

憲法法庭 公告

發文日期：中華民國 111 年 10 月 28 日

發文字號：憲庭力109憲三17字第 1111002078 號

附件：如主旨



主旨：茲公告憲法法庭111年憲判字第17號判決。

憲法法庭
審判長

許宗力

憲法法庭判決

111 年憲判字第 17 號

聲 請 人 臺北高等行政法院第三庭

上列聲請人因審理原住民身分事件，認應適用之原住民身分法第 2 條規定違憲，聲請解釋憲法，請求宣告法規範違憲，本庭判決如下：

主 文

- 一、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。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。
- 二、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：一、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。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。」所稱原住民之定義性規定，僅指山地原住民及平地原住民，並未及於符合本判決主文第 1 項要件之其他臺灣原住民族，致其原住民（族）身分未受國家法律之保障，於此範圍內，與憲法第 22 條保障原住民（族）身分認同權、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定保障原住民族

文化等意旨有違。

三、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。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。

理 由

壹、聲請意旨【1】

聲請人臺北高等行政法院第三庭為審理同院107年度原訴更一字第1號原住民身分法事件（下稱原因案件），認應適用之原住民身分法第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：一、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。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。」（下稱系爭規定）有違憲疑義，經裁定停止訴訟程序後，於中華民國109年間依司法院釋字第371號、第572號及第590號解釋聲請解釋憲法。【2】

聲請人稱：系爭規定將「平地原住民」限於「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」之範圍，致同樣在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者，僅因未及於政府所定之期間辦理登記為「平地原住民」，即無法取得「平地原住民」之身分。因此已產生系爭規定是否侵害具原住民血統者之原住民身分認同權，違反憲法平等原則及憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定之疑義。聲請人合理確信系爭規定有牴觸憲法第 5 條、第 7 條、第 22 條及憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定之意旨等語。【3】

貳、受理依據及審理程序【4】

一、受理依據【5】

系爭規定確為聲請人審理原因案件所應適用之法律，且聲請人已裁定停止訴訟程序，並敘明其確信系爭規定如何違憲之具體理由，核其聲請，與司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號等解釋所示法官聲請解釋憲法之要件相符，應予受理，經全體大法官於 110 年間決議受理在案。又憲法訴訟法已於 111 年 1 月 4 日起施行，爰依該法第 90 條規定，由本庭適用該法規定繼續審理。【6】

二、言詞辯論程序【7】

本庭於 111 年 6 月 28 日行言詞辯論，除通知聲請人、關係機關原住民族委員會（下稱原民會）、臺南市政府及關係人即原因案件原告外，另邀請監察院國家人權委員會暨專家學者到庭陳述意見。聲請人及關係機關之言詞辯論要旨如下：【8】

（一）聲請人略謂：1、17 世紀漢族開始大量移入臺灣前，臺灣本島上即存在南島語系之民族，包括高山族及平埔族。2、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定之原住民族，應包括具社會文化意義之平埔族。3、政府在 40 年及 50 年間，限

期開放 4 次平地原住民登記，惟其目的係為便利行政機關釐清平地原住民身分，與是否具原住民身分之本質無涉，是系爭規定以是否於上開政府核准期間登記為平地原住民，作為區分是否為原住民之標準，顯非斟酌規範事物性質之差異所為合理之區別對待，侵害具臺灣原住民血統者受憲法第 22 條保障之原住民身分認同權，違反憲法第 7 條平等原則、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定之意旨等語。【9】

（二）關係機關原民會略謂：1、憲法上之原住民族，不包括平埔族或西拉雅族。2、系爭規定攸關憲法關於族群議題採取之政策選擇與價值決定，憲法法庭應予尊重，採寬鬆審查標準。3、45 年及 46 年間之平地原住民登記，已預設優惠措施保護之對象及範圍，縱認當時之平地原住民登記僅係為行政之便，透過歷年制度之穩定、身分關係之連結及憲法增修條文之意旨，已形塑出一價值秩序，不應輕易更易之。4、系爭規定係承循憲法預設之價值決定，其目的在追求優惠措施之明確性與實質平等之實現，並兼顧個人身分認同，及提升身分關係穩定性之重要價值。5、系爭規定採行限期登記之手段與上開重要之憲法目的具實質關聯性，未違反憲法上平等原則或侵害原住民身分認同權等語。【10】

（三）關係機關臺南市政府略謂：1、西拉雅族為臺灣原住民族，為其正名屬國家義務，基於憲法平等原則及禁止歧視原則，系爭規定侵害臺南市政府之自治權限。2、系爭規定涉及原住民身分認同權，屬憲法第 22 條保障之重要基本權，應採嚴格審查標準。3、系爭規定增加限期登記之要件，其目的係行政管制便宜性。4、自我認同而取得國家所認定之原住民身分與優惠措施之享有，實屬二事。5、原住民身分係因血緣而來，是與生俱有，非國家恩賜。系爭規定僅以行政管制便宜性為考量，對西拉雅族人之

人格權造成重大侵害，為違憲。6、系爭規定以登記有案之方式作為取得原住民身分之要件，使未登記之原住民及其後代無法取得原住民身分，系爭規定已達身分封鎖之程度，自屬違憲等語。【11】參、形成主文之法律上意見【12】

一、原因案件背景事實【13】

（一）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。日治時期，為統治目的，方便分別管理、同化融合，透過戶口調查程序，將上開原住民依其所在之區域（高山或平地）及與漢人同化程度之差異，區分為二類：1、高山（砂）族（生蕃）（戶口調查簿註記為「生」、「高砂」）、及 2、平埔族（熟蕃）（戶口調查簿註記為「熟」、「平」）。【14】

（二）國民政府來臺後，基本上沿用上開日治時期之區分，但因「生蕃」、「熟蕃」用語蘊含高度歧視，乃先改以山地同胞（山胞）稱呼居住山地之原住民，並為了地方選舉而有特予區分山胞之緊急需要，臺灣省政府自 43 年起，即頒布臺灣省政府 43 年 2 月 9 日（肆參）府民四字第 11197 號等函令，並使用「山地山胞」及「平地山胞」之用語（83 年第 3 次修憲後由「山胞」改稱「原住民」）。經查除了臺灣省政府 46 年 1 月 22 日（肆陸）府民一字第 128663 號令例外放寬平埔族登記為平地原住民，稱：「日據時代居住平地行政區域內，而戶籍簿種族欄記載為『熟』，於光復後繼續居住平地行政區域者，應依照『平地山胞認定標準』之規定，經聲請登記後，可准予登記為『平地山胞』」、臺灣省政府民政廳 46 年 3 月 11 日（四六）民甲字第 01957 號代電亦稱：「4、日據時代居住於平地，其種族為「熟」者，應認為平地

山胞」外，其餘 43 年起之其他准予登記為山胞之函令，包括臺灣省政府 45 年 10 月 3 日（肆伍）府民一字第 109708 號、臺灣省政府 46 年 5 月 10 日（肆陸）府民一字第 19021 號、臺灣省政府 48 年 4 月 7 日（48）府民一字第 29784 號、臺灣省政府 52 年 8 月 21 日（52）府民一字第 60148 號等令，均稱：「山地山胞」及「平地山胞」，係指臺灣光復前原籍設籍在日治時期之「蕃地」，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬為「生」、「高砂」之註記者。即原則上僅指日治時期之高山（砂）族原住民，不包括日治時期之平埔原住民。臺灣省政府 69 年 4 月 8 日 69 府民四字第 30738 號令訂定公布之「臺灣省山胞身分認定標準」第 2 條第 2 款規定沿用之；內政部 81 年 8 月 7 日台（81）內民字第 8185501 號令修正「山胞身分認定標準」第 2 條第 2 款規定再沿用之。【15】

（三）憲法本文無「山地山胞」、「平地山胞」或原住民之用語。「山地山胞」、「平地山胞」之用語首見於 80 年第 1 次修憲（80 年憲法增修條文第 1 條及第 2 條規定參照）；於 81 年第 2 次修憲則使用「山胞」之用語（81 年修正憲法增修條文第 18 條規定參照）；於 83 年第 3 次修憲時改稱「山地原住民」、「平地原住民」或「原住民」（83 年修正憲法增修條文第 1 條、第 3 條及第 9 條規定參照）；於 86 年 7 月 21 日修正時起，第 10 條「原住民」修正為「原住民族」及文字修正如現行第 11 項及第 12 項條文（86 年 7 月 21 日修正憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定參照）。【16】

又 81 年及 83 年第 2 次及第 3 次修憲時，均曾有憲法增修條文應設「原住民族專章」，以保護原住民族權益，且其中一條稱「臺灣原住民族包括平埔族……」之提案，但均未獲通過。（註）

【17】

(四) 90 年制定之原住民身分法，其立法理由稱：依據憲法增修條文第 4 條「山地原住民」及「平地原住民」規定用語，及繼續沿用上述 43 年以來之「山地原住民」及「平地原住民」內涵意旨等，於系爭規定將該法所稱原住民限於山地原住民與平地原住民，及就山地原住民與平地原住民間，以原籍山地行政區域與平地行政區域作分類。而不論山地原住民或平地原住民，係指臺灣光復前日治時代戶籍簿種族欄登載其本人或直系血親尊親屬為高山族者（系爭規定 90 年制定之立法理由參照，請見立法院第 1 屆第 90 會期第 10 次會議議案關係文書，報第 83 頁起至報第 85 頁；立法院第 4 屆第 4 會期第 4 次會議議案關係文書，政第 78 頁及政第 79 頁），即系爭規定所定原住民原則上不包括日治時期所稱平埔（族）原住民。【18】

二、據以審查之憲法權利：原住民（族）身分認同權【19】

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，人格權作為個人人格的基礎，乃為不可或缺之基本權利，而為憲法第 22 條所保障之基本人權之一，其中包括原住民身分認同權（本庭 111 年憲判字第 4 號判決參照）。另依憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之規定，國家應積極維護發展原住民族之語言及文化，並就其教育文化等事項予以適當之保障扶助。是由憲法第 22 條及憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之規定整體觀察，受憲法保障之原住民身分認同權，除保障個別原住民之身分認同外，亦包括各原住民族之集體身分認同。【20】

三、本庭之審查【21】

(一) 就法規範違憲審查案件，本庭受理後，本可不受聲請

人主張（本件聲請人主要主張系爭規定尤其其第 2 款後段規定牴觸憲法第 7 條規定違憲）之拘束。本庭認為本件關鍵應為：在憲法解釋上「原住民族（族）」之意涵應為何，即憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，國家應以法律特別保障其權益之「原住民族」之範圍應為何？【22】

（二）由憲法文義及修憲意旨觀察，憲法沒有特別將所欲保護之「原住民族」，限定在系爭規定所稱山地原住民與平地原住民之族群範圍【23】

1、憲法及憲法增修條文均未明文定義原住民、原住民族，及明定劃分原住民族之標準或規定原住民僅指或僅能區分為平地原住民及山地原住民。亦即憲法並未將系爭規定所稱山地原住民及平地原住民以外之其他臺灣原住民族，明文排除在受憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段所定「原住民族」保護之外。【24】

2、次應釐清修憲者就其所欲保護之原住民族範圍，是否有意排除系爭規定所稱山地原住民與平地原住民以外其他臺灣原住民族。查第 2 次及第 3 次修憲提案（其中一條稱：臺灣原住民族包括平埔族……）未獲通過固屬事實，但應不足憑以認定修憲者已有意排除對於系爭規定所稱山地原住民與平地原住民以外其他臺灣原住民族之保護，理由如下：【25】

（1）依憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，如屬原住民族，國家即有以法律積極保護其文化等義務。又除修憲者於憲法條文明白排除其中部分原住民（族）不予保護外，有關機關不得自行任意界定原住民族之意義，將部分臺灣原住民族排除在國家應立法保護之外，因為於憲法解釋上，為符上開憲法增修條文特予保障原住民族文化等之意旨，就原住民族之意義及

保護範圍，其認定應避免反於歷史事實、國際保護原住民（族）潮流，而失諸過度嚴格，即應作較寬鬆之認定；亦即其排除保護應採極嚴格限縮原則，例外處理。【26】

（2）大法官解釋憲法，應隨時代進步、掌握時代脈動，作出因應、符合時代需要之解釋，不應拘泥於憲法部分條文用語形式，尤應避免囿於修憲過程之隻字片言，致失憲法保障人權之本旨。是修憲過程中，第2次及第3次修憲時，曾有於山地原住民及平地原住民之外，擬增列平埔族為原住民族之提案，且未獲通過，固屬事實（參見註）。惟憲法增修條文第4條第1項第2款所稱「山地原住民」及「平地原住民」，與第10條第11項及第12項前段所稱「原住民族」，用語及意涵並非相同；且當時兩次提案，均以在憲法增修條文中，增列「原住民族專章」為主軸，所謂將平埔族納入臺灣原住民族，僅係其中一個條文之規定。況此等提案未獲通過，論理上亦難以得到修憲者排除保護其他臺灣原住民族之結論。【27】

（3）又立法委員如何產生，固係憲政選擇，原住民如何特予保障其參政權亦同。是憲法增修條文第4條第1項第2款規定之原住民參政權保障，與第10條第11項及第12項前段規定之原住民族文化等應特予立法保護，二者規範主題各別、目的不同。再者，我國憲法亦未明指於80年第1次修憲起即已納入規定之現行憲法增修條文第4條第1項第2款所定兩種「原住民」（時稱「山胞」，83年修憲時改稱「原住民」），與於86年第4次修憲時第10條第11項及第12項前段修正規定之「原住民族」，二者範圍必須相同。【28】

（4）不能因修憲過程中曾有上述提案，或憲法增修條文第4條第1項第2款關於參政權之規定，即認除山地原住民及平地原

住民外，修憲者無意保護其他臺灣原住民族之文化等權益，進而認立法者無義務以法律特別保障彼等之原住民(族)身分認同權。

【29】

(三) 由臺灣歷史脈絡觀察，除日治時期所稱「高山(砂)族」外，尚有其他南島語系民族【30】

在臺灣歷史上，於漢民族大量移入臺灣而成為多數人口之前，早已有許多原同屬南島語族群，而散落居住生活於臺灣各地，並各自發展出自己之歷史、語言、形塑出自己之傳統文化、習俗之原住民(族)群。此等族群有居住於山區者，於日治時期為區分統治目的，稱之為「高山(砂)族」；居住於平地者，則以平埔族名之，但均系出臺灣南島語系民族。是由臺灣歷史脈絡觀察，除系爭規定所定之屬日治時期所稱「高山(砂)族」之山地原住民及平地原住民外，臺灣尚有同屬臺灣南島語系之其他民族，應無爭議。【31】

(四) 臺灣南島語系民族之客觀歷史紀錄【32】

臺灣南島語系民族固然於日治時期之前早已居住於臺灣，而為臺灣原住民族，但其等僅占臺灣人口中之一部分，如何區分出臺灣南島語系民族裔？【33】

查日治時期政府曾經於臺灣作全面性戶口調查，所得官方戶口調查簿資料，堪認具客觀完整性之臺灣歷史紀錄。而且該等戶籍資料經現今政府接續使用，以作為採認臺灣原住民族之法定依據，是若採同一日治時期戶籍資料作為是否臺灣南島語系民族之判斷基準，亦符合一致性。本庭爰認若以其本人或其直系血親尊親屬是否於日治時期戶口調查簿，經註記為「熟」、「平」者，作為是否屬臺灣南島語系民族裔之判斷標準之一，應屬合宜。

【34】

（五）就其他臺灣南島語系民族中，應屬於憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定保護範圍之判斷【35】

憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段分別規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」；「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。」依此意旨，憲法係明文肯認臺灣原住民族文化，所以特予保護，並係為維護其至今仍存續之語言、習俗、傳統等文化特徵等，且進而督促國家擔負積極維護及發展責任（司法院釋字第 803 號解釋參照）。是受憲法特予保障之「原住民族」，亦應指既存於臺灣之原住民族，且尚未全然為其他民族同化，其民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今仍然存續，得以永續傳承給下一代者。縱具原住民族血緣，但其民族已全然為非原住民族同化，而失其原有族群文化等特性，無以或無意願保存、發展，並以之傳承下一代者，已非一般所認應受特別保護之原住民族。【36】

另受憲法第 22 條規定保障之原住民（族）身分認同權，其內涵主要即為文化認同；唯個別原住民具族群文化認同，始能確保其所屬原住民族文化暨族群之永續發展，斯乃應受憲法之特予保障（司法院釋字第 803 號解釋參照）。是族群成員應對其所屬族群維持認同，包括有意願組成特定原住民族群，並成為其成員。【37】

（六）綜上，由臺灣之歷史脈絡觀察，解釋上，受憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，應由國家以法律特別保障其文化等權益之原住民族，不應僅限於系爭規定所定之原住民，而應包括既存於臺灣之所有臺灣南島語系之民族。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，本應可包括其他既存於臺灣同屬臺灣南島語系民族（監察院 110 年 11 月 110 內調 0045 調查報告參照）中，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，有意願組成特定原住民族群並成為其成員，且其為臺灣南島語系民族之事實有客觀歷史紀錄可稽者。此等臺灣南島語系民族或其成員應有權要求承認並依法核定其族群別並為原住民族，主管機關有依法核定之義務；至其相關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，自應由相關機關明文規範，適當訂定之。上開成員得依相關法定要件、程序取得原住民身分，享受法定權利及負擔法定義務。【38】

四、本庭之判斷【39】

（一）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。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。【40】

（二）系爭規定所稱原住民之定義性規定，僅指山地原住民及平地原住民，並未及於符合（一）要件之其他臺灣原住民族，致其原住民（族）身分未受國家法律之保障，於此範圍內，與憲法第 22 條保障原住民（族）身分認同權、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定保障原住民族文化等意旨有違。【41】

（三）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（一）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。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。於民族別認定後，得憑以申請戶籍登記為原住民，取得原住民身分（原住民身分法第 11 條規定意旨參照）。【42】

肆、併予指明【43】

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。【44】

註：所謂未獲通過之原住民範圍應包括平埔族之修憲提案，係 81 年第 2 次及 83 年第 3 次修憲提案。86 年第 4 次修憲時起未再有原住民（族）應否包括平埔族之討論及相關決議。以上參見第 2 屆國民大會臨時會修憲提案第 34 號、第 88 號；第 2 屆國民大會第 4 次臨時會實錄，第 452 頁；第 3 屆國民大會第 2 次會議修憲審查委員會第 4 審查小組第 2 次會議速紀錄，第 11 頁、第 12 頁、第 14 頁、第 15 頁。【45】

中 華 民 國 111 年 10 月 28 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力

大法官 蔡烱燉 黃虹霞 吳陳銀

蔡明誠 林俊益 許志雄
張瓊文 黃瑞明 詹森林
黃昭元 謝銘洋 呂太郎
楊惠欽 蔡宗珍

本判決由黃大法官虹霞主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主 文 項 次	同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
第 一 項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鑲、 蔡大法官明誠、林大法官俊益、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	無
第 二 項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鑲、 蔡大法官明誠、林大法官俊益、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	無
第 三 項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鑲、 蔡大法官明誠、林大法官俊益、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	無

【意見書】

協 同 意 見 書：許大法官志雄提出。

黃大法官瑞明提出。

詹大法官森林提出。

黃大法官昭元提出，謝大法官銘洋加入。

蔡大法官宗珍提出，林大法官俊益、張大法官瓊文加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 孫國慧

中 華 民 國 111 年 10 月 28 日

憲法法庭 111 年憲判字第 17 號判決協同意見書

許志雄大法官 提出

一、從原住民個人權至原住民族集體權

至今一年半期間，連同本號判決在內，大法官陸續作出 4 件攸關原住民權利之解釋及判決（司法院釋字第 803 號及第 810 號解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 4 號及第 17 號判決），顯示原住民權利保障已成重要之憲法課題，為憲法審查必須嚴正以對者。從演變軌跡觀之，大法官就原住民權利之保障雖曾出現頓挫現象，但大體上呈現深化及擴大趨勢。

首先，釋字第 803 號解釋依據憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，承認原住民於憲法上享有選擇依其傳統文化而生活之文化權利，亦即原住民文化權為個別原住民受憲法保障之基本權。對原住民個人權利之維護乃至原住民族集體文化之保存與發展而言，該號解釋具有劃時代之意義。詎知接下來釋字第 810 號解釋卻因比例原則不當操作，而宣告原住民族工作權保障法有關政府採購原住民就業代金之規定違憲；其背離原住民工作權之實質平等保障意旨，大開時代之倒車（釋字第 810 號解釋本席不同意見書參照）。惟今年初憲法訴訟法新制施行不久，憲法法庭即作成 111 年憲判字第 4 號判決，與釋字第 803 號解釋相互輝映，亦以憲法第 22 條為依據，並參照憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定，承認原住民身分認同權為應受憲法保障之重要基本權利。

無論釋字第 803 號解釋或 111 年憲判字第 4 號判決，均

從個別原住民之角度，承認原住民文化權及原住民身分認同權。其立論過程不免觸及原住民族集體之傳統及文化，然所保障之權利終究屬於原住民之個人權，尚不涉及原住民族之集體權。本號判決則除延續 111 年憲判字第 4 號判決之觀點，承認個別原住民之身分認同權外，更進一步表示，原住民族身分認同權亦受憲法第 22 條之保障。前者為個人權，後者為集體權。此乃大法官首度承認原住民族（少數群體）集體權，勢必對基本權之主體及譜系造成衝擊，值得關注。

二、原住民族集體權之承認可能產生擴散效應

原住民族集體權之承認，代表憲法法庭已突破第一代人權及第二代人權之藩籬，開始接受第三代人權之觀念。惟近代立憲主義想定之人權主體為個人，第三代人權之主體則為群體，二者顯然不同。個人與群體間難免蘊含緊張甚至對立關係，個人權與集體權間自亦存有扞格之處，彼此如何整合，乃引進第三代人權後必須克服之棘手問題。自 1970 年代以來，第三代人權成為國際人權法之焦點，少數群體之保障亦備受關注，而各國於國內憲法上對第三代人權卻始終抱持戒慎恐懼之態度，不輕易引進。所以如此，實因有其憲法原理及憲政實務上之難處。

本席認為，個人方為立憲主義終極維護之對象，個人之尊嚴及人權具有普世價值，即使引進第三代人權觀念，這種基本原理仍應堅守不變，庶幾得以維繫立憲主義於不墜。集體權之承認，並非表示群體本身具有終極之價值，而應該只是將其當作一種手段，用以達成維護群體成員之個人尊嚴及

人權之目的。因此，集體權不妨視為西歐人權之「亞種」¹，而第三代人權應係為落實第一代及第二代人權而存在。要之，唯有為落實個人權之保障，在不可或缺之範圍內，方可承認集體權。

憲法法庭既然接受第三代人權觀念，則對於原住民集體權以外之第三代人權，是否亦會以相同之態度及立場對待之，後續發展如何，仍在未定之天。惟大法官業已開啟潘朵拉之盒子，今後在處理此等問題時，將面臨沉重之負荷，不難想像。

第三代人權強調集體權，重視少數群體之保障。少數群體種類不一，其中少數民族堪稱典型，而原住民族屬少數民族，在我國更是最具代表性之少數群體。惟台灣素有移民社會之特質，本就存在各種族群，加以近年來新住民人數持續成長，少數民族有增無減，關於少數民族及其他少數群體之保障，勢必成為今後憲法上之重要課題。各種少數群體將來不無可能因本號判決之影響，紛紛提出集體權保障之要求。屆時大法官應如何因應，值得深思。

原住民族具有「原住群體」及「少數群體」兩要素，原住民族在法上之處遇，可能因重點置於何者，而異其內容。國際法上之原住民族權利，主要取徑於原住民族之「原住群體」要素，以原住民族自決權為核心，涉及國家定位、認同及領土問題，蘊含脫殖民地化及侵害國家主權之契機²，應不在本號判決處理及效應所及範圍。本號判決側重原住民族之

¹ 芦部信喜著，憲法叢說1 憲法と憲法學，信山社，1994年，頁245。

² 常本照樹著，先住民族の權利—アイヌ新法の制定，收於深瀬忠一、杉原泰雄、樋口陽一、浦田賢治編「恆久世界和平憲法のために—日本國憲法からの提言」，勁草書房，1998年，頁990。

「少數群體」要素，關注之對象係原住民族在國內憲法上之權利，而且聚焦於原住民族身分認同權。但原住民族權利之內容，本不以原住民族身分認同權為限，其他如原住民族自治權、原住民族文化權、原住民族土地權，亦均屬之。又取徑於「少數群體」要素時，原住民族作為少數民族，基於平等原則，常有賴國家採取某些措施，於消極面上消除歧視待遇，於積極面上提供優惠性待遇，維護發展原住民族獨特之文化³。

三、本號判決疑點之釐清

（一）111 年憲判字第 4 號判決以憲法第 22 條為依據，並參照憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定，承認原住民身分認同權為應受憲法保障之重要基本權利。本號判決參照 111 年憲判字第 4 號判決，表示：「人格權作為個人人格的基礎，乃為不可或缺之基本權利，而為憲法第 22 條所保障之基本人權之一，其中包括原住民身分認同權」；並指出「另依憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之規定，國家應積極維護發展原住民族之語言及文化，並就其教育文化等事項予以適當之保障扶助。」從而認定「憲法第 22 條保障之原住民身分認同權，除保障個別原住民之身分認同外，亦包括各原住民族之集體身分認同」（理由第 20 段參照）。

惟無論 111 年憲判字第 4 號判決或本號判決，皆強調人格權為個人人格之基礎，則將其歸類為個人權，當無疑義。原住民身分認同權既納入人格權範疇，自應同屬個人權性質。按 111 年憲判字第 4 號判決承認原住民身分認同權之依

³ 常本照樹著，同註 2，頁 990、999。

據，主要係憲法第 22 條規定，而憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定則扮演輔助角色。因憲法第 22 條係概括性權利保障條款，本可作為憲法未列舉之權利之保障依據，而憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段復有保障原住民族之規定可資參照，故憲法法庭承認原住民身分認同權，立論尚稱允當。況原住民身分認同權乃個人權，攸關原住民之個人尊嚴及人格發展，即使與嚴格意義之人權有別，但與憲法既有之權利體系尚能調和，是將其納為憲法上權利或基本權利，應無理論上之障礙（111 年憲判字第 4 號判決本席協同意見書參照）。至於原住民族身分認同權屬集體權，與憲法上權利體系原本保障之個人權不同，要從憲法第 22 條規定直接導出，實有困難。又憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段屬基本國策性質之規定，與憲法之權利規定有別。憲法第 22 條規定即使加上前揭憲法增修條文規定之輔助，應猶不足以證立屬集體權性質之原住民族身分認同權。多數意見遽下「憲法第 22 條保障之原住民身分認同權，除保障個別原住民之身分認同外，亦包括各原住民族之集體身分認同」之判斷，恐有速斷甚至理由不備之嫌。

本席認為，原住民族之存在乃原住民身分認同權之前提，若未承認原住民族身分認同權，原住民身分認同權將無以實現。具體言之，我國原住民族實際上包含諸多台灣南島語系民族，其彼此之語言、習俗、信仰及其他傳統與文化頗見差異。所謂原住民之身分認同，實係指個別原住民對特定台灣南島語系民族之認同，而非對泛稱之原住民族之認同。唯當特定台灣南島語系民族經國家承認為原住民族，其成員始能取得原住民身分。本號判決之原因案件當事人，即因所

屬西拉雅族未經國家認定為原住民族，致其無法取得原住民身分。本號判決肯認原住民族身分認同權，讓符合主文第 1 項主客觀要件而未獲核定為原住民族之台灣南島語系民族，得以獲得救濟機會；其成員之原住民身分認同權亦因而得以實現。本號判決主文第 2 項以違反憲法保障原住民（族）身分認同權等為由，宣告系爭規定部分違憲。主文第 2 項限期修法或立法；並判示若逾期未完成修法或立法，則「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。」其顯然亦認原住民族之存在為原住民身分認同權之前提，民族別認定後，原住民身分認同權之保障始能實現。按理，集體權之權利主體為群體，原住民族身分認同權之權利主體自非原住民族本身莫屬。惟因特定原住民族尚未經認定，權宜之計，乃允許其成員行使原住民族身分認同權，申請主管機關為其民族別之認定。

（二）本號判決主文第一項宣示：「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。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。」依此，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外，

其他臺灣之南島語系民族要成為原住民族，不但須具備所列主客觀要件，尚須經「核定」，所屬成員要具有原民身分，尚須「依法取得」，故能否成為原住民族及原住民，似仍取決於法律規定及行政機關之處分。然本席認為所謂「核定」或「依法取得」，應屬確認性質，並無創設效果。凡具備上開主客觀要件之臺灣南島語系民族及其成員，皆有成為原住民（族）之資格，法律不得逕予排除，行政機關亦不得拒為核定。原住民身分法第2條（下稱系爭規定）界定之原住民範圍，僅包括山地原住民及平地原住民，即日治時期所稱之高山（砂）族（生蕃，當時戶口調查簿註記為「生」、「高砂」），而未及於符合本號判決主文第1項要件之其他臺灣原住民族，特別是日治時期業已承認之平埔族（熟蕃，戶口調查簿註記為「熟」、「平」），致後者原住民（族）身分未受國家法律之保障。系爭規定任意限縮原住民（族）之範圍，顯已背離前述「核定」及「依法取得」應有之確認性質，違反憲法保障原住民族認同權之意旨，故遭本號判決主文第2項認定違憲。

憲法法庭 111 年憲判字第 17 號判決協同意見書

黃瑞明大法官提出

壹、本件聲請案之緣由、主要爭議及本件判決之認定

一、本件聲請案之緣由：

聲請人為臺北高等行政法院之法官，其所審理案件之原告萬小姐等人(下稱原告)，主張其均為居住於臺南市(改制前為臺南縣)的西拉雅族人，屬於平埔族¹的一支，於民國 101 年 12 月 6 日向行政院原住民族委員會(下稱原民會)申請認定其為平地原住民遭駁回，而提起行政訴訟，現由聲請人審理中，聲請人認為原住民身分法第 2 條有關平地原住民身分認定之規定有違憲疑義，裁定停止訴訟程序而聲請釋憲。

按原告曾於 98 年間檢附本人或直系血親尊親屬於日治時期之戶口調查簿等文件種族欄註記為「熟」之證明，依改制前臺南縣政府 98 年 5 月 19 日頒布之辦理日治時期種族「熟」之縣民申請登記平地原住民之作業要點(下稱「臺南

¹ 本件判決主文並未使用「平埔族」，而係就「既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族，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」為判決對象，並於判決理由指出，在漢民族大量移入之前，在臺灣早已有同屬南島語族群，散落居住生活於臺灣各地，居住於平地者，則以平埔族名之(參判決理由第 31 段)。本意見書採用一般習稱之平埔族。

縣平地原住民登記作業要點」)，向戶籍所在地之戶政機關申請登記為平地原住民，經臺南縣轄戶政事務所函復准予登記，予以列冊建檔保存，但無法將原告之原住民身分登錄於戶政資訊系統電腦中，遂請原告逕向內政部請求於戶政系統中登記為原住民。原民會於 98 年 7 月 24 日函復臺南縣政府，稱該府於 98 年 5 月 19 日函頒之「臺南縣平地原住民登記作業要點」牴觸該會有關原住民身分法第 2 條第 2 款及第 8 條第 1 項規定之解釋令而當然無效，並稱臺南縣政府戶政機關以紙本登記並註記為有平地原住民身分之文件，均不得作為具有原住民身分之證明文件。原告向臺北高等行政法院提起確認平地原住民身分之訴，經該院判決駁回，上訴後亦經最高行政法院駁回確定。最高行政法院於判決理由中指出，原告申請認定為原住民，應向原民會為之，而非向戶政機關為之²。

原告乃於 101 年 12 月 6 日向原民會申請認定其為平地原住民，經原民會駁回其申請，原告提起訴願未果復向臺北高等行政法院提起行政訴訟，經該院判決駁回後提起上訴，最高行政法院將原判決廢棄，發回臺北高等行政法院，審理

² 最高行政法院 101 年度判字第 732 號判決。

法官提出本件釋憲聲請。憲法法庭審理本件聲請案時曾舉行言詞辯論，臺南縣政府以關係機關身分到庭表示意見，支持原告之請求，原民會到庭則持反對立場。

二、主要爭議：

支持和反對平埔族人得被認定為平地原住民之主要爭議點如下：

（一）憲法增修條文規定應保障之原住民是否包括平埔族？

光復後臺灣省政府曾於 45、46、48、52 等年公告登記取得平地原住民身分之期間（其後於 69、81、90 年沿用）。按 90 年 1 月 17 日制定公布之原住民身分法第 2 條對原住民身分認定之規定：「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：一、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。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。」（即系爭規定）。

原民會反對平埔族人得被認定而取得原住民身分之主要理由為，系爭規定所稱「登記為平地原住民有案者」，係指光復後臺灣省政府於 45、46、48、52 等年及其後公告得登記為平地原住民之期間，向戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者。透過該登記，已設定原住民優惠措施保護對象及範圍，多年來已形塑出一個價值秩序，不宜輕易變更。按中華民國憲法於 36 年制定公布時，並無「原住民」之規定，80 年第 1 次修憲，所謂之「山地山胞」、「平地山胞」以及 83 年第 3 次修憲所稱「山地原住民」、「平地原住民」、「原住民」均以 40、50 年代已完成登記之原住民人數為範圍。過了這個登記期限，即已喪失取得原住民身分之權利。81 年第 2 次修憲制定憲法增修條文第 18 條第 6 項規定，國家對於自由地區山胞之地位及政治參與，應予保障。83 年第 3 次修憲移為憲法增修條文第 9 條第 7 項，並修正為國家對於自由地區原住民之地位及政治參與，應予保障。復 86 年第 4 次修憲移為憲法增修條文第 10 條第 10 項，並修正規定為國家應依民族意願，保障原住民族之地位及

政治參與。88 年第 5 次修憲移為憲法增修條文第 10 條第 12 項。此外，86 年第 4 次修憲制定憲法增修條文第 10 條第 9 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。並於 89 年第 6 次修憲移為憲法增修條文第 10 條第 11 項。於 94 年 6 月 10 日憲法增修條文第 4 條第 1 項規定立法委員選出之人數「自由地區平地原住民及山地原住民各三人」。上述修憲過程有關原住民之條文，均係以山地原住民，以及過了民國 40、50 年代公告登記期限後已完成登記取得平地原住民身分之總人數為依據，若現在開放當時未登記之平埔族人納入平地原住民，其人數大量增加，將排擠現有平地原住民族之政治參與，並稀釋現行原住民族給付福利措施之憲法落實³。

而支持平埔族人得登記為平地原住民之理由為，政府於民國 40 及 50 年間 4 次公布開放准予登記之期間（及其後沿用之登記期間），每次開放登記期間有

³ 參照原民會 110 年 11 月 23 日原民字第 1100067226 號函檢送之「原住民族委員會補充意見書」，依該意見書目前法律上所認定之原住民族人口總數為 57 萬 9169 人，其中平地原住民人口總數為 27 萬 980 人，計算日治時期登記為「熟」、「平」者，其直系血親卑親屬之現存人數，經 1 年之統計結果，為 98 萬 1641 人，人口分布於全臺各地。

限，且因當時資訊不夠公開，以致在日治時代時戶口調查簿種族欄登記為「熟」、「平」者（即為平埔族人）於期間內登記而取得平地原住民身分者極少，致絕大多數平埔族人未取得原住民身分。且登記屬國家管制措施，僅因未及於政府所定之期間內辦理登記，即無法取得原住民身分，違反憲法增修條文保障原住民之意旨。

（二）平埔族人生活習慣已經漢化是否仍具原住民之資格？

反對平埔族人得取得原住民身分之理由包括，平埔族人早已漢化，生活習慣與平地人無異，大部分族語幾乎都難以保存，甚至消失殆盡。而山地原住民尚保存其傳統語言及文化，具有特殊性及珍貴性。

主張平埔族人應得取得原住民身分之理由為，族群身分之認同乃人之天性，為憲法保障之基本權利。透過有心人之努力，有些平埔族人仍保留其祖先之語言、文化及傳統祭儀者，以西拉雅族為顯著之例子。經認定平埔族人為原住民後，可由國家協助維護保存其語言及文化，避免進一步消亡之危機。

三、本判決之認定

本件判決認憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定所保障之原住民，應包括既存於臺灣之所有南島語系民族，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外，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南島語系民族，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。並要求相關機關於判決宣示之日起 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。本件判決之主要理由為：「人格權作為個人人格的基礎，乃為不可或缺之基本權利，而為憲法第 22 條所保障之基本人權之一，其中包括原住民身分認同權。」且認「是由憲法第 22 條及憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之規定整體觀察，受憲法保障之原住民身分認同權，除保障個別原住民之身分認同外，亦包括各原住民族之集體身分認同。」（判決理由第 20 段）。

本席贊同本判決之主文結論，除對本判決之解讀提出協

同意見一，另外對平埔族離散流亡歷史之回顧以及本判決所隱含翻轉臺灣治理視角之意涵，提出協同意見二及三如下。

貳、協同意見一：解讀本判決對主要爭議點之判定

就本件聲請案之主要爭點，本判決之判定可解讀如下：

一、憲法增修條文規定應保障之原住民是否包括平埔族？

本判決認為取得原住民身分之前提為「既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族」，雖未明定「血緣」，但其實意指在漢人大規模移居臺灣前世居臺灣，而具有南島語系之血緣者。至於血緣之認定並不要求作 DNA 等檢測，而是要「有客觀歷史紀錄可稽」。至於何謂「客觀歷史紀錄可稽」，於判決理由舉例說明指出：「本庭爰認若以其本人或其直系血親尊親屬是否於日治時期戶口調查登記簿經註記為『熟』、『平』者，作為是否屬臺灣南島語系民族裔之判斷標準之一，應屬合宜。」(判決理由第 34 段)。故平埔族即屬得受憲法保障之原住民範圍。

但原住民族身分之取得並非僅憑客觀歷史紀錄已足。本件判決主文第 1 項指出其他應備要件為「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」。另於判決主文第 3 項指出，就判決主文第 1 項所稱之認定要

件、所屬成員之身分要件及登記程序等事項，應由相關機關於本判決宣示後 3 年內，修正原住民身分法或另定特別法。亦即就該南島語族文化特徵之存續及族群認同等要件之具體規定，係由法律定之。依此，於本判決公布後，除已獲得政府認定之原住民族共 16 族⁴之外，其他南島語族均得申請認定為原住民⁵。本人或其直系血親等親屬，於日治時期戶口調查簿經註記為「熟」、「平」者，得以之作為「客觀歷史紀錄」之證明而申請認定。然而提出註記為「熟」、「平」之戶口登記簿者，並非當然可取得身分，仍應符合本判決主文第 1 項所稱之要件，依據修正後原住民身分法或另立特別法時具體規定之條件及程序，始可取得。由此可見未來平埔族人取得原住民身分之要件及程序，與現行原住民身分法所定取得之要件及程序有所區隔。至若逾期未完成修法或立法，平埔族人得釋明其已符合認定要件後，向中央原住民主管機關申請認定其民族別，憑以申請戶籍登記為原住民，取得原住民身分（判決理由第 42 段參照）。

⁴ 現已認定原住民 16 族為：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、撒奇萊雅族、賽德克族、拉阿魯哇族、卡那卡那富族。

⁵ 南島語族通稱為平埔族者包括：西拉雅、凱達格蘭、噶瑪蘭、道卡斯、巴宰、巴布薩、洪雅、拍瀑拉、馬卡道、噶哈巫、大武壠等族。參照原民會平埔族群身分認定政策意向書草案，104 年 11 月 13 日，第 3 頁。

又本件判決主文第 1 項所舉取得原住民身分應具有文化特徵存續及族群認同之要件，並不存在於現行原住民身分法，有學者主張「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⁶。」本席贊同該見解，但本件判決並未對此有所論述。

二、平埔族人取得原住民身分後得享受之優惠措施為何？

平埔族群取得原住民身分之後，得享受何種權利及應負擔何種義務，本件判決並未做出任何認定（判決理由第 38 段），僅於判決理由肆、併予指明中指出，國家應積極維護發展及應予適當保障扶助之範圍，「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。」（判決理由第 44 段）。亦即現行各法律所定對原住民之優惠事項，於取得原住民身分之平埔族，並非當然適用，而是另以法律定之。相同意旨亦見於 111 年憲判字第 4 號判決之肆，併此敘明：「原

⁶ 參照蔡志偉教授為本件釋憲聲請案所提出之專家諮詢意見書第 15 頁。

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。」其差別僅在於 111 年憲判字第 4 號判決理由之併此敘明，係就現在已被認定之 16 族原住民中得享有之優惠措施應有所區分而言；而本件判決是就現已被認定之 16 族原住民，與爾後增加認定之平埔族原住民間，得享有優惠措施有所區隔而言，但是道理是相同的，也就是不能以稀釋優惠措施之顧慮而阻礙原住民身分之認同與取得。而且不管是現已被認定或未來新增之原住民間，均應依其政經社會地位之不同而作優惠措施之區隔，始能達到優惠之目的並符平等原則。至於原住民之參政權問題，本件判決理由指出：「憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定之原住民參政權保障，與第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定之原住民族文化等應特予立法保護，二者規範主題各別、目的不同。」（判決理由第 28 段），其意涵應是指平埔族人取得原住民身分後，其參政權之保障亦應另以法律定之。

參、協同意見二：回顧「熟番離散流亡」的時代

本件判決及理由指出南島語系民族取得原住民身分「客觀歷史紀錄」之要件，可由日治時期戶口調查簿登記為「熟」、「平」者，作為證明文件。而日治時期之戶口調查簿將原居臺灣之南島語系民族登記為「熟」、「平」，其實是延續清朝之分類。按「平埔族」、「熟番」均為清領時期之用語，清廷治理臺灣時曾公布施行「熟番募補丁章程」，可見「熟番」在清朝已是法律用語，日人僅為延續清朝之分類並非獨創。故為了解「熟」或「平」之歷史必須溯源至清治。平埔族於清治前期尚活躍於臺灣西部平原，清末卻已成為臺灣社會經濟及文化之弱勢民族⁷，其原因可由歷史學者從不同觀點作解讀。本席認為值此平埔族人成為釋憲主角之際，對此段歷史作一回顧是有意義的。

一、清廷眼中的臺灣漢人

歷來統治臺灣的政權以清朝統治年代最久（自 1684 年打敗明鄭至 1895 年割讓給日本共 211 年），在此期間也就是生番轉為熟番，而熟番淪入流離失所之時代，皆與清代之治理政策有關。滿清以少數民族入主中原，對於漢人原本就充滿了疑慮與不信任，對於在臺灣的漢人更視為明末遺民，而

⁷ 參照王泰升教授為本件釋憲聲請案所提出之專家諮詢意見書第 17 頁。

採防禦心態。

順治皇帝於 1656 年頒佈禁海令，以削弱鄭成功等抗清力量的財源。順治皇帝於 1661 年、康熙皇帝於 1662 年及 1664 年頒佈之遷界令，將東南沿海居民內遷 30 至 50 里，封死了沿海各地漢人地方勢力形成的獨立地域社會，轉變成為邊陲地帶。康熙皇帝於 1684 年平定明鄭後，在大清皇帝眼中臺灣乃為邊陲地帶，治理措施在於防止反叛。

二、熟番與奸民

對於平埔族人之文化與歷史，已有相當多之歷史學家作出研究，各成一家之言。本席認為中央研究院學者柯志明所著「熟番與奸民：清代臺灣的治理部署與抗爭政治」，研究清代的治理部署導致熟番離散流亡的歷史，論證深入，採用資料豐富，深值推薦，爰摘錄該書若干要點如下⁸：

（一）乾隆九年福建布政使司高山提出「劃清界線，使生番在內、漢民在外，熟番間隔於其中」作為臺灣治理體制的藍圖，即所謂三層制族群空間體制⁹。「然而此一

⁸ 參見柯志明，熟番與奸民：清代臺灣的治理部署與抗爭政治（分上、中、下三冊），國立臺灣大學出版中心、中央研究院社會學研究所出版，2021 年 9 月初版。本意見書所摘錄者，僅為此書之微小部分。該書之主要內容及意涵，應由讀者自行研閱解讀。

⁹ 參見柯志明，同註 8，下冊，第 1057 頁。原民會對此的敘述為：「18 世紀中葉，在清帝國族群政治的引導下，平埔族群主動或被動移居土牛線界，成為隔離生番

體制甫經落實，隨即開始其崩解之過程¹⁰。」「界外私墾不僅無法禁絕，又有不少無法監控的『奸民』在界外來去自如¹¹。」

(二)「朝廷如此寄望和倚重(同時大力合理化)的三層制，在實作上不只名不符實，不久之後更證實，它還帶來了一場不折不扣的大災難：乾隆五十一年至五十三年間的林爽文動亂¹²」。

(三)「逆勢阻擋漢人移民開墾界外土地及利用山林，在治安上造成嚴重的後果。事實證明，漢人越界私墾不僅大勢所趨，終究難以阻遏，而且還發展出挑戰國家權力的沿山勢力，引發(林爽文事件等)動亂。與此同時，番政變革保護的對象—熟番社—則陷入窮困、階層化與內鬥，負責守隘防杜界外私墾的熟番普遍發生監守自盜的現象¹³」。

(四)「高山三層制原初構想內最積極執行的部分(三層制族群空間分布)演變成一場災難，而原先被忽視甚至

與漢民的夾心層」，同註5，第4頁。

¹⁰ 參見柯志明，同註8，中冊，第641頁。

¹¹ 參見柯志明，同註8，中冊，第641頁。

¹² 參見柯志明，同註8，下冊，頁1066。

¹³ 參見柯志明，同註8，下冊，頁1062。

曾遭摒棄部分（積極利用熟番武力），卻繼續發揚光大，甚至發展成為林爽文動亂後臺灣族群空間體制一番屯制一的主要內容¹⁴。」

（五）「林爽文事件後，清廷企圖更積極利用熟番牽制漢人力量，透過建制化熟番武力並且配給土牛界外漢人私墾田園埔地，在原有三層制的基礎上建立番屯制。不僅如此，國家權力於十九世紀時進一步試圖施行高風險的權變部署，利用漳泉客社群『分類』操弄義民/亂民之分，分化離間漢人力量。結果卻適得其反，造成乾隆朝後十九世紀異常滋長的社群敵對（分類械鬥）以及後續民間豪強武力林立和互鬥，釀成直接威脅國家權力的動亂。與此同時，轉化成為番屯制後用以制衡漢人的熟番武力，隨著民間武力的擴張與失控，卻相對弱化，終至失卻應有的作用。國家權力長久建立並仰為常態治理機制的三層式族群空間體制，在熟番遭受漢人豪強債剝典佔威逼，失業流離遷移界外後，終於失能。國家權力意圖『兼用經權』，反致用權廢經¹⁵。」

¹⁴ 參見柯志明，同註8，下冊，頁1066。

¹⁵ 參見柯志明，同註8，書折頁簡介。

(六)「更不幸地，非既得利益者即使因絕望放棄抗爭，選擇脫離既有體制，流亡界外，一旦國家權力尾隨而至，終難苟全性命於異地¹⁶。」

三、清廷並未試圖「漢化」平埔族

一般認為平埔族之消失是因為「漢化」的結果，然而如此之推論恐怕過度簡化，而忽略了在臺灣的漢人其實是不受清廷重視的化外之民。柯志明先生於此特別指出「惟請務必留意，清廷雖然要求熟番接受教化以方便管理、控制，絕非意圖改變其族群認同，使熟番變得與漢人無從區辨。因為，一旦熟番完全漢化，清廷就無從利用人群分類間的歧異來配合其統治目的：分而治之¹⁷」。

四、清朝吏治不良，各族群同為受害者

清朝期間，移墾臺灣的漢人起義作亂不斷，被稱為「三年一小反，五年一大反」，究其原因，實為吏治不彰，尤其是司法體制不良所積累民怨為導火線，此由重大民變首領之

¹⁶ 參見柯志明，同註8，中冊，第735頁。

¹⁷ 參見柯志明，同註8，上冊，第1頁，註二。

供詞，當時高層官員之檢討¹⁸以及後世學者之研究¹⁹，皆可獲得相同之結論。即使清朝訂定保護熟番之政策，但「國家缺乏治理意願，熟番欠缺管理能力²⁰」。封建皇朝之治理心態僅為保住一家一姓之江山，將所有人民反抗不公不義之起義，均視為威脅其政權之反叛，由大陸各地調派精兵赴台，對參與民變者趕盡殺絕。不僅未能視民如子，反而利用操弄漳、泉、客以及熟番、生番間之矛盾，作為壓制、防範人民謀反之手段。

五、回顧臺灣歷史上最生猛的年代

在生番變成熟番，熟番被迫離散流亡的時代，臺灣不僅在清廷的眼中是邊陲外的邊陲，就當時島上的居民，無論原

¹⁸ 沈葆楨於同治十三年「請移駐巡撫檔」內謂「臺民遊惰可惡，而實戇直可憐，所以常聞蠹動者，殆由官以吏役為爪牙，吏役以民為魚肉，繼則民以官為仇讎。詞訟不清，而械鬥，紮厝之端起；奸宄得志，而豎旗聚眾之勢成」參照戴炎輝，清代臺灣之鄉治，聯經出版公司，1979年7月初版，第711頁。

¹⁹ 「就臺灣而言，官員為一般習氣所染，姑息偷安，遇事推諉，不以民生為意，其廉正、負責且有遠見者甚少，官既如此，差吏更不待言。民敬遠官吏，或予仇視，視法令如故紙。無賴或奸民乘其間，鼓動民變，或煽惑分類械鬥、豎旗、打劫，造成『三年一小反，五年一大反』的局面」。參照戴炎輝，同註18，第728頁。相同見解：「過去，傳統見解多認為大清帝國差役受賄、勒索規費情形嚴重，晚近則有國外學者質疑此一觀點。檢視淡新檔案的案件，不只官方批示出現嚴命遏止差役需索，正堂對差役所具稟者感到懷疑；民間投狀亦有不少公然投訴差役受賄勒索的陳詞，甚至出現差役毀搶、擄人的指控。因此，『蠹役』的存在應非只是官方的形塑，而係真實存在於訴訟實務，傳統見解應較符合清代台灣北部之實際狀況。」。參見「從淡新檔案觀察清治台灣官府法律之運作」，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，87年10月31日，第87頁。

²⁰ 參見柯志明，同註8，中冊，第641頁。

漢都處在披荊斬棘與大自然搏鬥之時代，移民而來的漳、泉、客不僅彼此爭奪土地，更與世居的熟番、生番衝突不斷，彼此間依利害互為合縱連橫，而清廷則操弄各族群成為敵對廝殺的對象。這段期間，可說是臺灣歷史上最生猛的年代。三年一小反、五年一大反，造成遍地白骨，臺灣島上到處可見祀奉無主孤魂的萬善爺、百姓公、大眾廟，就是這個時代的歷史封印，而收納之骨骸混雜已分不清彼此，也是臺灣獨有的 7 月 15 日祭拜好兄弟習俗的來源，成為臺灣文化基因的一部分。在不良的治理心態和操弄族群的手段下，在臺灣的熟番、生番、漳、泉、客各族群均為封建專制政權下之受害人。

乾隆自詡打敗林爽文之役為其十大武功之一，在臺灣立碑表功，乾隆到處征伐，號稱國力鼎盛，卻是生靈塗炭的時代。然而在此同時，歐美正值思想解放、人權意識興起。以自由、平等、博愛為號召的法國大革命(1789-1795)、揭隳人人生而平等，享有生命權、自由權與追求幸福權利的美國獨立戰爭(1775-1783)，都發生在乾隆朝代(1735-1796)，而乾隆皇帝卻自矜武功強盛而固步自封，對內則吏治不修、視人民如草芥，自然人心不服。乾隆之後武力已無法壓制人民，

太平軍興，內亂不斷，招致外侮，直至滅亡，所謂的百年國恥其源於此。專制政權下之不良治理可以禍及整個弱勢族群，這是回顧平埔族離散流亡歷史之教訓。

肆、協同意見三：翻轉邊陲治理視角下的臺灣

本件判決確認了平埔族人得取得原住民之身分，其意義不僅是承認、尊重平埔族之族群及其文化而已，其實是代表臺灣島上的居民，由統治者眼光中邊陲的角色，慢慢取得土地上主人的地位。

在西人與漢人「發現」位於歐亞大陸邊緣的臺灣島之前，臺灣島上原居住著南島語系的多個民族。自漢人大量移墾後，統治臺灣的政權曾多次易手，但統治者率皆以邊陲治理之眼光統治臺灣，臺灣島上的居民從未取得主體地位，而本件判決承認曾經活躍於西部平原與近山的平埔族得為原住民，實具有翻轉邊陲視角之歷史意義，茲簡述之。

一、大航海時代來到臺灣的葡萄牙及西班牙等歐洲人，帶來傳教士與探險家，留下早期福爾摩沙山地人、平埔族與漢移民之剪影。其後荷蘭東印度公司占領臺灣作為印尼與日本間之貿易中繼站。打敗荷蘭人的鄭成功收容來自

福建南部和廣東的貧困民眾，基本上以臺灣作為反清復明的基地。臺灣島上的各族人民，都只是被統治的客體。

二、清治時期將臺灣視為化外邊陲之地，利用族群矛盾分而治之，以遂行防制反叛之目的，已於前述。就此而言，臺灣的原漢關係與歐洲白人在其國家支持下至世界各地展開探索與征服所產生之殖民者與原住民關係尚有所不同。於援用西方文獻以探討原住民問題時，不應忽略此差異。

三、清廷將臺灣割讓日本，成為日本第一個殖民地，在殖民者眼光全島各族均為次等國民，因此以漢人為主體的知識份子才會推動廢除六三法案，希望將臺灣納入帝國憲法體系，其後改為臺灣議會設置請願運動，由武力反抗轉為近代政治運動。日本政府沿襲清朝對種族之分類，將平埔人稱為熟番與漢人相同對待，對於生番則甚至有認為在法律上完全不具「人格」之說法²¹，而進行恩威並濟之措施，曾發動多次討伐行動。

四、國民政府時期，民國 36 年制定公布之中華民國憲法於第 168、169 條規定對於邊疆民族之保障係出自中原本位之

²¹ 松田京子著；周俊宇譯，帝國的思考：日本帝國對台灣原住民的知識支配，衛城出版，2019 年 7 月初版，第 150 頁。

立場，尚非今日保障原住民之理念。

五、直至民國 81 年第 2 次修憲制定之憲法增修條文第 18 條第 6 項規定「國家對於自由地區山胞之地位及政治參與，應予保障。」（同意旨之規定均保留於其後歷次修憲制定之憲法增修條文，僅山胞改稱原住民，另條次有所變動），於憲法中確認應保障原住民之地位及語言、文化等，是人權保障理念之重要進程。其後於 90 年公布施行原住民身分法，並陸續制定公布保障原住民權益之法律，但因規定平地原住民身分須於一定期間內向國家申請登記始能取得，因此產生原住民身分之認定及優惠措施之保障，是否應以山地原住民及 40、50 年間已完成登記之平地原住民之範圍作為原住民概念之範圍之爭議。

六、本件判決所隱含轉換治理視角之意涵

本件判決將系爭規定取得平地原住民身分所設「特定期限內登記在案」之要件，認定為違憲而加以推翻。學者有認為該登記要件係「過去本於同化主義而壓縮原住民族規模的產物²²」。依此，則本判決實具有揚棄同化主義，而闡明臺灣島上所有民族之文化與地位均為平等之憲法要求。所隱含的

²² 參見王泰升，同註 7 第 11 頁。

意義是由過去將臺灣人民視為邊陲治理對象之視角，轉變為珍視且平等善待臺灣島上之所有居民之視角。

憲法法庭 111 年憲判字第 17 號判決

協同意見書

詹森林大法官提出

111 年 10 月 28 日

本席贊同本判決之結論，並認為本判決對憲法條文的解釋，值得再略微論述，爰提出本協同意見書。

解釋法律之方法多元，常見者為文義解釋、歷史解釋、體系解釋、目的解釋。解釋一般法律，固然；解釋憲法，基本上，亦同¹。本判決在解釋本案時，對憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，明白採用文義解釋、歷史解釋及目的解釋。

一、文義出發

成文法規之解釋，一般而言，皆從文義出發；法官裁判適用法規時，更無例外。在成文法之歐陸，固係如此；在判例法之英美，並無差異。

（一）本案爭議所在

本案爭議，肇因於原住民身分法第 2 條規定，將該法所指之「原住民」，明定為：「包括山地原住民及平地原住民」，且該法主管機關原住民族委員會又依據該條規定，認為平埔族及西拉雅族，不符合該條所指之「平地原住民」，而拒絕將

¹ 陳慈陽，憲法學，2016 年 3 月，141 頁；李惠宗，憲法要義，2020 年 10 月，邊碼 0247；吳信華，憲法釋論，2021 年 10 月，編碼 46。

原因案件之多位原告認定為平地原住民。

此項爭議，從憲法角度，牽涉憲法及憲法增修條文，是否就「原住民（族）」設有基本權或其他相關規定；如設有規定，則憲法及憲法增修條文，是否就「原住民（族）」設有定義性條文？

經查，36 年 1 月 1 日公布之憲法，並無任何關於「原住民（族）」之規定。至於憲法增修條文，則自 80 年 5 月 1 日制定公布時起，即陸續就「平地山胞及山地山胞競選國民大會代表、立法委員」，及「國家對山胞之地位及政治參與之保障」，定有明文。其有不同者，僅係將「山地山胞」、「平地山胞」之用語，改為「山地原住民」、「平地原住民」或「原住民」而已。此外，86 年 7 月 21 日第 4 次修正公布時，於第 10 條第 9 項及第 11 項，增加「原住民族」之名稱（理由第 16 段參照）。

然而，前開憲法增修條文，對於其各自所稱之「山地原住民」、「平地原住民」、「原住民」，及「原住民族」，皆無任何定義。

（二）美國最高法院裁判及大法官解釋案例參考

文義解釋，看似簡單，其實並非必然²。茲分別以美國最高法院裁判³及我國大法官解釋，簡要說明之。

² 例如：民法第 127 條第 8 款及消費者保護法第 7 條，皆有「商品」一語。關於前者，最高法院 78 年 4 月 18 日 78 年第 9 次民事庭會議決議認為，僅指動產而言，不包括不動產在內；關於後者，消費者保護法施行細則第 4 條，明定含動產及不動產。

³ 更多關於美國最高法院與文義解釋有關之裁判，及精彩之論述，參見賴英照，始於文義，終於文義，臺灣法律人，第 11 期，2022 年 5 月，65-92 頁。請併參照，賴英照，羅勃茲翻觔斗，臺灣法律人，第 10 期，2022 年 4 月，61-79 頁。

美國最高法院大法官就「擁槍權」(right to keep and bear arms)及「死刑」(death penalty)之釋憲聲請案，意見紛歧，即導因於各大法官雖均由「文義解釋」出發，卻得出完全相反之解釋結果。關於美國憲法第二修正案所定「擁槍權」，保守派之大法官，從文義上，盡量擴張⁴；自由派之大法官，則從文義上，極盡限縮。反之，就美國憲法第八修正案所定禁止「殘酷和不尋常之懲罰」(cruel and unusual punishment)，保守派之大法官，從文義上，予以限縮解釋而排除死刑；自由派之大法官，則從文義上，當然解釋而涵蓋死刑。

在釋字第 792 號解釋，爭議之問題為：毒品危害防制條例第 4 條第 1 項至第 4 項規定之販賣毒品既遂罪，其所稱「販賣」，究應解為：「須有出售之行為，始足該當」，抑應解為「不以販入之後復行賣出為要件」？對此爭議，本解釋指出：該規定所稱之「販賣」一詞，根據當前各版本辭典所載，或解為出售物品，或解為購入物品再轉售，無論何者，所謂販賣之核心意義均在出售，均非單指購入物品之行為。

(三) 本案之文義解釋

如前所述，憲法及憲法增修條文均未明文定義原住民、

⁴ 最近之案例，參見美國最高法院 2022 年 6 月 23 日之裁定 New York State Rifle & Pistol Association (NYSRPA) v. Bruen. 該裁定認為，美國憲法第二修正案及第十四修正案，保障個人在家庭之外，為自衛而攜帶手槍之權利，此一憲法權利並非二等權利 (The constitutional right to bear arms in public for self-defense is not “a second-class right”), 個人在行使該憲法權利時，無須向政府官員說明有何特殊需求，故紐約州「限制民眾在公共場所攜帶槍械」之法規違反美國憲法第二修正案賦予人民的擁槍權。本裁定由極端保守之 Thomas 大法官主筆，其餘 5 位保守派大法官，即首席 Roberts 與 Alito、Gorsuch、Kavanaugh 及 Barrett 均加入。自由派大法官 Breyer 提出不同意見，另 2 位自由派大法官 Sotomayor 及 Kagan 加入。

原住民族。本判決另又基於「憲法及憲法增修條文亦未明定劃分原住民族之標準或規定原住民僅指或僅能區分為平地原住民及山地原住民」，遂推論為：「憲法並未將系爭規定（原住民身分法第 2 條）所稱山地原住民及平地原住民以外之其他臺灣原住民族，明文排除在受憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段所定『原住民族』保護之外。」（理由第 24 段）

本席以為，前開結論，雖可支持，但其推理，尚待說明。

按，受憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段所保障之「原住民族」究何所指，前開條文既無明文，則解決之道有二：（一）首先，改循「歷史解釋」及「目的解釋」，從前開條文之立法史料及立法目的，探求如何界定其所稱之「原住民族」（詳見本意見書後述之二、三）；（二）其次，參考其他與憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段所定之「保障」有關之法律中，有無就「原住民」或「原住民族」，界定其範圍。

就前述之（二）而言，以「保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係」為立法目的之原住民基本法，應為最優先參考對象。該法第 2 條第 1 款規定，將該法所指之「原住民族」定義為：「係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……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。」

本判決主文第 1 項揭示：「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。」其中強調「既存於臺灣」，應

係參考前開原住民族基本法第 2 條第 1 款規定而來。

綜上，本判決從憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段出發，因該二規定就「原住民族」卻無定義，遂在對該二規定所稱「原住民族」之文義解釋上，參考原住民族基本法第 2 條第 1 款關於「原住民族」之定義，方法論上，應屬正確⁵。

二、歷史搜尋

歷史解釋，指藉由參酌法規之立法史料（包含起草機關之法條草案、立法過程發言記錄等），探求立法者原意之解釋方法⁶。

本判決稱：「81 年及 83 年第 2 次及第 3 次修憲時，均曾有憲法增修條文應設『原住民族專章』，以保護原住民族權益，且其中一條稱『臺灣原住民族包括平埔族……』之提案，但均未獲通過。」（理由第 17 段），且從而認為：「此等提案未獲通過，論理上亦難以得到修憲者排除保護其他臺灣原住民族之結論。」（理由第 27 段）

惟從「修憲者曾於第 2 次及第 3 次修憲時，有意於增修條文中明定臺灣原住民包括平埔族，最終卻未能通過」此一立法史實，指稱「論理上亦難以得到修憲者排除保護其他臺灣原住民族之結論」，推論上，尚待強化。

⁵ 其實，本判決此時，似有運用體系解釋之情形。

⁶ 本判決理由第 14 段、第 15 段（日本治理臺灣時期，為利統治及管理，將原本已久居於臺灣之原住民，區分為高山（砂）族（生蕃）、平埔族（熟蕃），國民政府來臺後，基本上沿用之），及第 30 段、第 31 段（由臺灣歷史脈絡觀察，所有既存於臺灣之南島語系民族均為原住民族），雖均為歷史之觀察，但尚非解釋方法上之歷史解釋。

查，考試院曾認 51 年 8 月 29 日修正公布之考試法第 7 條規定「公務人員考試與專門職業及技術人員考試，其應考資格及應試科目相同者，其及格人員同時取得兩種考試之及格資格」有欠週全，乃提出修正草案送請立法院審議，惟經立法院於 69 年 11 月 4 日議決，維持該法第 7 條條文，不予修正。考試院遂於 71 年 6 月 15 日修正發布考試法施行細則第 9 條第 2 項規定：「公務人員考試及格人員，同時取得專門職業及技術人員考試及格資格者，其考試總成績，須達到專門職業及技術人員考試之錄取標準」。嗣經考生對該施行細則規定聲請解釋，司法院因而作成釋字第 268 號解釋，認系爭細則規定增設法律所無之限制，顯與首述法律使及格人員同時取得兩種資格之規定不符，並有違憲法保障人民權利之意旨，依憲法第 172 條之規定，應不予適用。有學者認為，本號解釋係以歷史解釋，宣告上開施行細則違反既得權保障之適例⁷。

若以前開釋字第 268 號解釋為借鏡，則將「增修條文之第 2 次及第 3 次修憲者最終未明定臺灣原住民包括平埔族」此一立法歷史，解為該 2 次之修憲者多數不認為臺灣原住民並不包含平埔族，似無不可。

準此，本案爭議，即平埔族是否該當憲法上之原住民族，並從而受憲法關於原住民（族）之保障，在解釋論上，必須求諸相關法規之目的探求。

⁷ 李惠宗，同註 1，邊碼 0254。在民法上，立法者就某事項雖曾考量予以規範，最終卻仍未加以明文者，一般而言，此乃立法者認為該事項尚不宜立法，而應交由學說、實務繼續發展。

三、目的探求

法規之目的解釋，係從該法規整體規範之意旨與目的（Sinn und Zweck），探求其立法宗旨。法規，性質上屬於保護特定人之特定權利或法益為立法目的者，藉由目的解釋，最能實踐其立法宗旨，亦即確實保護該特定人之特定權益，既不過於狹隘，亦不流於浮濫。

為解決本案爭議（原住民身分法第 2 條就該法所指「原住民」所為之定義是否違憲），本判決基於憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段保障原住民族文化等之意旨，認為：「就原住民族之意義及保護範圍，其認定應避免反於歷史事實、國際保護原住民（族）潮流，而失諸過度嚴格，即應作較寬鬆之認定；亦即其排除保護應採極嚴格限縮原則，例外處理。」（理由第 26 段），從而為第 1 項及第 2 項主文之宣示，宣告原住民身分法第 2 條就該法所指「原住民」所為之定義規定違反受憲法第 22 條保障之原住民（族）身分認同權，及前開憲法增修條文保障原住民族文化等意旨。此乃目的解釋之充分展現，亦最能彰顯目的解釋解決重大憲法爭議之功能。本判決就該目的解釋之論述，或許簡略，但在解釋憲法之方法論運用上，仍應予肯定。

四、結論及感言

關於憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段所稱之原住民族，係何所指，111 年憲判字第 17 號判決藉由文義解釋、歷史解釋，及目的解釋，得出此之「原住民族」應包括既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族，並於結論上肯認該臺灣南島語系民族及其成員，享有憲法第 22 條保障之原住

民（族）身分認同權。此項方法論，值得肯定。本意見書再簡要說明各該解釋方法在本案之運用，以供參考。

本判決強調：「大法官解釋憲法，應隨時代進步、掌握時代脈動，作出因應、符合時代需要之解釋，不應拘泥於憲法部分條文用語形式，尤應避免囿於修憲過程之隻字片言，致失憲法保障人權之本旨。」（理由第 27 段）

旨哉斯言，大法官作為「憲法之發言人」（Der Sprecher der Verfassung），豈能無感。

美國最高法院於今（2022）年 6 月 24 日，在 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 一案，就「墮胎」之憲法爭議，推翻 1973 年 *Roe v. Wade* 案（首度承認婦女擁有墮胎之憲法權利）及 1992 年 *Casey* 案（再度確認婦女之墮胎權）兩件判例，而其主要理由只是「美國憲法並未提及墮胎」（The Constitution does not mention abortion）⁸。相較於此，本院全體大法官以一致決作成 111 年憲判字第 17 號判決。本判決顯示伸張人權、保護弱勢之決心與魄力。

期盼憲法法庭持續本此認知，藉由各種解釋憲法之方法，捍衛憲法，保障人權。

⁸ 在 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 案，美國最高法院認定密西西比州禁止懷孕 15 周以上孕婦墮胎的法律並未違憲。本件係由另一極端保守派大法官 Alito 主筆，其餘 5 位保守派大法官贊成。自由派大法官 Kagan 提出，其餘 2 位自由派大法官加入之反對意見，用語刻薄，指摘強烈。值得一提者，屬於保守派之首席大法官 Roberts 在其協同意見書中指出，其實可以用比較溫和之方式支持密西西比州禁止墮胎之法律，不必直接推翻法院自己作成之先例。*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 案引發美國支持墮胎者及反對墮胎者之激烈對立，抗議之民眾甚至包圍保守派大法官的家，威脅保守派大法官之人身安全。本判決所造成之社會動盪，及最高法院公信力之低落，迄未平息。

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的二分法，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，要求聲請法院判命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。

憲法法庭 111 年憲判字第 17 號判決協同意見書

蔡宗珍大法官提出

林俊益大法官加入

張瓊文大法官加入

本席支持本號判決之主文結論，爰簡述主要理據如下：

一、憲法審查依據

國家應肯定多元文化與積極維護發展原住民族語言及文化，並應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，對其教育文化等事項亦應予以保障扶助與促其發展，憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段定有明文。是原住民族乃憲法保障之多元文化之一環，國家對其存續與發展負有各種保障扶助之義務。此等國家義務之履行，係以原住民族之概念為前提，就此憲法並未委由立法者立法形成其內涵，因此，上開憲法增修條文規定所稱「原住民族」之涵義，應立基於憲法整體規範秩序，以憲法解釋方法得出；立法者並應以此為據，立法具體形成有關原住民身分認定要件之法規範。凡應屬憲法原住民族保障範圍內之族群，其成員，即個別原住民，就立法者有關原住民身分法制之立法，即享有憲法第 7 條平等權之保障，是立法者之立法決定須符合立法平等之要求，不得為恣意差別待遇。如有關原住民身分認定之立法決定，將憲法原住民族保障範圍內之部分族群排除在外，致該族群無從依法享有憲法相關保障，其成員亦無從依法取得原住民身分者，該等立法決定除違反上開憲法增修條文保障原住民族之意旨外，就遭排除之原住民族族群成員而言，亦牴觸其受憲法第 7 條所保障之平等權。

憲法增修條文第10條第11項及第12項前段對原住民族之保障，係屬憲法文化國原則之一環，因此就其所稱「原住民族」涵義與範圍之理解，除文義解釋外，應著重於包括語言、風俗、信仰、社群結構、經濟及生活方式等文化傳承脈絡與特徵。依此，凡於使用漢字語言之現今多數族群（下稱漢語族群）自17世紀開始移入臺灣前，即已世居於島上之南島語系民族之後裔，有客觀歷史記錄可稽，且至今仍維持其族群之語言、文化傳統與認同者，皆應屬上開憲法增修條文特予保障之原住民族；至其於歷史上各時代（如清朝統治時期、日治時期或憲政時期）之集體或個別之政治、社會與經濟生活方式之選擇，亦即是否接受或融入漢語族群社會及其程度等，原則上並不影響其是否屬憲法所保障之原住民族之判斷。換言之，基於憲法文化國原則之尊重與維護多元文化價值之要求，凡有客觀歷史紀錄可據以認定為臺灣南島語系民族之後裔，且其族群仍維護與延續其語言、文化傳統與認同，則即便該族群之（多數）成員於政治、社會與經濟生活上，選擇融入漢語族群，亦不影響其為受憲法所保障之原住民族。

由此亦可知，憲法所保障之「原住民族」範圍之認定，與憲法增修條文第4條第1項第2款所稱「自由地區平地原住民及山地原住民」，就規範目的與內容而言，並不具關聯性，後者之分類及由立法者立法界定之原住民範圍，不應直接引為認定原住民族範圍之基準。申言之，後者係就立法委員選舉之席次分配、選舉區與選舉方式所為規定，固涉及個別原住民之政治參與，惟其所採平地與山地原住民之區分，憲法上之主要意義係劃分原住民立法委員席次之選舉區，使原住民立法委員之席次分別由平地原住民及山地原住民選舉區有

投票權者選出，而非在於一般性、抽象性地界分平地原住民與山地原住民；有投票權之平地原住民及山地原住民，亦僅為具原住民身分者之一部而非全部。是該等用以劃分原住民立法委員選舉區之原住民類別及立法者立法界定之原住民範圍，實無法據以認定憲法保障原住民族之類別與範圍。況憲法增修條文第 10 條第 12 項前段明定國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，是原住民族受憲法保障之政治參與權，與個別原住民之政治參與方式，尚不應混為一談，自不得以原住民立法委員選舉區之劃分，直接作為受憲法保障之原住民族之分類，更不得逕以立法者就平地原住民與山地原住民身分之定義規定，反向界定憲法所保障之原住民族之範圍。

二、臺灣南島語系民族後裔之認定及其憑據

受憲法保障之原住民族，既應包括所有於漢語族群移入前即世居臺灣之南島語系民族之後裔，則欲瞭解其所涵蓋之範圍，自應尋繹臺灣南島語系民族傳承至今之歷史發展脈絡，及相關歷史紀錄。

自 17 世紀漢語族群與南島語系民族於臺灣島上相遇以來，漢語族群始終掌有統治優勢，因此南島語系民族之身分與地位，可說均是由漢語族群一方界定。從歷史發展脈絡來看，早自荷鄭時期，南島語系民族即被稱為「番」，以有別於主要為漢語族群之「民」，並依其主要居住區域（山地區或平地地區）及政治上之順服情形與同化程度，再被區分為「生番（蕃）」與「熟番（蕃）」，此從荷鄭、清治一直到日治時期，均大致如此。「生番（蕃）」與「熟番（蕃）」後來逐漸被「高山番」、「平埔番」之稱呼所取代，日治時期則稱為「高砂族」、

「平埔族」(但其戶口調查簿之種族欄仍分別記載為「生」與「熟」)。由此可知，不論稱為「生番(蕃)」、「熟番(蕃)」，或稱為「高砂族」、「平埔族」，兩者均是臺灣南島語系民族之後裔。

由於日治時期曾進行多次戶口調查，建立了詳實之戶口調查簿資料，自斯時起，於戶口調查簿上記載為「生」或「熟」之高砂族與平埔族族人，已可認定其屬臺灣原住民之南島語系民族之後裔，而其子孫亦可依親系傳承紀錄而溯源為南島語系民族後裔。是日治時期戶口調查簿資料，足資為辨識臺灣南島語系民族後裔之客觀歷史憑據，亦即凡有直系血親尊親屬為日治時期戶口調查簿上記載為「生」或「熟」(後亦有記載為「平」者)者，均可論定其為臺灣南島語系民族之後裔。

特須辨明者，日治時期將臺灣南島語系民族區分為「高砂族」(生蕃)與「平埔族」(熟蕃)，主要仍是基於統治需求，與荷鄭時期、清朝統治時期之考量類似。詳言之，由於平埔族同化程度較高，甚至多已與漢人混居、交往、通婚，因此於治理政策上，日人爰將平埔族納入普通行政區域治理，與漢語族群等同對待；至於對同化程度較低之高砂族人(包括蕃地蕃人與平地蕃人)之治理，則採特別治理政策，除由不同主事機關(理蕃警察)管轄，亦適用不同之法律，例如減免其稅賦。¹由此可知，日治時期將平埔族人(熟蕃)視同漢人對待，僅係基於統治需求，而非否定其種族根源，斯時亦難謂有尊重與保障傳統文化存續之價值觀；況如前所述，原住民族族

¹ 以上關於臺灣南島語系民族之歷史發展脈絡，主要參考本件言詞辯論鑑定人王泰升教授之專家諮詢意見書。

人接受或融入漢語族群社會，與維持其傳統文化傳承及認同，本可並行不悖。因此，日治時期之平埔族人（熟蕃）未如同高砂族人般受到日人特別治理，並無法導出身為臺灣南島語系民族後裔之平埔族人，即不再具有自我認同為文化上之原住民族之資格。

小結以言，憲法增修條文所稱「原住民族」，既應涵蓋至今仍具有傳統文化傳承與認同，且有客觀歷史紀錄可稽之臺灣南島語系民族後裔，則就是否屬臺灣南島語系民族後裔之認定，自可以日治時期戶口調查簿紀錄為重要憑據，至於其於日治時期係歸於高砂族，抑或平埔族，則非所問。

三、系爭規定所稱原住民範圍涵蓋不足，牴觸憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之原住民族之保障規定；於此範圍內，亦違反憲法第 7 條平等權之保障意旨

本件爭議所在之原住民身分法第 2 條規定，即系爭規定，係將原住民分為「山地原住民」及「平地原住民」，並分別設定其身分認定要件，其中均包括「戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民」之要件，係以上開日治時期所建立之戶口調查簿記載資料，為原住民身分認定之重要憑據。惟戶口調查簿雖登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，其於臺灣光復前原籍在平地行政區域內者，僅可申請認定為平地原住民，且須符合「申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案」之要件，亦即須曾於 45 年、46 年、48 年及 52 年間依規定辦理平地原住民登記者，始可能獲認定為平地原住民。換言之，依系爭規定之認定標準，臺灣光復前之戶口調查簿記載為「生」或「熟」（亦有記載為「平」）之原住民中，僅原籍在山地行政區者（即日治時期之蕃地蕃人），

及原籍在平地行政區且曾申請登記為平地原住民者，始得依法認定為原住民；如原籍在平地行政區，然未曾申請登記為平地原住民者，即使戶口調查簿記載其本人或其直系血親尊親屬為「生」（即日治時期之平地蕃人）或「熟」（「平」，即日治時期之平埔族），雖無疑為臺灣南島語系民族之後裔，卻無從依系爭規定取得原住民身分。

由此可知，系爭規定所定原住民之範圍，並未完全涵蓋憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項所保障之原住民族之範圍，尤其未包含可依日治時期戶口調查簿之記載而判定為臺灣南島語系民族後裔，且至今仍維持其族語、文化傳統與認同之平埔族群，致使該等亦屬憲法增修條文上開規定所保障之原住民族範圍內之族群，無從獲得法定原住民族地位，無法有效享有憲法相關保障，其族人亦無從依法取得原住民身分。是系爭規定所稱原住民範圍涵蓋不足，從而其就原住民身分認定之規範即有不足，牴觸憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之原住民族之保障規定。又，系爭規定就原住民身分認定，於憲法增修條文上開規定所保障之原住民族間，已構成無正當理由之立法差別待遇，於此範圍內，亦違反憲法第 7 條平等權之保障意旨。

附此說明的是，系爭規定係因就原住民身分認定之規範不足而違憲，立法者就此負有立法補足規範缺漏之義務；至立法者究應直接增修系爭規定或另制定新法、應維持系爭規定之分類而調整身分認定要件之規定，或增定其他原住民類別與認定要件等，均屬立法形成事項，立法者自享有一定裁量空間。