國民大會代表依左列規定選出之，不受憲法第二十六條及第一百三十五條之限制：自由地區 <u>平地山胞</u> 及 <u>山地山胞</u> 各三人。	第 18 條第 6 項 國家對於自由地區 <u>山胞之地位及政治參與</u> ，應予保障；對其教育文化、社會福利及經濟事業，應予扶助並促其發展。對於金門、馬祖地區人民亦同。	第 1 條第 1 項 第 2 款：國民大會代表依左列規定選出之，不受憲法第二十六條及第一百三十五條之限制：自由地區平地原住民及山地原住民各三人。 第 3 條第 1 項 第 2 款：立法院立法委員依左列規定選出之，不受憲法第六十四條之限制：自由地區平地原住民及山地原住民各三人。 第 9 條第 7 項：	第 10 條第 9 項：國家肯定多元文化，並 <u>積極維護發展原住民族語言及文化</u> 。 第 10 條第 10 項： <u>國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與</u> ，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。對於金門、馬祖地區人民亦同。

¹² 王泰升，台灣近代憲政文化的形成：以文本分析為中心，國立臺灣大學法學論叢，36 卷 3 期，頁 35，2007 年。

		國家對於自由地區 <u>原住民之地位及政治參與</u> ，應予保障；對其教育文化、社會福利及經濟事業，應予扶助並促其發展。對於金門、馬祖地區人民亦同。	
--	--	---	--

1991 年的第一次憲法增修，主要係為使臺灣回復到正常化的憲政體制，就其時仍為「山胞」之憲政議題言，係以落實參政權之保障為主。1992 年的第二次增修，因我國憲法初始未慮及臺灣原住民族的法政存在，遂採憲法保護扶植邊疆地區各民族之規範意旨，強調基本國策的充實，納入加強對山胞的保障與照顧。1994 年的第三次增修，則係聚焦於「山胞正名為原住民」的修憲成果，增修條文的內容，則未有實質的調整。當時政府部門的態度，仍維持視「原住民」為社會弱勢，且係須仰賴國家扶助照顧的對象¹³。此外，政府亦有認恐有造成「國家分離主義獨立」、「會搶回漢人土地」之疑慮，故不欲輕易增修相關內容¹⁴。

1997 年憲法進行第四次增修，揭示多元文化國作為我國憲法的國家目標，納入「原住民族」發展條款，確立原住民族之「民族權」保障。其時國民大會就「憲法原住民族條款修訂草案」指出，原有憲法增修條文之原住民族政策條款確有未盡適宜之缺失，較之「邊疆政策條款」，未見原住民族政策主體性，且缺乏時宜性與前瞻性，無以接軌民族政策之國際潮流。又，僅視原住民為少數與弱勢，採積極差別措施保障參政權與社會權，惟未明認基本權之保障，因而缺乏平等性與整體性。此外，原有條款刻意將原住民與金門、馬祖地區人民並列，

¹³ 臺灣省政府民政廳於答覆省議員質詢內指出：有關山胞正名為「臺灣族」一節，衡諸目前所稱之『山地山胞』、『平地山胞』係本省各族山胞之代名詞，為光復初期用以取代日據時代歧視為『蕃人』、『高砂族』之稱呼，而統一稱之為『山胞』，有如僑胞、藏胞 ... 等是。本省山胞依照內政部四十三年二月十七日內地字第四〇五六六號函核定，臺灣山地九族修正確定中文名稱各有其傳統族名，予以合併稱呼為『山胞』現因沿用三十多年已為國人所習用，不宜遽予變更。轉引自林修澈、伊萬納威、李台元、顧恒湛、楊迪雅、蔡佳凌，臺灣原住民族正名運動政府體制文獻史料彙編，頁 14，2016 年。

¹⁴ 同前註，頁 28。

確係有意「淡化」或否定原住民族的「民族」地位與身分¹⁵。承前，當時國民大會原住民修憲小組提出共識版草案之修訂原則有三：「其一，依據「族群正義」及國際潮流，保障原住民之民族地位與權利；其二，本「多元主義」精神，主張推展多元文化族群政策，並尊重原住民對民族事務之自決自治；其三，以「民族發展為目標」，保障原住民之生存發展權，俾能平等參與現代生活¹⁶」。

綜上，憲法增修之前，各時期發布之山胞身分認定標準與原住民身分認定標準，究其實質言，係用以確認山地行政治理之對象，其時山地行政的整體認知，係將山胞問題化約為經濟問題或階級問題，國家要達成山地人民現代化與社會融合的目標，就必須要先改造山胞的傳統文化與生活方式，關注改變山胞語言、文化、部落組織與社會生活為目標。1997 年第四次憲法增修，確立多元文化國之憲政目標，依此隨於 2001 年制定公布施行《原住民身分法》，復於 2005 年 2 月 5 日制定公布施行《原住民族基本法》，完成以憲政主義為基礎重構原住民族與國家的特殊關係。由此觀之，「山胞」與「原住民(族)」在憲法的視野下，確係非屬同一之法律概念與定位。

參、原住民身分法與原住民族基本法之原住民概念

《原住民身分法》自 2001 年立法之初迄今，就原住民之定義均未為修正，係包括山地原住民及平地原住民，且直接承受日治時期戶籍登記簿的認定效力，並維持早前平地山胞身分採登記取得之制度。又，《原住民族基本法》初始立法時，第 2 條第 1 款揭示「原住民族係指既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族」；同條第 2 款則指「原住民係指原住民族之個人」，特強調原住民與原住民族之關聯性。在這裡，產生類似文前所指加拿大法制上就「印地安人（部族）」定義之疑義，亦即《原住民身分法》所界定之「原住民」，究與《原住民族基本法》所定義之「原住民」，是否同一？參以《原住民族基本法》初始立法時之第 2 條所示理由，確有指出「原住民身分之認定，

¹⁵ 國民大會秘書處編，特別報導／「憲法原住民族條款修訂草案」共識版，國大簡訊，290 期，頁 105，1997 年。

¹⁶ 同前註，頁 106。

係依據原住民身分法之規定，本法從之」。惟以，《原住民族基本法》作為憲法增修條文第 10 條第 11、12 項的施行法，上開立法理由恐將局限並窒礙「多元文化國」與「原住民族條款」之國家目標的落實。再則，《原住民族基本法》於 2015 年 6 月 24 日修正公布第 34 條，增列第二項「前項法令制（訂）定、修正或廢止前，由原住民族委員會會商中央目的事業主管機關，依法辦理」之規定，俾以維護整體原住民族法律體系，並保障原住民族基本權利。

參以文前所示憲法第四次增修時之修訂原則，即在確立原住民族的「民族」地位與身分，並本於「多元主義」精神，尊重原住民族之自決自治。惟「原住民族集體權」是否已為我國憲法明文保障之範疇，確仍有待理清。許育典認以憲法針對原住民傳統文化特性的保障，強調尊重原住民「族」的文化集體性，認以憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項作為原住民文化集體權在我國憲法保障的依據¹⁷；復就原住民文化的存續與開展，採以對原住民的「優惠性差別待遇」，裨益實質平等目標的達成，補強原住民文化集體權的憲法論述¹⁸。不過，這樣的論述焦點仍係關注原住民「個人」之文化集體權，而與司法院釋字第 803 號之意旨較為相近。釋字第 803 號解釋就原住民狩獵文化權之權利性質，明認「原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利。此一文化權利應受國家之尊重與保障，而為個別原住民受憲法保障基本權之一環¹⁹」。換言之，前開解釋僅承認個別原住民文化權為憲法權利，而未進一步明認原住民族狩獵文化之集體權亦屬憲法權利。深究其因，恐係因憲法所確立之權利主體除了個人外，是否也包括群體（group），如少數群體（語言、宗教或文化之少數），在學說上仍有爭議。即如王韻茹為文亦支持憲法增修條文第 10 條第 12 項，解

¹⁷ 許育典，原住民文化集體權在憲法的保障：以原住民保留地為例，台灣法學雜誌，379 期，頁 57-58，2019 年。

¹⁸ 同前註，頁 65-66。

¹⁹ 司法院釋字第 803 號，第 19 段敘明，身為原住民族成員之個別原住民，其認同並遵循傳統文化生活之權利，雖未為憲法所明文列舉，惟隨著憲法對多元文化價值之肯定與文化多元性社會之發展，並參諸當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢，為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展，依憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利。此一文化權利應受國家之尊重與保障，而為個別原住民受憲法保障基本權之一環。

釋上可認係集體權利的依據，惟重點仍在於確認這個集體權利核心內涵為何²⁰。不過，由於此間的討論均係源自憲法增修條文第 10 條第 11 項而來，「多元文化」作為國家目標或憲法價值的確立，對於包括原住民族文化在內的文化權，在客觀法面向的落實，強調國家權力行使，應合乎多元文化國之國家目標，避免強勢文化社群的壓迫與宰制²¹。實則，多數對於「多元文化」的討論，仍僅用以表達多元社群（multi-ethnic）組成社會的事實狀態，而較少涉及多元文化主義的理型（ideal）。確實，多元文化主義作為文化集體權的理據，非僅關乎差異和身分本身爾爾，而係關於植根於文化且由文化維續的內容。即如 Bhikhu Parekh 所指，係由特定群體所發展與建構的信念與實踐系統，用以確認與理解本我與世界，並據此組織集體中個人與群體的生活²²。

承前意旨，原住民身分之確認，應併同建立原住民族之關係連結為要。此亦係加拿大《印地安部族法》於 1951 年修正時，就印地安人身分（Indian Status）之取得，強調僅以血緣連結係不足以取得法定印地安人身分，按其不同的立法目的與政策需求，尚包括依照原住民族傳統習慣所制定的條件規範。加拿大的司法實務，亦可與我國憲法法庭作成之 111 年憲判字第 4 號相互比較。前揭判決指出：

或謂原住民身分法並非處理族群認同問題，而係確認國家給付行政之範圍；或謂係為兼顧血緣及文化因素，係採血統主義輔以文化認同主義。... 遍查原住民身分法全文，又沒有任一條述及國家給付行政具體內涵，且給付行政之內涵係給與符合給付條件之人民優惠，所涉及者為國家資源之分配，以此目的與本件所涉及原住民身分認同權等受憲法保障之基本權之限制相較，原則上尚難認係特別重要公益。就上開目的之後者而言：考量我國原住民族之特殊歷史地位及憲法增修條文之特別保障，上開追求文化認同之目的應認係特別重要公益。... 且因原住民族地位較為特殊，衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取

²⁰ 王韻茹，國家對文化保存與維護的憲法義務—以文化資產保存法為觀察，高大法學論叢，17 卷 1 期，頁 17，2021 年。

²¹ 同前註，頁 23-24。

²² Bhikhu Parekh, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory* 2-3 (2nd ed., 2006).

得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。

綜上，《原住民身分法》之「原住民」與《原住民族基本法》之原住民，兩者概念非屬同一，除可採以憲法法庭 111 年憲判字第 4 號之判決要旨加以指摘，亦不符合《原住民族基本法》第 34 條第 2 項之規範意旨。

肆、 憲法增修條文與原住民族基本法之原住民族

加拿大的國家建構，藉由皇室宣言確認國家與原住民族間之特殊權利信託關係。又，「原住民族」之概念透過 1982 年之憲法修正，增訂第 35 條，定義原住民族含括印地安部族、梅蒂斯及印紐特部族。再由最高法院 2016 年之判決，確認憲法第 35 條之原住民族，係具開放性之廣義概念，僅須符合皇室宣言下之原住民族即為已足，是否獲得聯邦政府之立法確認，非屬必要。復以，最高法院依據憲法第 25 條揭示之原住民族權利免於減損條款，併同憲法第 35 條之規範意旨，認定憲法 91（24）條之印地安部族，應包括未經認定而不具法定身分之印地安人，以及梅蒂斯部族。最高法院為此認定之重點，係在於確認聯邦政府對於全國原住民族應有之法律權責。

承前比較法之說明，我國憲法增修條文就原住民族之概念未做定義；而《原住民族基本法》就「原住民族」則係載明，「指既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族，包括阿美族、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、太魯閣族及其他自認為原住民族並經中央原住民族主管機關報請行政院核定之民族」。要言之，《原住民族基本法》所指之「原住民族」即係由「行政院核定」之臺灣傳統民族。爰以，我國法制對於權利主體之認知，確已在法律的位階涵括集體（collectivity）之概念與類屬。舉其要者，當係我國原住民族基本法之規定內容，即如第 2-1 條定有，原住民族部落經中央原住民族主管機關核定者，為公法人。又如第 20 條確立原住民族土地與自然資源權利；第 21 條則賦予原住民族與部落行使諮商同意參與之權利等。由此觀之，若不具《原住民族基本法》所承認之原住民族地位及其成員，所造成的影響就是無權行使《原住民族基本法》所明認之權利項目，也無法享有政府所提供的

社會福利與服務措施。

綜上，我國憲法增修條文就原住民族之概念雖然未做界定，亦未有如普通法系統之加拿大，藉由條約來確認與原住民族間之國家建構關係。黃居正則指，「從非線型組構發展而成的市民政權，未必沒有正當權力透過對「時際法（inter-temporal law）」概念的修正，結合對多元主義的擴張解釋，重建憲政體制的線型組構²³」。又以，在強調原住民族歷史正義與轉型正義作為原住民族重構與國家之特殊關係主張論理的今天，國際原住民族權利運動咸認原住民族轉型正義應結合國際法與普世人權基準。這種特殊關係並非係指國家對於內國少數群體或族裔團體的「種族關係」，而係一種平等主權之間的「政治關係」。準此，我國憲法增修條文所示之「原住民族」，非僅限於依原住民族基本法之規定，指經行政院核定之傳統民族爾爾；而係先於國家而存在，歷經外來統治勢力者侵略與殖民之社會的歷史延續。

伍、 結論

- 一、憲法原住民族之界定，應與原住民族基本法之規定有別，謹依歷史事實為斷，含括平埔族群（西拉雅族）在內。
- 二、憲法法庭 111 年憲判字第 4 號確立原住民身分認同權係受憲法保障之重要基本權利，國家固非不得以法律限制人民之基本權，惟須符合憲法第 23 條比例原則，且應採嚴格標準予以審查。
- 三、承前，原住民身分法第 2 條第 2 款就平地原住民之身分取得，係增加「山地原住民」所無之「直系血親尊親屬須前已完成登記」的要件。對不符上開附加要件之「原住民」個人，其原本依其所屬「原住民族」之歷史事實與血統，而有之得因自我認同而具原住民身分之權利，於系爭規定附加上開「直系血親尊親屬須前已完成登記」要件之結果，其原住民身分遭到否定，系爭規定確已限制此等「原住民」個人身分認同應受肯認之重要人格權。

²³ 黃居正（2010），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，3 卷 4 期，頁 22。

- 四、再就此一「登記」要件之目的言，實係其時政府採以同化與融合之種族主義作祟，且所採手段與規範目的間之關聯性無涉，其與原住民身分之規範目的迥不相侔，非但不合於比例原則之要求，更有害於原住民之身分認同權與原住民族之集體發展關係。
- 五、現行法有關原住民之分類（山地原住民、平地原住民），係源於日治時期之殖民治理思維，而由戰後之中華民國政府所承繼，採以威權統治手段，施以同化與融合之政策措施，確與自由民主憲政秩序有違，應認係國家行政不法之行為。
- 六、憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決已有闡明：原住民身分之取得與原住民所得享有之優惠措施不當然等同；立法者就原住民優惠措施之設置固有裁量權，但仍應將原住民身分與原住民所得享有之優惠措施，依優惠措施之性質作適當之區分。且因原住民族地位較為特殊，衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。
- 七、綜此，原住民族之法律地位及其與國家之特殊政治關係，係受憲法所保障。政府機關本於有限資源合理分配考量，欲以原住民族之民族別或原住民個人之文化認同強度，作為得為主張或享有原住民族相關立法與政策措施之差異準據，尚屬立法裁量範疇。惟現行原住民族基本法未就不同原住民族間之差異，而有適切之立法安排與政策配置，應可併同平埔族群（西拉雅族）之民族地位，共同納入後續立（修）法之考量。又，現行原住民身分法所採山地原住民與平地原住民之分類，除無以符應原住民族之民族別屬性，亦無以表彰文化認同，後續立（修）法策略，允宜取消此一倚恃種族中心主義之論述分類，聚焦原住民族相關立法與政策措施之性質作適當之區分。

蔡志偉 Awi Mona，賽德克族，Alang Gluban（清流部落）

國立東華大學法律學系副教授兼系主任

