

專家諮詢意見書（修訂版）*

王泰升

國立臺灣大學講座教授、科際整合法律學研究所特聘教授

關於憲法法庭 109 年度憲三字第 17 號聲請案，於茲針對言詞辯論爭點題綱，提供諮詢意見。亦即，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？惟前揭聲請案的原因案件之爭點，乃是不被國家法律所「看見」的平埔族是否係原住民族之一，故在此須一併納入考察，以釐清整個法律爭議的全貌，而對所有相關的法令，為最妥適的憲法審查。

本意見書聚焦於探究這些**相關法令沿革及整體社會流變**，俾能作為法規範憲法審查案件中的**個案事實**，較不專注於憲法規範本身的法釋義。按作為憲法審查對象之現行的法律或命令，究竟是在過去怎樣的**政治經濟社會文化條件**下，基於什麼樣的**價值觀或利益考量**所做成的當為規範，乃是法規範憲法審查的案件中須認定的「**個案事實**」。¹ 本案欲審查的原住民身分法第 2 條第 2 款之規定，係承襲過去數個時代、各本於特定法律政策或價值所頒行之法令所形塑而成的。對於制訂這些法令的**時空環境及價值觀念之闡明**，有助於

* 這份修訂版意見書係 111 年 6 月 28 日言詞辯論後，就有關 46 年 1 月和 3 月的省政府令，在「三」的第二至六段做涵意上較精確的改寫，其餘部分則大多屬於文字上微調。

¹ 「法規範憲法審查」等於是準據當今憲法規範，對於由過去的「法制訂」（法律的制定及命令的訂定）行為所產出的現行法規範，做成憲法的規範論證，故該等法制訂之由來、過程及結果即釋憲案的「個案事實」。憲法審查的規範論證乃依法適用邏輯三段論法，以作為大前提的憲法規範上抽象構成要件，涵攝作為小前提的個案具體事實，而獲致憲法上結論。參見王泰升，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》（台北：自版，2010），頁 32；王泰升，〈台灣法律史的提出及學科化〉，《中研院法學期刊》，2019 特刊 1（2019 年 10 月），頁 18-23。

進行憲法審查時，持現今的社會情境及法律理念與其相比較，以評斷那些體現特定時空價值觀念之被審查的法規範，是否違反現今的憲法誠命。又，以下採用學界常見的平埔族、高山族等詞彙描述歷史發展及社會經驗事實，以凸顯這些詞彙指稱的社會事實，應如何在國家實證法上予以法律化，是一個需要嚴肅討論的議題。

一、「原住民族」概念納入憲法後的歷史探源

憲法增修條文在本文第 5 條規定「各民族一律平等」之外，特別明文針對「原住民族」相關事項為規範，寓有承認晚近國際社會所發展的原住民族概念。欲探究旨在落實憲法增修條文原住民族條款的原住民身分法之某項規定是否違憲，當然須對憲法上所稱「原住民族」的意義有所了解。不同於單純從人數之多寡而稱「少數民族」，晚近國際社會上如《聯合國原住民族權利宣言》，提出帶有追求歷史正義意涵的「原住民族」概念，指稱特定的地域社會，於當今主流的民族遷入之前，歷史上原本居住於該等土地的民族。這項概念意涵為台灣原住民族運動所認同，並發表《台灣原住民族權利宣言》，積極推廣之；從而民國（以下同）83 年的憲法增修條文不沿襲過往所稱「山胞」，改採「原住民」一詞，86 年更從作為原住民個人之集體權利的角度確立了「原住民族條款」，即憲法增修條文第 10 條第 9、10 項（現已移為第 11、12 項）。² 總之，在台灣的歷史脈絡，原住民族係指在作為主流民族的漢族移入之前，已居住於台灣的民族，現行憲法即本於這項認知而增修條文。被告機關原民會的官方網站表示「在漢人大規模遷居台灣之前，台灣早已為南島語系民族所居住」，但又稱「居住在台灣的南島語系民族，可分為原住民族與平埔族群」，刻意透過兩詞彙並列而將平埔族排除於「原住

² 參見詹素娟，《典藏台灣史（二）台灣原住民史》（台北：玉山社，2019），頁 273-276；蔡志偉，〈從客體到主體：台灣原住民族法制與權利的發展〉，《臺大法學論叢》，40 卷特刊（2011 年 10 月），頁 1512。

民族」概念之外。³ 此亦為原因案件之所由生。

由於**歷史際遇之不同**，台灣的原住民族分為**平埔族**與**高山族**兩類，兩者跟原住民族同樣是由複數的民族所構成之群體。⁴ 在歷史時期最早居住於台灣的南島語系民族，於 17 世紀的 20 年代首度遭逢來自歐洲、在今之台南市建立統治機構的荷蘭政權。其統治下的新港社人等，成為荷蘭等級制政體下的屬民，而固有的南島語系民族文化亦開始受外來勢力衝擊。同時荷蘭政權自中國大陸沿海招募漢人來台從事商業或農耕活動，當某漢人向荷蘭政權繳一筆權利金以獨享與某新港社人村落之交易，其自然欲自該等交易中獲高額利潤，故有謂荷蘭與漢人在台共構殖民體制，此**開啟**了往後綿延數百年的台灣「原漢間利益衝突」。17 世紀 60 年代鄭成功建立的**漢人政權**接續荷蘭在台統治，基於漢族的天朝觀念、華夷之辨，將治下漢人稱「民」、曾受荷蘭統治的新港社人等稱「番」，並認為其他未曾受荷蘭統治的南島語系民族係另一種不必治理、「非人」的「番」。⁵ 20 餘年後，自居中原**天朝**的清朝取代鄭家而治台，沿襲漢族優越觀，以移居台灣的漢人為「民」，曾受荷鄭治理而與漢人有所接觸的南島語系民族為「**熟番**」，將其地納入**版圖**，不曾受荷鄭治理故未接觸漢文化的其他南島語系民族為「**生番**」，其在**境外**，還有一類是在版圖之外但有納糧等表示服從的「**歸化生番**」（化番）。清治 212 年間，在台漢人移民大量取得熟番的土地後，曾以熟番為前導進入生番居住地開墾，或任用熟番防衛生番攻擊，導致熟番與生番同室操戈、互有敵意；熟番逐步被漢化，清治末官府將熟番屯丁「**編籍**為

³ 這項宣稱有其內在矛盾，蓋原民會認定為原住民族的 16 族當中的噶瑪蘭族，一般認為係平埔族之一。參見 <https://www.cip.gov.tw/zh-tw/news/data-list/520BA645FF77838B/0C3331F0EBD318C2F69080C5C7060B21-info.html>（最後瀏覽日：2022/06/06）。

⁴ 本文出於對平等對待的敏感，不稱「平埔族群」；按「原住」、「高山」亦屬族群，但通常不稱「原住民族群」或「高山族群」，何以單獨稱「平埔」為「族群」？參見詹素娟，《典藏台灣史（二）台灣原住民史》，頁 46；周婉窈，《臺灣歷史圖說》（新北市：聯經，3 版，2016），頁 26-28；黃秀政、張勝彥、吳文星，《臺灣史》（台北：五南，2003），頁 24-29。

⁵ 參見王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，6 版，2020），頁 24-26、29-30；王泰升，〈人的歷史、法的歷史：多元法律在地匯合〉，《台灣法律人》，創刊號（2021 年 7 月），頁 8-13。

民」，惟民番之別猶存，漢人以其居住平原地帶而稱為「平埔番」。相對被稱「高山番」的生番（但如阿美族係居住昔稱「後山」的東台灣之平原地帶），長期未曾受清朝統治，直到清治晚期方在清朝「開山撫番」政策下，開始感受到強大的外來威脅。在漢族移入前原本均居住台灣的南島語系民族，因而被外來統治當局及漢人移民區分為兩群，再經後述兩個時代，今之學界稱為平埔族、高山族。⁶

於日治時期，平埔族與高山族適用不同的法律，前者適用與漢人同樣的法律，後者則非如此且再分為蕃地蕃人與平地蕃人，但兩類蕃人同受理蕃警察管轄。1895年日本統治台灣後，將清治時生番居住的「境外」之地劃為「蕃地」，其上之人稱「生蕃」、「蕃人」，由理蕃警察管轄之。全台於蕃地之外即稱「普通行政區域」，故清治時居住版圖內的熟番，不居住於蕃地，且適用與普通行政區內「本島人」，即社會上稱「台灣人」之屬漢族的福佬人和客家人同樣的法律，稱為平埔族人。日本對於作為特殊地域的蕃地自始朝著盡量縮減的方向施政，故將某些漢化程度較高的化番視同熟番，以使其原住的蕃地轉變成普通行政區域（這點將在「三」詳述）。另一方面，對於在今之台東、花蓮的阿美族或卑南族，則以當地呈現「民番混居」而一概納入普通行政區域，但基於彼等尚保存固有文化而仍維持「蕃人」身分，稱為「平地蕃人」，其依舊受理蕃警察管轄，只因居住於普通行政區域內，少數情形下得適用與漢人同樣的法律，例如有阿美族人在普通行政區域才有的法院為公證或私權（如所有權）登記或受刑事裁判。相對的一直居住於蕃地的蕃人稱「蕃地蕃人」，日治時期在蕃地出於「為蕃人移住」等目的而劃設「高砂族保留地」，因此僅蕃地蕃人得以使用之，已居住於普通行政區域的平地蕃人與此無關。除這些少數的例外，當時對蕃地蕃人與平地蕃人的

⁶ 此項分類源自清治時期漢人所稱平埔番、高山番，但其後已去除帶有文化歧視意涵的「番」字，易以較中性的「族」，故藉以描述自清治迄今的歷史發展過程。參見王泰升，〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、領域與法文化〉，《臺大法學論叢》，44卷4期（2015年12月），頁1650-1659；王泰升，〈人的歷史、法的歷史：多元法律在地匯合〉，頁13-16。

法律上處置，基於兩者均保有傳統文化而未為差別待遇。⁷

值得注意的是，日治時期平埔族仍作為一個**種族類別**而存在。1905年首度實施第一次臨時戶口調查（第三次以後稱「國勢調查」）時，調查項目包括種族別，將「生蕃人」與「內地人、本島人、外國人」並列，而在「本島人」底下的分類，將「熟蕃人」與「福建人〔按：福佬人〕、廣東人〔按：客家人〕、其他漢人」並列。且自1906年起，針對生蕃另以「種族/部族/村社」為著錄單位，做成「蕃社戶口」，還細分為屬於哪個種族。1935年就戶口調查簿記載項目，刪除了種族欄，但長期以來所登錄的舊表並未抽出，與新表同為家戶資料的一部分，只不過將種族調查項目的稱呼，從生蕃、熟蕃改為「高砂族」、「平埔族」。後述中華民國法就原住民身分認定所依據的日治時期戶口調查簿，即前揭戶口調查事業的產物，故其上記載的「熟」，係指熟蕃，即平埔族，若記載為「平」，則是改以此稱呼平埔族，蓋平地蕃人原已記載為「生」。⁸原因案件中的原告等，即根據該日治時期戶口調查簿上所登載之「熟」，主張其為平埔族中西拉雅族的族人。

二、山地原住民與平地原住民之別及其身分認定的公平性

戰後台灣自34年10月25日起改行中華民國法制，由國民黨掌控的中華民國政府將蕃地改稱「山地」，並基於同化主義而視不屬漢族的原住民族為居住於山地的「同胞」。35年8月8日臺灣省行政長官公署代電通令「**高山族同胞減免稅捐標準**」，規定「高山同胞過去居住山地（行政區域外）者仍不課賦稅。居住在山地鄉村外之高山同胞，得依其能力或實際狀況，由各縣市政府酌徵或減免。」此為首次在戰後官方文獻出現「高山族」一詞，應是譯自日治時期的「高砂族」。惟36年6月28日省政府民政廳定調為將「高山族」改

⁷ 參見王泰升，〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、領域與法文化〉，頁1660-1666。

⁸ 參見王泰升，〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、領域與法文化〉，頁1662-1663。

稱為「**山地同胞**」；嗣後曾重申斯旨，且表示山地同胞即日治時期的高砂族。按該 35 年通令以居住於「**山地**」與否做稅捐上差別待遇，乃是延續日治時期的高砂族租稅政策，故實質上已同時沿襲日治時期**蕃地蕃人、平地蕃人**之分。⁹

43 年首次在法制上出現關於「**山地同胞**」身分認定之規定。按在 30 個「**山地鄉**」中居住者還有漢人，其經常假借山胞之名義企圖逃漏稅。且 38 年已明令山地鄉鄉長須為山地同胞，41 年又增列山地鄉每鄉選出之一名議員以山地同胞為限，42 年亦規定臨時省議會內山胞議員以山地同胞為限。復以 40 年省政府教育廳通令省立專科以上學校，「**臺灣省山胞學生可酌予從寬錄取**」，在在都須對山地同胞與漢人有一個**明確的區分標準**。於是省政府援引既有之過去由日本政權所為的認定。43 年 2 月 9 日府民四字第 11197 號令先承認「**現住山地行政區域內十二萬餘人口中有三萬三千餘之平地人**」，再界定「**山地同胞**」為「**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（註：底線為筆者附加，以下同）**」。換言之，日本政府認定為蕃地蕃人者，即中華民國法上山地同胞，然而這項定義忽略了日治時期理蕃行政中**還有平地蕃人**。¹⁰

45 年接著出現關於「**平地山胞**」身分認定之規定。如前揭 35 年行政長官公署令所示，有些高山族居住於山地鄉之外的「**平地**（行政區域）」，亦即日治時期**普通行政區域**。39 年的縣市議員選舉在選區劃分上有「**山地鄉**」及「**居住平地的山地同胞**」之分類，顯示在山地、平地都有山地同胞。41 年就該項選舉規定：「**居住平地之山地同胞在五百人以上不滿五千人者，選出議員一名，滿五千人者，**

⁹ 參見王泰升，〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、領域與法文化〉，頁 1670-1671；葉高華，〈排除？還是放棄？平埔族與山胞身分認定〉，《臺灣史研究》，20 卷 3 期（2013 年 9 月），頁 181-182。

¹⁰ 參見王泰升，〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、領域與法文化〉，頁 1671-1672。

每加五千人增選一名」，但居住於平地的山地同胞與漢人應如何區別仍未明定。且從 40 年起的臨時省議會議員選舉，有一個名額給「居住平地之山地同胞」，兩個名額給「山地鄉」的「山地同胞」，故選務上對於「山地同胞」須再為二分，但欠缺明確的區分標準。又，44 年曾發布「臺灣省政府輔導平地山胞生活計劃」，以「平地山胞」一詞取代語意上似自相矛盾的所謂「居住平地之山地同胞」。因此 45 年 10 月 3 日省政府訂定「臺灣省平地山胞認定標準」，明定：「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，無可查考者，得檢具足資證明文件及平地山胞二人之保證書，向鄉鎮市區公所申請登記為平地山胞。3 平地山胞之身分，不因與山地山胞或平地人結婚（包括入贅）而變更。4 平地山胞與山地山胞或平地人結婚所生子女之身分，從父系，其係入贅所生子女身分，則從母系。……5 凡符合第一點規定之平地山胞，應於命令到達公告後，向當地鄉鎮市區公所申請為平地山胞之登記，……前項登記期間，自公告日起，至四十五年十二月三十一日止。」自此亦確立了「平地山胞與山地山胞」的分類。

須特別注意的是，該 45 年省政府令對平地山胞，**增添**對山地山胞**所未要求**之應於特定期間內申請登記，係本案中涉嫌違憲之條文的濫觴。相較於 43 年令讓**原蕃地蕃人**僅憑戶籍簿之登載即有山地同胞身分，在此卻要求**原平地蕃人**除了憑戶口調查簿之登載，還「應」在 2 個多月的期間內申請登記，但並未明訂不為申請登記的法律效果是什麼。當時省政府一再表示，當事人如不願申請登記為平地山胞，無強予登記之必要，亦即若不願申請登記，就不必給予平地山胞之身分，看似尊重原平地蕃人自主決定擁有山胞身分與否，但果真如此，應是跟原蕃地蕃人一樣可隨時，而非**限時**須做決定/提出申請。這項限期令事實上是在當時「山地平地化」政策下，

認為已居住平地者即較可能脫離「山地」文化的影響，故擬**提升**認定為平地山胞的**門檻**，以盡量**縮減**整個山地同胞之**規模**。省政府雖在各縣市請求或人民陳情下，允許補辦平地山胞登記，分別於46年5月10日、48年4月7日、52年8月21日發函，開放約2個月的期間進行補登記，但表示逾期不准再補辦，重申限期之意。惟實務上亦曾以集體登記的方式，讓沒提出申請登記之個人取得平地山胞身分，以避免因大量的否定彼等之平地山胞身分而引發反彈，但實有違平等適用法律之原則。¹¹

至69年省政府令，關於山胞身分認定，明確地分別針對「**山地山胞**」、「**平地山胞**」而為規範，且兩者所需的**要件不同**。依69年4月8日省政府發布的「臺灣省山胞身分認定標準」，山地山胞係「本省光復前原籍在山地行政區域內，戶口登記簿登記其本人或直系血親尊親屬為山胞各族名稱者」，平地山胞係「本省光復前原籍在平地行政區域內，戶口登記簿登記其本人或直系血親尊親屬為山胞各族名稱，經當地鄉鎮縣轄市區公所申請登記為平地山胞有案者。」亦即以日治戶口調查簿之登載「山胞各族名稱」，取代「高山族（或各族名稱）」，且就**平地山胞**的身分認定，**附加**語意上指已辦妥登記、近似本件釋憲標的之原住民身分法第2條第2款的字句：「經……申請登記……有案」。以此作為平地山胞取得身分的要件之一，與前揭45年令同樣是出於同化主義思維，欲盡量**縮減**山胞規模。這項意圖貫穿了整個認定標準，例如規定山胞與平地人通婚時，山胞女子因跟從平地人之夫而喪失山胞身分（若招贅婚則不喪失），但平地女子卻不因跟從山胞之夫而取得山胞身分；山胞因被平地人收養而喪失山胞身分，但平地人被山胞收養卻不取得山胞身分，顯然山胞身分

¹¹ 參見王泰升，〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、領域與法文化〉，頁1672-1673；葉高華，〈排除？還是放棄？平埔族與山胞身分認定〉，頁187-188；萬淑娟等人1091225釋憲陳述意見狀，頁21-22；原住民族委員會意見書，該會110年7月8日原民綜字第1100040265號函，頁9-10。各關係人在憲法法庭109年度憲三字第17號聲請案提出之書狀，參見<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=2203&id=340093>（最後瀏覽日：2022/06/12）。

是難以取得、易於喪失。¹²

台灣民主化後，對於就原住民竟根據其本人或直系血親尊親屬居住於日治時期「蕃地」，即清治時期「境外」與否而**一分為二**，且**異其身分認定要件**，**行政及立法機關**等政治部門**無改弦更張**之意。80年5月1日終止動員戡亂之宣告後，中華民國法制正式邁向民主化。首先，內政部**80年**10月14日發布的「山胞身分認定標準」，已開始**調整**過往抑制原住民族發展的政策，例如山胞女子不再因原漢通婚、凡山胞不再因被非山胞收養，而喪失山胞身分。惟關於山地山胞及平地山胞的身分認定，仍**承襲**前揭69年省政府令之規定，不過在立法說明時曾表示，對平地山胞設有「並申請當地鄉鎮市區公所登記為平地山胞有案」之要件，「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，乃明訂需向當地鄉（鎮、市、區）公所申請登記，以利行政機關協助釐清平地山胞身分。」¹³若此為立制原意，則申請登記在案僅行政機關為身分認定時有力之**證據方法**，但內政部卻**不願將之寫入條文**，以致實務上繼續視為認定上要件。

其次，83年憲法增修條文採納「原住民」概念後，法制上即改稱為現行的「山地原住民」與「平地原住民」，且就身分認定事項研議具有法律位階的條文。89年在立法院內曾有屬平地原住民的立委提案，擬對平地原住民身分認定刪除「申請登記在案」的要件，但未被接受。¹⁴此所以**90年**公布施行的原住民身分法，雖如原漢通婚所生子女的身分採父母雙系主義等，朝著讓更多人具有原住民身分而為規範，但在第2條第2款仍**沿襲**45年省政府令以來的規範態

¹² 其詳，參見王泰升，〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、領域與法文化〉，頁1673-1674。

¹³ 立法院第一屆第88會期第17次會議議案關係文書。見立法院，《立法院第88會期議事日程議事錄合訂本目錄13》（台北：立法院，1992），頁73-79。

¹⁴ 此案係由阿美族的章仁香立委等提出。當時另有由同為阿美族的楊仁福立委等所提草案、行政院所提草案，這兩份草案均維持以「申請登記在案」為平地原住民身分認定之要件，立法院在委員會內決議採楊仁福所提版本，最終亦以之三讀通過。參見原住民族委員會意見書，該會110年7月8日原民綜字第1100040265號函，頁13。

度，關於平地原住民身分之認定，除了日治時期戶口調查簿上有一定之記載，還必須已在前述 45 年、46 年、48 年、52 年等**限期內申請登記**為平地原住民有案。¹⁵ 從而引發該條款是否違憲的爭議。

於今國家的**司法部門**，終於有機會檢視這項有關平地原住民身分認定之法律的**合憲性**。由於原住民身分法上關於身分認同的要件，平地原住民與山地原住民**不一致**，故在此擬考察該差別待遇是否符合憲法第 5 條揭示之各民族平等的要求。¹⁶

從最簡明的「**等者等之，不等者不等之**」原則出發，現行法上平地原住民與山地原住民，**同樣**屬於已入憲之國際社會所認知的原住民族。兩者在台灣法律史上同為清治時期的「生番」、日治時期的「(生)蕃人」或「高砂族」；固然在以同化為目的的理蕃行政下，曾被區分為平地蕃人與蕃地蕃人，但同樣由理蕃警察管轄，故仍具有**極為近似**的文化與生活狀況。戰後在中華民國法制上，自始在租稅上容有差異，但地方選舉及教育資源分配上都擁有**幾乎相同**的優惠待遇，亦**同樣承受**來自強勢的漢族文化或現代化的壓力。兩者在法制上原本有差異的是，居住於平地行政區域的平地原住民，與原本設置於山地的「山地保留地」無關，僅山地原住民有資格在該保留地取得包括所有權在內的權利。然而晚近在原住民族運動「還我土地」訴求下，已不再受限於日治時期的蕃地（今山地）概念，故某些平地行政區域已納入「劃編、增編供山胞使用」的「山胞保留地」（嗣後稱「原住民保留地」），例如已將平地原住民承租之公有土地依其意願劃編為山胞保留地，並輔導其取得土地權利。¹⁷ **保留地**之從「山地」更名為「原住民」，正彰顯**不分山地、平地，同為原住民**的精神，但在**身分認定**上又變了調。原民會對 45 年省政府令之就

¹⁵ 參見王泰升，〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、領域與法文化〉，頁 1687-1688。

¹⁶ 如憲法法庭憲判字第 4 號判決所述，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，是否存有一定程度的關聯性。

¹⁷ 參見王泰升，〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、領域與法文化〉，頁 1688-1689。

平地山胞身分認定做出不同於山地山胞之規定，辯解為係因平地山胞居住於平地行政區域，「未如山地行政區域自日治時期以來，即有實施『山地集團移住』等情形」，但並未闡述此與要求平地原住民應限期申請登記具有什麼關聯性。¹⁸ 其實戰後從省議員到中央民意代表的選舉，山地、平地原住民的當選名額都是一樣的，並無差別；已占相當高比例的都市原住民同在都會區生活，卻依原籍分山地、平地兩類，實無意義；由於兩類人之差異已弱化，依 88 年一份關於原住民身分認定之深度訪談報告，反對繼續區分者多達 78%。¹⁹

承上所論，於今法律上對於原住民族，實應刪除源自日治時期殖民統治當局理蕃行政、戰後因循舊章而沿用的山地、平地之分類。這項分類造成的不合理現象，包括同一族的人口被分在不同的行政區域，各族幾乎都間有山地與平地原住民人口，²⁰ 悖於當今原住民族法制以民族為主體的思考；甚至因親戚分屬山地、平地原住民，而於各項選舉時不能投票支持之。惟現行憲法增修條文第 4 條關於立法委員選舉，仍有「自由地區平地原住民及山地原住民各三人」之規定；若整個原住民族法制調整為不採山地、平地之分類，該規定可依憲法增修條文的規範目的是以原住民族為權利主體，解釋為係指原住民合計選出六人。

況且，原住民身分法第 2 條第 2 款對平地原住民身分認同所設「特定期限內登記有案」之要件本身，亦屬違憲。如前一再闡述，該項規定係過去本於同化主義而擬壓縮原住民族規模的產物，已不符合當今憲法增修條文原住民族條款的基本理念。且未曾在數十年前所開放之 4 次約 2 個月的期限內申請登記，即須承受不能取得原

¹⁸ 參見原住民族委員會意見書（110 年 7 月 8 日），頁 10。「集團移住」指日本統治當局將較強悍不馴的原住民，移至警察駐在所附近，以加強撫育、授產等作為；山地中所劃定的蕃人保留地，可用於執行集團移住的計畫，但此僅牽涉到山地原住民。參見詹素娟，《典藏台灣史（二）台灣原住民史》，頁 160、171-174。

¹⁹ 參見林修澈，〈原住民身分認定的研究〉，行政院原住民委員會委託計畫，1999，頁 205-211。

²⁰ 參見本案之臺南市政府法律意見書，頁 16。

住民身分之不利益，亦不符**正當法律程序**之要義。將這樣不公義的法律條款，適用於平埔族人更是加倍不公義，以下將詳述之。

三、平埔族係憲法上之原住民族而其族人為原住民

當中華民國法上僅有關於「山地同胞」之身分認定標準時，平埔族被認為是平地人，而非山地同胞。前揭 43 年 2 月 9 日省政府令對山地同胞為定義後，同年 4 月 9 日省政府為答覆關於臨時省議會議員選舉事務之詢問，表示：「居住平地之平埔族應視為平地人，列入平地選民名冊。」²¹

在中華民國法提出「平地山胞」之身分認定標準後，曾允許平埔族申請登記為平地山胞，這是台灣史自荷蘭政權以來**首次法律上**將平埔族與一部份高山族（平地蕃人/平地山胞）**置於同一類**。45 年發布「臺灣省平地山胞認定標準」並要求於年底前申請登記之後，發生某些清治時期在「境外」的**化番**於日治時期被編入**熟番**，以致其居住地劃歸**普通行政區域**者，可否登記為平地山胞的疑義。亦即居住屏東縣車城、滿州等平地行政區域內，日治戶口調查簿種族欄記載為「熟」之阿美族、斯卡羅人（排灣化卑南族）、部分自宜蘭移居花蓮之噶瑪蘭族、南投縣魚池鄉內邵族、苗栗縣南庄鄉內一部分賽夏族等，彼等與高山族的生活接近而接觸頻繁。省政府因而於**46 年 1 月 22 日告知屏東、苗栗、台東、花蓮等縣政府**：「日治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……經聲請登記後，可准予登記為平地山胞」。復於 46 年 3 月 11 日通令**各縣市政府**重申前開意旨。²²於是起初針對日治時期由化番編入熟番這部分平埔族所做的身分認定，在法律上被**一般化**為凡是日治時期登載為熟番的**平埔族**，**均可申請登記為平**

²¹ 參見葉高華，〈排除？還是放棄？平埔族與山胞身分認定〉，頁 184。

²² 參見原住民族委員會意見書（110 年 7 月 8 日），頁 10-11；葉高華，〈排除？還是放棄？平埔族與山胞身分認定〉，頁 188-190；詹素娟，《典藏台灣史（二） 台灣原住民史》，頁 180。

地山胞，等於是將平埔族與**同在地/普通行政區域的平地山胞/平地蕃人**，混為一談。且如前所述，46年、48年、52年共**3次**各約2個月的期間，可申請補辦平地山胞登記。問題是，**平埔族並非45年的平地山胞認定標準所稱之「高山族」**。

這項**誤解**來自台灣社會中的**平埔族**，不被中華民國法制承認為「**種族**」之一。34年中華民國政府接收台灣後，曾依日治時期國勢調查資料轉換成一份「統計提要」，當中人群分類包括原稱「本島人」的本省人，其下細分來自福建、來自廣東、來自外省，以及平埔族、高山族，共計5種。²³ 依這份統計，日治末期（1943年）平埔族人口總數為6萬2千119人。45年為戶口普查時，「填表須知」規定：「『祖籍』限臺灣省籍者填寫，凡來自福建省者填『福建』，來自廣東者填『廣東』，……如申報義務人不能答復時，由普查員就其語系判別之。**山地同胞**在『祖籍』下填其**族系**之名稱。如：泰雅族、賽夏族、布農族、曹〔按：鄒〕族、排灣族、魯凱族、雅美族、阿美族、卑南族等」。前揭「**九族**」為山地山胞與平地山胞之所屬族名，亦即高山族，故**未涵蓋平埔族**在內。值得注意的是行政院戶口普查處《戶口普查疑難問題解答彙編》有如下記載，「問：本省籍中『平埔族』（本島原住民，已平地化）之『祖籍』應如何填記？答：填寫『平埔』。」普查時在未預設「平埔」選項的情形下，表示疑惑而選填「平埔」者，應具有相當強的**平埔族認同**。48年出版普查結果，「族系」下分九族及「未詳」共10個類別，填寫「平埔」的人口被置於「未詳」一欄，總數為**2萬7千零9人**，遠少於日治末期的6萬2千多人。此差距大體上來自普查的祖籍欄，平埔族人自己填寫或依常用福佬話或客家話而放入「福建」、「廣東」，或填寫了九族中的一個族名。²⁴ 依台灣史通說，平埔族可

²³ 參見詹素娟，〈「族系未詳」再思考：從「國勢調查」到「戶口普查」的人群分類變遷〉，《臺灣風物》，60卷4期（2010年12月），頁86。

²⁴ 參見葉高華，〈排除？還是放棄？平埔族與山胞身分認定〉，頁190-195。

再分為稍後詳談的**西拉雅族**，以及凱達格蘭、**噶瑪蘭**、道卡斯、巴則海、巴布拉、猫霧揀（即巴布薩）、洪雅（或和安雅）、**邵**（屬平埔族與否學界有爭議）、猴猴（或馬卡道）、噶哈巫、大武壠等族，且目前噶瑪蘭、西拉雅、巴則海等族不斷如縷。²⁵ 但戰後法律上**全然漠視**之，平埔族一詞數十年來根本不在台灣一般人歷史記憶中。

因此依前揭 46 年 1 月和 3 月的省政府令，僅僅**一部份**平埔族人以**寄生**的方式取得平地山胞身分。前述清治時化番而日治戶口調查簿種族欄記載為「熟」者，住在屏東縣車城、滿州的阿美族或斯卡羅人（排灣化卑南族），以及住在苗栗縣南庄鄉的一部分賽夏族，都較方便在**國家認定的山胞族系**，亦即「九族」中找到阿美族、排灣族、賽夏族等族系，申請登記為平地山胞（惟不必然已為申請）。但以滿州鄉為例，人口普查時關於族系填寫「排灣」最多、一些填寫「阿美」，一些填寫「平埔」而被放入「族系未詳」，還有一些填寫「福建」或「廣東」。這些填寫「平埔」的人，由於國家行政上的**戶口普查**結果係「族系未詳」，法理上即**不能**以其「未詳」的族系認定為山地同胞（按戶口普查時山地同胞的「祖籍」限於九族）。況且雖法令開放其可登記為「平地山胞」，但平埔族人自清治以來就與高山族存有嫌隙，視高山族為「他者」，故其本身很清楚兩者有別，從而可能**不願**申請登記自己是**屬於高山族的平地山胞**（日治時期的**平地蕃人**）。人口普查時自己填寫或被填寫為「**福建**」或「**廣東**」的人，更傾向於不以種族欄記載為「熟」而申請登記為平地山胞。但孰令致之，不就是昔日基於同化政策在行政上否定平埔族之存在的國家，於今可反過來歸咎於受壓迫者當年意志不夠堅定嗎？在南投縣魚池鄉內邵族，則大多數以非其自我認同之國定「九族」中**曹族**（即鄒族）填寫祖籍欄，進而可能申請登記為平地山胞。²⁶ 從宜蘭

²⁵ 參見周婉筠，《臺灣歷史圖說》，頁 26-27、34；詹素娟，《典藏台灣史（二） 台灣原住民史》，頁 46-47；黃秀政、張勝彥、吳文星，《臺灣史》，頁 24-27。

²⁶ 參見葉高華，〈排除？還是放棄？平埔族與山胞身分認定〉，頁 195。

移居花蓮的噶瑪蘭族，若在祖籍欄填寫國定「九族」之一的**阿美族**，亦較可能申請登記為平地山胞（惟同樣不必然已為申請）。²⁷

然而，前揭大致上被歸類為**平埔族**的邵族、噶瑪蘭族的族人，在威權統治下吞忍數十年後，大聲呼喊「還我族名」，正是抗議當年被迫放棄自己的民族認同！此見證了 1957 年省政府將平埔族等同日治時期平地蕃人，而令其登記為平地山胞之**不當**。國家在民主化後已承認**邵族、噶瑪蘭族**為原住民族的第 10 族、第 11 族；但是還有當年被遺忘、於今仍為法律上民族認定而奮戰的其他平埔族，包括原因案件中的西拉雅族。

與清治時期所稱化番無關、**荷治**後逐漸形成的**其他平埔族**，當年可能**不知或不願**以國定族系申請登記為平地山胞，使得雖屬誤會卻可讓原住民族盡量合一之「美麗的錯誤」成效有限。以居住**台南縣**的**西拉雅族**為例，既無前述由化番編入熟番且擬申請登記而滋生疑義之情事，縱令 46 年關於記載為熟番者得申請登記為平地山胞的一紙公文，曾送達臺南縣政府，一般西拉雅人恐亦不知有此**新措施**。當年出於歷史上嫌隙，也有可能許多平埔族人認為，自己並非如鄰近的**平地蕃人之係高山族**，何必申請登記為山胞。於今有些法定的原住民，不贊成納入平埔族人的原因竟是感受（kimochi）的問題，²⁸ 可見台灣**過去**的族群間恩怨，確實某程度割裂了依**當今**憲法上原住民族概念應合而為一的平埔族與高山族。

在由歷史所形成的高山族與平埔族兩類人尚**欠缺同族意識**下，於民主時代出現**拒絕**認定平埔族人為原住民。**81**年內政部台內民字第 8174921 號函釋認為，80 年所發布「山胞身分認定標準」的「上開條款所稱『山胞〔按：嗣後改稱原住民〕種族』，應係指台灣光復前，戶口調查簿種族欄登記為『生』或『高砂族』而言」，**推翻前揭 46 年**省政府令所稱「戶籍簿種族欄記載為『熟』，……經聲請登記

²⁷ 參見萬淑娟等人 1091225 釋憲陳述意見狀，頁 25。

²⁸ 參見林修澈，〈原住民身分認定的研究〉，頁 229。

後，可准予登記為平地山胞」之見解。內政部此函釋實際上是在**民族認定**上，**否定平埔族**之為原住民族，是否違反法律保留原則不無疑問，待後述說明。迄今原民會關於原住民個人的身分認定，即持該81年內政部函釋，主張平埔族「因居住在平地行政區域且所使用之語言、生活文化已〔與主流社會，筆者依其語意添加〕無區別之處，即非上述規範〔按：「山胞身分認定標準」〕主要適用範圍。」²⁹

宜進一步深究的是，被告機關原民會指出，保障**個人**之自我「認同」權，不意謂國家應「認定」該個人認同的特定**民族**。³⁰惟群體的民族認定與個人的身分認定，密不可分。民族認定是個人身分認定的**上位概念**，原住民個人所屬民族若未為國家所承認，憲法法庭憲判字第4號肯認之個別原住民應受憲法第22條規定高度保障的身分認同權，即無從行使，形同個人的自我認同被**否定**。數十年前具有平埔族「認同」之個人，因被歸入「族系未詳」的平埔族非法律所「認定」的種族之一，以致無從據以取得原住民身分；**2萬7千多名**人口普查時明確表達平埔族自我認同者，成為國家侵害憲法第22條所保障之人格權底下的**犧牲者**。於今若再以拒絕認定整個民族的方式，否決西拉雅族人由恢復「認同」所生之「認定」請求，無異是在這個歷史創傷上灑鹽。噶瑪蘭族固然有些人藉當年將平埔族等同平地山胞之「美麗的錯誤」，再通過「還我族名」，堂堂正正的以噶瑪蘭人的自我認同取得原住民身分，但同族之人**住在宜蘭縣**者，卻似在台南縣的西拉雅族人般，因數十年前未為身分登記而非為原住民；縱使住在花蓮縣，但數十年前**不願**申請身分登記的噶瑪蘭人，也非原住民，凡此都不符合憲法平等保障個人權利之旨。

現行原住民身分法就民族認定授權行政機關決定，但該等決定仍應受原住民族基本法的規範。原住民身分法第11條第1項規範「原住民身分取得、喪失、變更或回復之申請」，其第2項明定：

²⁹ 參見原住民族委員會意見書（110年7月8日），頁12。

³⁰ 參見原住民族委員會意見書（110年7月8日），頁2。

「前項原住民之族別認定辦法，由行政院定之」。行政院依此法律授權發布的「原住民族別認定辦法」，於93年4月7日修正後的第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。」雖我國目前尚無專就原住民族之民族認定而為規範的法律，但具法律位階之94年2月5日公布施行的**原住民族基本法**，在第2條第1款已對該法所稱「原住民族」有所定義；由於該法對原住民族事項具有基本法性質，故可規範前揭行政院關於原住民族的民族認定。這項立法上定義認為原住民族「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、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」。其後行政院再核定如下各族為原住民族：撒奇萊雅族、賽德克族、拉阿魯哇族、卡那卡那富族等，故當今法定的原住民族共計16族。僅僅抽象的申論法規範違憲與否，對社會正義的維護、歷史正義的宣示，猶有不足；司法上對憲法之適用為具體的判斷，方能走完實現正義的最後一哩路。

該是將當年人口普查時國家「偷走」的法律上**民族**資格，還給平埔族的時候了。原因案件中涉訟的西拉雅族，長年表達欲成為原住民族之意，顯已主觀上「自認為原住民族」，尚有爭議者似乎是客觀上其是否係「既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族」。按平埔族乃原本居住於台灣的南島語系民族，於遭逢多個外來政權、數個移入民族之後產生的群體，在錯綜複雜的歷史遞嬗中，從清治前期尚有新港文（新港社人語言的文字化）與漢文並列的雙語式契字，到清治末已成為台灣社會中經濟及文化上弱勢民族。日治時期因其已弱勢故國家雖予以承認但不為特別處置，冀能全力同化另一群同為原住南島語系民族的高山族。戰後來台的中華民國政府對於這般弱

勢的群體，連承認都取消了，其遂成**法律上沒有名分**的民族。以悲憫之心，回顧平埔族的來時路，能不為之潸然落淚嗎？能不為其爭取一絲絲的歷史正義嗎？平埔族中各族的歷史發展軌跡容有差異，如當中於清治時期被視為「化番」者，戰後竟陰錯陽差的以寄生方式取得原住民身分。至於西拉雅族，乃**最早**與荷蘭政權及漢人往來的南島語系民族，當屬原住民族基本法第2條第1款所稱之「既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族」。誠然自荷治以降數百年，西拉雅族固有文化飽受摧殘，惟晚近在「臺南市西拉雅族振興發展辦法」支持下已漸次恢復生機。³¹ 從而應依原住民族基本法之規定，由中央原住民族主管機關報請行政院核定其為原住民族，成為既有16族以外的第17個**法定原住民族**。

綜上所述，為落實憲法第22條保障個人身分認同權之旨，法律不應全然拒絕西拉雅族人之取得原住民身分。現行原住民身分法在立法時，沿襲戰後長期延續的日治時期將**高山族**分為蕃地蕃人與平地蕃人，而設有山地原住民、平地原住民之類別；但包括西拉雅族、噶瑪蘭族等在內的**平埔族**，並非高山族，雖部分族人以他族之名申請登記為平地原住民，但許多人當年因而未辦該項登記。將高山族分為山地、平地兩類，並無事物本質上之需要，僅係殖民統治時代理蕃行政的遺緒，戰後長期的因循舊制，於今不但欠缺區分實益，且有礙原住民族一體感，故**立法上不應當再沿用此分類**。若維持山原、平原之分，但添加平埔，則國家法上原住民族將從二分變三分，似畫蛇添足。應在一個原住民族概念下直接**分為各族**，各族內可再分部落，就讓因**歷史際遇**而生的平埔族、高山族之別，如同本省人、外省人等群體概念**僅留在台灣歷史**即可，不必進入國家的法律。西拉雅族人因而可用自我認同的族名，成為原住民；沒「錯誤」的話，更「美麗」！

³¹ 參見本案臺南市政府法律意見書，頁2-4、8-9。

惟倘若原住民身分法仍維持第 2 條「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民」，即應要求行政院**認定**西拉雅族為原住民身分法第 11 條第 2 項所稱「原住民之族別」之一。從而同法第 2 條第 2 款關於平地原住民之「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」，所稱「**原住民**」（非往昔稱高山族、山胞各族）包括登載為「熟」或「平」的平埔族人，而涵蓋**西拉雅族人**，以確立**新的**、包含部分高山族及平埔族的「**平地原住民**」概念。同時須宣告同法第 2 條第 2 款對平地原住民增添關於山地原住民所無之「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」規定，悖於個人應受平等保障而**違憲**。如此方能救濟前述各種原住民身分認定上的不公不義，讓既有 16 個原住民族及新增如西拉雅族的族人，雖過去不曾申請登記為原住民，於今可隨時依原住民身分法第 11 條規定的申請程序，在符合原住民身分法第 2 條所定實質要件下，**取得**原住民身分。

四、原住民身分之取得與原住民所得享有之優惠措施為兩回事

本案被告機關原民會擔憂一旦平埔族人取得原住民身分，將動搖整個原住民優惠待遇法制之基礎。³² 立法者本應闡釋優惠待遇的基礎是什麼，再以原住民族中哪些**民族**具備這些基礎，故應給予優惠性法律措施，方符合其做民族的**集體**權利，而非個人的權利的性格。原民會指出於今屬於平埔族後裔者多達 98 萬餘人，³³ 但國家可用專法設定某些審查基準，考核特定的族群是否仍**維持原住民族固有文化**，甚至立法上可明文排除原民會在本案一直指摘西拉雅族的所謂「僅憑主觀認同」者，倘若西拉雅族確實如原民會所稱之已與漢族無異，自無法被認定為原住民族，不至於威脅現有的約 57 萬原住民。按出於不同的歷史際遇，平埔族與高山族在固有文化保存程

³² 參見原住民族委員會意見書（110 年 7 月 8 日），頁 20。

³³ 原住民族委員會補充意見書，該會 110 年 11 月 23 日原民綜字第 1100067226 號函，頁 1。

度上或許有別，台灣史上某些平埔族亦可能業已消逝。原民會目前承認的 16 族原住民族當中的噶瑪蘭族，即是平埔族之一，故實在不應一概認為平埔族均失去原住民族文化，以致業經**台南市政府認定已文化復興**的西拉雅族，在原住民族中無立足之地，其族人之受憲法保障的**自我認同權**無端受侵害。

原住民族歷史上西拉雅族**最早**遭外族侵凌，但於今族人致力於振興固有文化、爭取歷史正義，經認定為原住民族的各族對此當能感同身受，而與其**攜手共創原住民族文化的自主與繁盛**。數百年來在規模上一直遭國家壓縮的原住民族，若能因仍具有原住民族文化之平埔族的「歸來」而擴張，正**符合憲法增修條文第 10 條第 11 項**「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」之規定，故不宜將平埔族人視為欲瓜分既有優惠權益的「外人」，³⁴ 再陷入清治時期生番與熟番彼此**敵對**的歷史悲劇。

由於近來相關的討論與爭議不斷，原住民族現有的法律上優惠待遇或行政給付措施，本應根據其優惠理由或給付目的，進行與時俱進、合理的調整與分配，以平埔族之加入及壯大規模為契機開創新局，亦正是時候，可謂國家之福。若僅出於護衛既有權益，而拒絕法律上認定西拉雅族為原住民族、給予其族人原住民身分，將損人卻也不利己，蓋徒斷斷整個原住民族追求歷史正義的浩然之氣。

五、結論

由於**歷史際遇**的不同，平埔族人在身分認同上原有別於山地原住民或平地原住民；在中華民國法施行於台灣後，平埔族人曾被納入平地原住民之列，但因原民法第 2 條第 2 款對平地原住民之身分認定，存有不當的歧視，多數平埔族人連帶受累而不能取得原住民身分。於今基於歷史正義，應直接承認**平埔族**為台灣的原住民族，

³⁴ 原住民族委員會補充意見書中，即視平埔族人為欲瓜分原住民族既有的優惠權益。參見同上註，頁 3-4。

讓**個別族人**可自主的以己族之名取得原住民身分，各族的法律上優惠措施則可再商議。

將高山族再分為山地、平地兩類，係殖民統治時代理蕃行政遺緒，於今已欠缺區分之必要及實益，故**立法上不應當再沿用此分類**，原住民族可直接分為各族。山原、平原、平埔等分類來自歷史，亦還諸歷史。惟倘若原住民身分法第 2 條仍維持既有分類，應要求行政院認定西拉雅族為原住民身分法第 11 條第 2 項所稱「**原住民之族別**」之一。從而同法第 2 條第 2 款關於平地原住民之定義中所稱「原住民」，即包括戶口調查簿上記載為「熟」或「平」的平埔族人，而涵蓋西拉雅族人。並宣告**同法第 2 條第 2 款，對平地原住民增添關於山地原住民所無的經登記有案之要件，悖於個人應受平等保障而違憲**。讓既有 16 個原住民族及新增的如西拉雅族的族人，雖過去不曾申請登記為原住民，於今可隨時依原住民身分法第 11 條規定的申請程序，在符合原住民身分法第 2 條所定實質要件下取得原住民身分，以伸張台灣「第一民族」的歷史正義。