

台北律師公會 函

地址：台北市中正區羅斯福路一段7號9樓

聯絡電話：(02)2351-5071

承辦人：許雅婷 分機 11

受文者：司法院秘書長

發文日期：民國 110 年 5 月 7 日
發文字號：北律文字第 1100851 號
速 別：速件
密等及解密條件或保密期限：普通
附 件：如文

主旨：為鈞院大法官審理 109 年度憲三字第 17 號聲請解釋憲法案，提出法律意見書如附件，請查照。

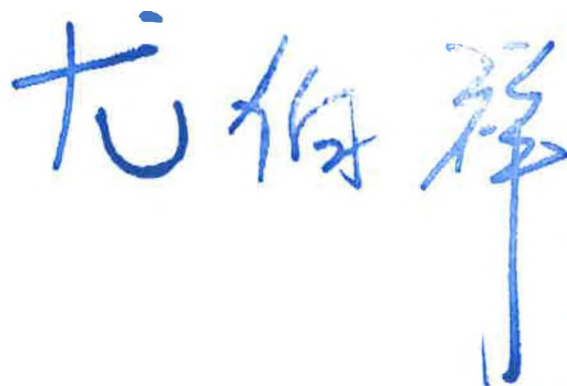
說明：

- 一、復鈞長 110 年 2 月 22 日秘台大二字第 1100005756 號函。
- 二、依本公會 110 年 4 月 27 日第 29 屆第 6 次常務理事會議之決議辦理。

正本：司法院秘書長

副本：

理事長



台北律師公會 法律意見書

本會林光彥理事秉本會 110 年 4 月 27 日第 29 屆第 6 次常務理事會決議，綜整本會憲法委員會周宇修委員及行政法委員會之見解，製作本會書面意見如下：

一、原住民身分法第 2 條之解釋適用及平等權審查

(一) 依該規定，取得平地原住民身分之要件為何？與山地原住民是否相同？

1、取得平地原住民身分之要件

- (1) 臺灣光復前原籍在平地行政區域內。
- (2) 戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民。
- (3) 申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案。

2、與山地原住民之異同

取得山地原住民身分之要件有原籍區域及戶口調查屬於原住民，此二部分與平地原住民相當；惟山地原住民並無「申請登記」之要件。

(二) 如山地原住民與平地原住民之身分認定標準有所差異，該差別待遇是否符合憲法第 7 條平等保障之意旨？

1、平等審查之前提

參照 鈞院釋字第 596 號解釋許宗力、許玉秀大法官不同意見書：「只有當法律所規定與被排除在規定範圍之外之人或生活事實兩者間共同具有一個他人或其他生活事實所未具有之特徵（genus proximum），因而具有可相提並論性時，國家對其所作差別待遇才有作平等審查之意義與必要」，本件原

住民身分法第 2 條第 1 款及第 2 款涉及比較的對象分別是山地原住民與平地原住民，兩者受到立法者不同的處理，而「臺灣光復前原籍在我國行政區域內」及「戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民」，為兩者所共同具有而他人所無之共同特徵，故本件具有可相提並論性。

2、平等審查之基準

- (1) 按「憲法第 7 條保障人民之平等權，並不當然禁止國家為差別待遇。法規範所為差別待遇，是否符合平等保障之要求，應視該差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定。法規範所採取之分類如未涉及可疑分類，且其差別待遇並不涉及攸關個人人格發展及人性尊嚴之重要基本權利，本院自得採寬鬆標準予以審查（本院釋字第 768 號及第 794 號參照）。如其立法目的係為追求正當公共利益，且其分類與目的之達成間有合理關聯，即與憲法第 7 條平等權保障無違。」 鈞院釋字第 802 號解釋參照。
- (2) 原住民身分法第 2 條第 2 款（下稱系爭規定）以光復前原籍在平地或山地行政區域內作為區分標準，似非可疑分類；惟查，其差別待遇使在戶口調查簿登記屬於原住民而於光復前居住於平地行政區域者，須申請登記始取得平地原住民之身分（依主管機關見解，僅以民國 45 年、46 年、48 年及 52 年即申請登記者為限，原民企字第 0980021162 號令參照），而民族身分認同應與群體及個人自由均有關，系爭規定應已涉及憲法第 22 條所保障之其他自由權¹，且

¹ 已具國內法效力之《公民與政治權利國際公約》第 1 條規定：「所有民族均享有自決權」、聯合國《原住民族權利宣言》前言載有：「確認原住民族與所有其他民族完全平等，同時承認所有民族均有權與眾不同、

與精神自由相關，故應至少通過中度（實質）審查基準之檢驗。

- 3、系爭規定所採取之分類與規範目的之間，是否具實質關聯？
- 參照 鈞院釋字第 696 號解釋湯德宗大法官協同意見書：「『手段與目的之達成間須有實質關聯』可以包含『（一般強度的）限制較少之替代手段檢驗』（a regular “less restrictive alternative” test）。亦即，如有其他限制較少（較不歧視）的手段能夠同樣有效地達成同一目的時，系爭差別待遇手段即有所謂『涵蓋過廣』（over-inclusive）而『殃及無辜』的瑕疵，從而可以認定『手段與目的之達成間欠缺實質關聯』，實質關聯固不要求須為侵害最小之手段，至少應為侵害較小之手段。而系爭規定之侵害程度，復與登記是否以民國 45 年、46 年、48 年及 52 年准予登記期間為限有關：

- (1) 系爭規定應無時效或期限之限制，人民仍可不定期申請登記：

- A. 按「足見 45 年以降的法規要求平地原住民登記之旨趣，在考量原住民與非原住民於平地混居，為求便利行政機關釐清平地原住民身分而設，並無限制有原住民身分某期間過後即不具原住民身分，未登記即非原住民」、「況原住民身分，係因血緣關係而來，身分之有無，是與生俱來，非所謂採登記主義而取得」最高行政法院 107 年判字第 240 號判決可資參照。

有權自認與眾不同，並有權因此得到尊重」，尊重並承認原住民族意願已成國際趨勢；且我國憲法增修條文亦揭櫫保障原住民族之基本決定，諸如「多元文化」、「依民族意願」、「維護原住民族語言文化」等。參照王泰升、陳怡君（2013），〈從「認同」到「認定」——西拉雅族人的原住民身分認定問題〉，《台灣原住民族研究學報》，第 3 卷第 2 期，頁 15-16。

B. 學者亦指出該條文並未設定時效或期間以示限制；且依立法史解釋方法，登記乃著眼於區辨平地原住民與非原住民之需求，只要因原漢混居而繼續有區辨的需要，就應允許人民不定期提出申請；並依目的解釋方法，基於重視當事人主觀意願（晚近有關原住民族法律，包括原住民身分法第 7 條等規定，均甚重視之），亦應解釋為於公告登記期間經過後，仍可申請登記；此外，民國 80 年內政部《山胞身分認定標準》第 4 條之制定理由曾明白將「未及於登記時效期間內取得山胞身分者」列為補辦身分登記之事由，亦顯示主管機關曾開放期限外之申請登記²。

C. 系爭規定若未限制人民繼續申請登記，應已屬釐清原住民身分之侵害較小手段，與規範目的之達成間具有實質關聯，系爭規定對平地原住民所設登記制度因而屬於合理之差別待遇，無違憲法第 7 條平等保障之意旨。參照鈞院釋字第 585 號解釋許宗力大法官部分不同意見書：
「系爭法律倘若有數個可能合理的解釋，只要其中一個解釋可能可以導致法律獲致合憲之判斷，釋憲者即有義務依此方向解釋法律，並為法律合憲之判斷」，則依合憲性解釋方法，宜認定系爭規定無限制人民不定期申請登記為平地原住民之意，並據此將系爭規定解為合憲。

(2) 系爭原民企字第 0980021162 號令以民國 45 年、46 年、48 年及 52 年准予登記期間為限，恐有違憲疑義

² 王泰升、陳怡君（2013），〈從「認同」到「認定」——西拉雅族人的原住民身分認定問題〉，《台灣原住民族研究學報》，第 3 卷第 2 期，頁 13-15。

依主管機關函釋，未於准予登記期間申請登記者，即不得再申請登記，不能依法取得平地原住民之身分，此手段一方面未必有助於達成規範目的，反而似已加劇原住民身分認定爭議，蓋其割裂「歷史或社會文化上認知的原住民」與「法律上的原住民」二概念，亦與晚近重視當事人意願³與原住民族意願⁴之法律實踐相悖；另一方面，縱認系爭規定在一定程度上能達成規範目的，准予登記期間經過後即不得再申請登記，顯然亦非對人民限制較小之手段。因此系爭規定如依主管機關之解釋，其手段與規範目的間即欠缺實質關聯，對取得平地原住民身分所設登記要件即屬不合理之差別待遇，有違憲法第 7 條平等保障之意旨。

二、原住民身分認同權及自我決定權

(一) 憲法第 22 條作為引介條款

- 1、按「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」《憲法》第 22 條定有明文。原住民族狩獵文化權雖不在我國憲法第二章明文列舉之基本權利清單上，然該權利涵蓋多項列舉基本權利內涵，尚非不得透過《憲法》第 22 條作為媒介，或是將其與現有之基本權架接，進而納入我國憲法保障之人權清單範圍內。至於不在憲法基本權利清單上的權利(例如原住民族狩獵文化權)是否屬於我國憲法所保障之基本權利，一般認為須符合以下三個要件，方有資格成為憲法上之基本權利：(一)從權利本質上，需與國民主權、人性尊嚴或一般人格權之保障息息相關者；(二)從權利的

³ 王泰升、陳怡君(2013)，〈從「認同」到「認定」——西拉雅族人的原住民身分認定問題〉，《台灣原住民族研究學報》，第 3 卷第 2 期，頁 14。

⁴ 王泰升、陳怡君(2013)，〈從「認同」到「認定」——西拉雅族人的原住民身分認定問題〉，《台灣原住民族研究學報》，第 3 卷第 2 期，頁 16。

保障需求，除專為保障少數所設者外，應具普遍性；(三)從憲政角度言，若不予保障，有違自由民主憲政秩序與價值觀者。前大法官李震山指出，憲法基本權之分類有所謂複合式的權利，亦即該權利的內容至少有一部份已經存在於列舉權中，但無法被該列舉權完全涵蓋；或是該權利被規定於基本國策中，非列舉情形。前者可以以憲法第 22 條補充之，後者可以用憲法第 22 條做為橋樑，導入基本權中，例如環境權、勞動權等等。

- 2、我國憲法增修條文第 10 條第 11 項規定，「國家肯定多元文化，並『積極維護發展原住民族語言及文化』。」此一規定除可視為我國憲法明文保障多元文化的依據外，其以「積極維護」的正面用語，更可以視為是修憲者有意消弭長期以來漢民族對於原住民族的宰制，而加強保障原住民族的憲法上依據。另憲法增修條文第 10 條第 12 項尚規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，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。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。」該 2 項涉及原住民族權利之基本國策，除宣示對於多元文化之保障之外，亦宣示國家應積極立法以對原住民族之經濟土地進行保障，並促進其發展。而細查我國憲法第 10 條中，大部份之規定乃以國家「應」如何之方式鋪陳，其中於第 12 項中特別在「應」如何做為之規範後，再加上「其辦法另以法律定之」之用語，應至少可視為一種憲法委託，該憲法委託具有構成立法裁量性之界線。

- 3、關於原住民族於我國之憲法權利依據，應可以憲法第 22 條及增修條文第 10 條第 1、12 項搭配為其基礎，並再佐以其他基本權解釋原住民族之各項子權利內涵，如文化權、狩獵權等。

(二) 原住民之個人自我認同與集體身分認同權

1、身分認同作為憲法上之一般性基本權：

(1) 人性尊嚴作為身分認同之依據

鈞院釋字第 603 號解釋文：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值」與第 689 號解釋理由書：「基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障。」而學者指出，德國基本法第 1 條第 1 項保障人性尊嚴，包括個人將如何自我認同以及如何自我確認他的認同，亦當然包括個人如何自處以及得以自我負責形成自己的未來命運。⁵

(2) 人格發展自由作為身分認同之依據

按「人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第二十二條保障」，鈞院釋字第 664 號解釋理由書明白指出人格權應受憲法第 22 條之保障。另按，「子女有獲知其血統來源之權利，為聯合國一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child）第七條第一項所揭禁；確定父子真實身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法第二十二條所保障。」亦為鈞院釋字第 587 號解釋理由書所揭示。質言之，透過確知自身血統進而塑造自己認同，屬於憲法第 22 條之保障範圍，要無疑義。

⁵ BVerfGE 65,1 ff. 轉引自程明修，資訊自決權：遺傳基因訊息，法學講座，2003 年 7 月，19 期，頁 4。

- (3) 又世界人權宣言第 22 條前段則稱，「人既為社會之一員，自有權享受社會保障，並有權享受個人尊嚴及人格自由發展所必需之經濟、社會及文化各種權利之實現」，明文保障個人尊嚴及人格自由發展。
- (4) 論者則指出，人格發展自由權（簡稱人格權）係指人民基於自我認知及自由意志可自主形成行為的自由。此種自我決定權是人格發展之基礎。人格權有個人人格權與集體人格權之別，後者應存在的理由，係因為個人除了個體的存在以外，在性質（種族出身、宗教信仰、政治理念）相同團體中，同樣有人格權的問題。因為屬於此種特定團體之一員，對於此一團體的總體榮辱，亦與有關聯。進一步言，集體人格權係指依據種族、語言或宗教等因素，自成一獨立的聚落或語群的團體所可主張之人格權。例如，原住民任何一人就其祖先之源流及特別之習俗、文化，即可主張其具有「集體人格權」。

2、原住民及原住民族之身分認同權

- (1) 從國際法規範來說，經濟社會文化權利國際公約第 21 號一般性意見第 7 點亦指出：「個人決定是否獨自、或與他人聯合行使參加文化生活的權利，是一種文化選擇，並應在平等的基礎上予以確認、尊重和保護。這對於所有原住民族尤其重要，他們無論作為集體還是個人都有權充分享有《聯合國憲章》、《世界人權宣言》和國際人權法和《聯合國原住民族權利宣言》所確認的所有人權和基本自由」。聯合國原住民族權利宣言在前言的第一段落，更以「確認原住民族與所有其他民族完全平等，同時承認所有民族均

有權與眾不同、有權自認與眾不同，並有權因此得到尊重」開場。而該宣言第 2、3、9 條，分別為「原住民族和個人享有自由，與其他所有民族和個人完全平等，有權在行使其權利時，不受任何形式的歧視，特別是不受基於其原住民出身或身份的歧視」、「原住民族享有自決權。根據此項權利，他們可自由決定自己的政治地位，自由謀求自身的經濟、社會和文化發展」、「原住民族和個人有權按照有關社區或民族的傳統和習俗，歸屬某一原住社區或民族。行使此項權利不得引起任何形式的歧視」。

- (2) 承前，既然自治與自決係憲法人性尊嚴之核心內涵，且我國法制上亦不乏關於原住民族尊嚴之規定，如憲法增修條文第 10 條第 12 項前段：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，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。」原住民族基本法第 29 條：「政府為保障原住民族尊嚴及基本人權，應於國家人權法案增訂原住民族人權保障專章。」原住民族教育法第 2 條：「原住民族教育應以維護民族尊嚴、延續民族命脈、增進民族福祉、促進族群共榮為目的。」準此，原住民族族群尊嚴受我國憲法保障，自不待言。
- (3) 再者，鈞院釋字第 719 號解釋理由書中援引憲法第 5 條、憲法增修條文第 10 條第 12 項、原住民族工作權保障法、聯合國原住民族權利宣言以及國際勞工組織原住民和部落人民公約等規定，均係以整體「原住民族」為保障對象。蘇永欽前大法官在該號解釋之意見書即指出，相較於美國

多數意見認為憲法保障的平等權為個人權（personal rights），不是任何集體享有的權利，我國憲法有不同的歷史意識，有必要從民族集體來觀察結構性弱勢。

- (4) 準此，原住民基於自身血統認為自己屬於原住民時，便是前述身分認同權之行使，國家不應就原住民身分認同權之行使予以侵害，並應積極保護且實踐原住民之身分認同；相對而言，於原住民群體展現自我認同時（如邵族於 2001 年起被正式認定為獨立之原住民族而非其他族之支族），國家亦不應予以侵害，且應積極保護及實踐之。

3、綜上，自我國憲法及國際公約皆肯認原住民族自決角度觀之，原住民及原住民族群應分別享有對族群之自我認同權及群體的自主決定、自我認同權。並再透過前述憲法第 22 條之規範，以及憲法中關於人性尊嚴、自主決定、獲得自我認同之保障，原住民之身分認同權及原住民族自決權自得成為具備我國憲法上基本權品質之基本權利。國家若要予以限制，即應符合相關法治國原則。

三、原住民身分法第 2 條第 2 款規定，不符憲法保障原住民身分認同權及自我決定權之意旨，應屬違憲

- (一) 按「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。」係原住民身分法第 2 條第 2 款之規定（下稱系爭規定）。而本法修正前第 8 條第 1 項則規定，「依本法之規定應具原住民身分者，於本法

施行前，因結婚、收養、自願拋棄或其他原因喪失或未取得原住民身分者，得檢具足資證明原住民身分之文件，申請回復或取得原住民身分。」符合系爭規定時，方能成為該法所稱原住民，而享有我國法律所賦予之各項原住民權利。而系爭規定所稱「登記為平地原住民有案者」，依照系爭規定主管機關之見解，係指政府准予登記期間，有向戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所申請登記為平地原住民者而言，目前各鄉（鎮、市、區）公所均不得受理上開登記；凡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為「熟」之註記，惟未申請鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者，即與該規定不符。

（二）乍看之下，系爭規定並未禁止原住民對外主張其身分，似無涉及身分認同權之侵害。然，系爭規定事實上已透過國家公權力劃設出一個框架，使得能被放入框架之人，方能向國家主張其為原住民；其他具原住民血統但不符系爭規定要件者（如一位原住民，其父母生前未能被政府承認為原住民，導致無法提出證據），則不被國家視為原住民。就此而言，該其他原住民雖非不得對外宣稱自己是原住民，但：

- 1、相較於其他符合系爭規定而可登記之原住民，無法登記之原住民顯然不能夠行使依我國憲法與法律所規定之各種原住民權利，如參加原住民立法委員選舉、參與公務人員原住民考試等，兩者間雖同有原住民血統，但權利不同，業已構成差別待遇而侵害憲法第7條之平等權。
- 2、其次，該無法登記之原住民，因國家公權力之介入，導致其他人不會將該無法登記之原住民視為原住民，甚至可能因此

批評該無法登記之原住民「裝作」原住民，導致該無法登記之原住民無法建立自我認同，是以系爭規定應構成對前述原住民身分認同權之侵害。

(三) 系爭規定之目的不合憲：

1、系爭規定係源自 81 年施行之山胞身分認定標準，而山胞身分認定標準第 2 條第 2 款則規定：「平地山胞：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為山胞種族，並申請當地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地山胞有案者。」臺灣省政府 45 年 10 月 3 日(45)府民一字第 109708 號令頒之「臺灣省平地山胞認定標準」第五點規定旨趣，係鑑於平地山胞原居於平地行政區域，與非山胞混居多年，身分認定本屬不易。……為解決當時平地山胞身分之認定問題，乃明訂須向當地鄉(鎮、市、區)公所申請登記，以利地方行政機關協助釐清平地山胞身分。

2、足見，45 年以降的法規要求平地原住民登記之旨趣，在考量原住民與非原住民於平地混居，為求便利行政機關釐清平地原住民身分而設。足見系爭規定之立法目的僅是為了追求屬於一般公益的行政效率，以此作為限制屬於人性尊嚴、人格權等重要基本權之一環的原住民之身分認同權之依據，自不能認為屬於合憲之目的。系爭規定自因此而違憲。

(四) 手段部分，自歷史解釋角度觀之，系爭規定顯然會因保護不足而違憲：

1、所謂保護不足，係立法者消極不作為所致的違憲狀態。如：

(1) 鈞院釋字第 477 號解釋理由書：「戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條適用對象，以「受無罪之判決確定前曾受

羈押或刑之執行者」為限，未能包括不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，係對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，漏未規定，顯屬立法上之重大瑕疵，若仍適用該條例上開規定，僅對受無罪判決確定前喪失人身自由者予以賠償，反足以形成人民在法律上之不平等，就此而言，自與憲法第 7 條有所牴觸。」

(2) 鈞院釋字第 624 號解釋理由書：「冤獄賠償法第 1 條規定，就國家對犯罪案件實施刑事程序致人民身體自由、生命或財產權遭受損害而得請求國家賠償者，依立法者明示之適用範圍及立法計畫，僅限於司法機關依刑事訴訟法令受理案件所致上開自由、權利受損害之人民，未包括軍事機關依軍事審判法令受理案件所致該等自由、權利受同等損害之人民，係對上開自由、權利遭受同等損害，應享有冤獄賠償請求權之人民，未具正當理由而為差別待遇，若仍令依軍事審判法令受理案件遭受上開冤獄之受害人，不能依冤獄賠償法行使賠償請求權，足以延續該等人民在法律上之不平等，自與憲法第 7 條之本旨有所牴觸。」

(3) 鈞院釋字第 766 號解釋理由書，「就 105 年 2 月 29 日以前發生死亡事故者，系爭規定（按：國民年金法第 18-1 條）限制以遺屬提出申請且符合條件之當月為領取遺屬年金之始點部分，不符憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障財產權及生存權之意旨有違，應自本解釋公布之日起不再適用。其遺屬得準用國民年金法第 18-1 條第 2 項

規定，申請保險人依法追溯補給尚未罹於同法第 28 條所定 5 年時效之遺屬年金。」

2、此外尚可參考下列相關意見書：

- (1) 鈞院釋字第 610 號解釋大法官彭鳳至、徐璧湖不同意見書：規範不足，為立法不作為之一種形式，而認定立法不作為違憲，應先確認立法者有憲法上之作為義務。規範不足如已構成權利之過度限制，或雖未構成權利限制，但違反權利之平等保障時，釋憲者均應依憲法意旨，宣告此一規範不足之法規整體狀態與憲法意旨不符，並確認立法者有憲法上之作為義務；否則，應分別情形，呼籲立法檢討相關法規之妥當性，或宣告法規整體狀態合憲。至於其憲法上之審查基礎，則為與聲請意旨相關之憲法上權利保護規範。
- (2) 鈞院釋字第 683 號解釋大法官許宗力協同意見書：本席認為通過以下兩道釋憲方法上的橋樑，我們仍舊可以在本案例中判斷該立法不作為是否違憲：其一，只要我們同意比例原則的控制就是對國家行為的一種目的與手段關係之控制（Zweck-Mittel-Kontrolle），而國家之行為，無論是決定採取特定行動，或決定不採取行動，也都須受目的與手段關係之控制，則即使憲法第二十三條之比例原則只適用於立法作為，我們仍非不能直接回溯至法治國之比例原則，將立法不作為所涉及的基本權利侵害嚴重性，與該立法不作為的正當理由，兩相權衡。其二，立法者如何落實憲法委託，固享有廣泛的立法形成空間，但藉由與若干類似制度的比對，我們仍非不能評估該不作為是否屬對勞工的保護不足，而判斷其是否構成違憲。

(3) 鈞院釋字第 694 號解釋大法官陳春生、池啟明、黃璽君不同意見書：一般而言，司法對立法不作為之審查，必須比司法對立法積極作為行為審查有更為嚴格之根據。比較法上，過去日本學界均認為，若司法對立法不作為之合憲性加以審查，此不啻荒誕無稽之行為，但現在學界、實務界則大體承認立法不作為也可能成為司法審查之對象。只是對於立法不作為要比立法作為其成立要件更嚴格，如須有立法義務存在、立法義務之違反須持續相當期間等。

3、系爭規定未納入所有原住民族，自屬規範保護不足：

- (1) 依山胞身分認定標準第 2 條說明第 3 點：「本條所稱『山胞種族』者，係指臺灣光復前戶口調查簿種族欄登記為『生』或『高砂族』者。」可知，臺灣光復前戶口調查簿種族欄登記為「熟」或「平」者自不包含在內。
- (2) 原住民族別認定辦法（下稱族別認定辦法），其中第 2 條規定：「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。」是依原住民身分法之立法體例以觀，原住民身分之認定，除須符合原住民身分法第 2 條之規定，於登記時尚須符合具有經行政院核定之民族別加以註記，始得為之。而依族別認定辦法第 2 條之規定，無論係「西拉雅族」抑或「平埔族」，均非目前經行政院核定之民族，則如係註記「西拉雅族」抑或「平埔族」，則係違反原住民身分法第 11 條、族別認定辦法第 2 條之規定。

- (3) 上述情形，導致系爭規定將平地原住民及部分平等原住民族不納入原住民身分法所稱之原住民範圍，致使部分真實具備原住民血統者，無法依照原住民身分法取得國家所給予之原住民權利，使其無法展現其身分認同，依照前述 鈞院對立法者消極不作為所致的違憲狀態所持之見解，系爭規定自因產生立法怠惰而屬違憲。

四、以上意見，敬請卓參。