

臺灣原住民族身分認定之地方自治權限*

—— 從平埔族群爭取身分認定之案例談起

吳秦雯**

摘 要

本文從臺南平埔族群爭取原住民族身分認定之過程為始，探究地方政府、中央主管機關與法院如何透過法規範肯定或否定尚未獲得原住民身分認定之族群，由各自之法律訴求與法院判決意見可知，戶籍對於原住民身分認定具有關鍵性地位，而平埔族群強調應與其他原住民族受民族平等之保護，國家應給予積極扶助。然而，對於原住民身分認定與接受積極扶助二事是否皆為中央政府專屬之權限，本文認為目前以中央政府設定戶籍標準，作為國家與人民公法權力關係身分認定之標準實有疑義，各地方政府應有依據原住民族血源、自願、文化與傳統習俗設定身分認定標準之自治權，且得自行發展地方原住民族扶助政策。

關鍵詞：原住民族、身分認定、積極扶助、地方自治權。

* 感謝科技部計畫「自主、自決與自治：去殖民化脈絡下我國原住民族自治主體之再建構——部落『公法人』作為自治主體之具體設計：以中央地方關係之比較制度研究為中心（107-2420-H-004-013-MY2）支持。
〔責任校對：陳怡瑾、鄭雅文〕。

** 國立政治大學法學院副教授。
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/91415002.pdf>。



目次

壹、前言	參、原住民身分認定之中央地方 權限認定
貳、法院判決摘要說明	一、原住民身分認定之依據： 「戶籍」之法律定位
一、選舉訴訟	二、地方自治與原住民身分認定
二、確認原住民身分訴訟	肆、結論
三、課予義務訴訟：以最高行 政法院判決為中心	
四、小結	

壹、前言

2016年8月1日對臺灣原住民族而言，可謂一個具有歷史意義的日子，因為是臺灣統治者首次以政府名義，對於原住民過去歷經不同政權、各種不公平對待，表示道歉，儘管道歉之形式與內容等引發各界持續討論，但總統道歉文中提到「歷來統治者消除平埔族群個人及民族身分」，因此將努力「讓沒有被承認的平埔族群，在身分上，在權利上，都不再受到忽略和歧視」，不但可謂對於平埔族群歷年來尋求原住民族身分認定運動的正面肯定¹，也顯現平埔族群與個人身分與權利認定議題對我國社會具有相當重要性。

不過，若進一步探究近年來關於平埔族群的相關研究可發現，相關議題已經有多位學者專家從各方面進行分析與論述²，也有數

1 相較於一般性的原住民爭取權益運動，平埔族群的原住民族身分認定議題直到於1993年參與第三次原住民舉行以主題定為「反侵佔、爭生存、還我土地」之還我土地運動，方開始一連串的積極爭取活動。參閱尤哈尼·依斯卡卡夫特，從原住民的觀點來看平埔族群，<http://taup.yam.org.tw/PEOPLE/961116-8.htm>（最後瀏覽日：2015年12月1日）。

2 施正鋒，西拉雅族的身份與政府的承認政策，台灣原住民族研究季刊，3卷1

本碩士論文進行研究³，中央主管機關原住民族委員會（以下簡稱：原民會）不但委託專家撰寫鑑定書，更有對於平埔族群原住民身分取得之法制策略委託研究案⁴；但目前相關研究文獻，多以法制史、社會人類學、法釋義等角度切入此議題，加上平埔族群爭取原住民族身分之各種運動主軸大多放在如何以政治手段，透過全國一致的標準與方式認定平埔族群之原住民身分。亦即，法律層面的討論尚不多見。

然而，在泛平埔族群概念下之西拉雅族，為了爭取自己身分相關權益，除了政治途徑的努力外，也已經有相關行政訴訟與釋憲之法律策略步驟：於最高行政法院之判決中，曾有案件涉及改制前之臺南縣試圖透過頒定地方法規，以戶籍登記之方式，自行認定平地原住民身分之爭議⁵，也因而引發後續地方政府提出中央主管機關侵害地方自治權之釋憲主張⁶。此等論述引發筆者之好奇，畢竟原住民族之身分認定，主要涉及國家整體對於族群之「承認」與否，地方自治團體似無「置喙」餘地。然而，地方自治之基礎來自居住於地方之居民，地方文化特色也與地方居民所傳承之文化底蘊息息相關，且地方自治團體之施政也與地方居民是否具有特殊身分有

期，頁1-28（2010年）；段洪坤、陳叔倬，平埔原住民族血源認定與文化認定的發展評析，台灣原住民族研究季刊，1卷1期，頁169-188（2008年）；陳叔倬、段洪坤，西拉雅族成為縣定原住民族的過程及其影響，政大民族學報，25期，頁145-165（2006年）；謝若蘭，集體權與認同運動——當代平埔族群運動之初探，台灣國際法季刊，8卷1期，頁73-101（2011年）。

3 段洪坤，當代平埔原住民運動研究（1993—2012）：以台南西拉雅族為例，國立暨南國際大學人類學研究所碩士論文（2013年）；饒芷禎，政策之窗的啟合與西拉雅族正名之研究，國立中正大學政治學研究所碩士論文（2012年）；陳玉釧，我國原住民身分認定之研究——以台南縣西拉雅族萬淑娟案為例，國立中正大學法律學研究所碩士論文（2010年）。

4 然而此些資料並未如同其他機關之委託研究計畫或是鑑定書，得在網路上公開搜尋取得。

5 最高行政法院101年度判字第732號判決。

6 由臺南縣政府提出之訴訟中，臺南縣政府有從此論點進行主張，參高雄高等行政法院99年訴字第129號判決中之原告主張。

關，因此，地方居民「身分」認定權若全盤否定地方自治團體之參與，是否合乎我國地方自治制度性保障之憲法誠命，實非無討論空間。尤其，現行所有原住民族身分認定都以戶籍登記為依據，何以戶籍登記制度對於人民身分認定產生跨世代影響，戶籍登記與人民身分認定之關連為何？戶籍登記究竟是專屬於國家的權力，或有可能歸類為地方自治團體之自治權，或有與國家分享、參與的可能性？進一步而言，國家透過戶籍管理的方式對於人民之身分別進行管制、認定甚至承認，尤其是原住民族裔身分之擁有與否，是否合乎憲法尊重多元文化之誠命？或是否有可能認為原住民族之身分取得或認定，事實上涉及文化認同而有可能屬於地方文化權限之範疇？到底在原住民身分認定之領域，地方自治團體是否擁有認定原住民身分之自治權限？目前我國將原住民身分認定議題歸為全國一致性事項之法理，雖合於當代原住民族主張自決以國家為對抗主體之主軸，但是否表示地方自治團體即無肯認原住民族身分，甚至進而承認原住民族自治權之可能性？

上述之理論疑問迄今在司法救濟途徑歷經波折後，於2018年因最高行政法院107年度判字第240號判決而略見曙光，平埔族群爭取權益之手段也得以從著重於政治訴求之途，一併訴諸法律途徑。而目前為止平埔族群爭取身分認定運動中，可能引發疑慮者，在於平埔族群若獲得族群身分之肯認後，是否應一體適用目前原住民所得主張之各種積極優惠措施⁷。關於原住民族目前所適用之積極優惠措施，不僅與政策方向有關，更涉及憲法上平等權之論述，也與中央與地方對於憲法增修條文第10條第11項與第12項多元文化主義之角色分工有關，尤其我國多種福利措施往往為「中央下令地方買單」之模式。因此，對於原住民族身分認定之問題，尤其是整體平

7 相關運動領導者特別表示：「要避免長期被『汙民化』搶資源的泥沼中，……取得身份後，並不會立即要求享有現有原住民特殊的福利。」援引自段洪坤（註3），頁111。

埔族群身分認定疑義，涉及以往國家行政行為以戶籍作為認定標準之正當性，在我國原住民族身分認定上具有相當特殊性，本文試圖從憲法對於中央地方分權規範之角度，探尋原住民族身分認定此一交錯於地方自治權力劃分、人民族群、文化身分認同與公權力機關對人民身分管制之複雜問題。由於本文聚焦於法制層面之論述，而研究開端為先前西拉雅族相關已經展開的法律救濟策略，尤其當中涉及法院態度的「轉變」可能對於後續族群身分認定產生影響，因此以下將先就相關之法律救濟歷程進行論述與分析，接著探究現行原住民身分認定之方式妥適性，再論原住民族身分認定之法律性質，以及地方參與權限分配之可能性。

貳、法院判決摘要說明

相關法院判決之源可謂因2004年臺南縣政府文化局舉辦「二〇〇四西拉雅平埔會親」系列活動，該活動由西拉雅族裔由下而上主導整個活動的籌備與執行，展現一定的政治影響力，使得當時臺南縣政府開始思考給予境內西拉雅族明確的民族地位⁸。尤其2005年適逢地方縣市長改選，在相關人士積極組織下，2005年11月7日臺南縣政府提案「西拉雅國家風景區」設立案，經當時的行政院經濟建設委員會同意設立；臺南縣政府於2005年11月23日在吉貝耍部落大公界前召開「平埔西拉雅原住民事務諮詢委員會」催生記者會；2006年9月20日舉行西拉雅委員會正式揭牌儀式，委員會名稱確定為「臺南縣西拉雅原住民事務委員會」，並於縣府設立專案辦公室⁹。至此，臺南縣政府形式上似乎確立西拉雅族為該縣所認定之原住民，但是否即該當「縣定原住民」，由於在法律認定上還有討

8 陳叔倬、段洪坤（註2），頁148。

9 段洪坤（註3），頁41-42。

論空間，以下理論討論時再進行論述¹⁰。

在臺南縣政府全面支持西拉雅族裔受原住民身分認定之政治氣氛下，2008年11月5日至2009年4月15日之間受理設籍於臺南縣之民眾，補登記為平地原住民之意願申請；原住民族委員會（以下簡稱：原民會）於2007年4月14日之原民企字第0980018037號函要求縣政府不得逕予登記，並強調原住民身分之認定，係屬全國一致之性質，應屬中央主管事項¹¹；內政部則於2009年4月20日以台內戶字第0980072794號函宣示「刪除民族別選項之『其他』乙項」，並修改戶政資訊系統¹²；但臺南縣政府仍於2009年5月19日以府民戶字第0980117834號函下達「辦理日據時期種族『熟』之縣民申請登

10 畢竟，由地方自治團體之行政部門於行政組織之架構體系內成立相關行政組織，並不等於西拉雅族確實在法律上獲得如同其他原住民相同的身分與權益保障，縱然在縣自治法規架構下，似乎當時也未見任何具體法規範，應該只是在臺南縣政府內部成立一個任務編組形式之委員會，這樣的一個任務編組，並未賦予西拉雅族任何受法律承認的權利。政治意義遠大於實質的法律意義。

11 該函內容為：「（一）貴府指示貴縣各鄉（鎮、市）戶政事務所，自98年1月5日起至98年4月15日止，受理日據時期種族註記「熟」、「平」者之縣民申請補登記為「平地原住民」之意願書。依原住民身分法第2條規定，不得認定為「平地原住民」，亦不得逕為註記其「平地原住民」身份及民族別。（二）原住民身分法第二條：「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，……平地原住民：台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」所謂登記有案，依本會92年5月30日原企字第0920018134號函，係指在民國45年、46年、48年、52年辦理登記期間，向戶籍所在地鄉鎮、市、區」公所登記為平地原住民有案者，取得平地原住民身分者。是以，民國90年1月日原住民身分法施行……，有關原住民身分之認定，係屬全國一致之性質，應屬中央主管事項，不得因縣而異；另原住民身分法係由本會主管，該法之有權解釋機關亦為本會，地方機關尚不得自行解釋再者，依據行政程序法第4條：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。」是以，有關原住民身分之認定，請 貴府遵守「依法行政」之原則辦理。」正文與註腳之粗體皆為本文所強調。

12 不過於監察院之調查報告當中，監察院認定內政部自2007年6月29日戶政資訊系統新增原住民民族別選項之作業，已建立機動快速更新程序，但該部卻未同時將民族別之「其他」選項一併刪除，迨「最近平埔族群民眾一再要求認定為原住民，乃提醒注意此點」，內政部爰於2009年4月20日台內戶字第0980072794號函示刪除。參監察院98內調0109號調查報告，頁6。

記平地原住民之作業要點」(以下簡稱：臺南縣辦理縣民申請登記平地原住民作業要點)，以地方自治團體之地方自治權限，要求縣內各戶政事務所將已繳交補登記為平地原住民意願之平埔族群人，於戶政資訊系統當中之原住民身分及民族別選項「其他」欄位，登錄為平地原住民。針對臺南縣政府此等行政措施，接著原民會又於同年7月24日以原民企字第0980035198號函文宣示：「98年5月19日臺南縣政府以府民戶字第0980117834號函頒『辦理日據時期種族「熟」之縣民申請登記平地原住民之作業要點、原住民身分及民族別登記申請書及戶政事務所書面函復範例稿』乙案，牴觸原住民身分法第2條第2款及第8條第1項之相關解釋，當然無效……。」¹³

當時臺南縣政府已經決定展開法制面之攻防，因此對於中央部會之戶政資料變更、對於原住民身分之認定說明與逕予宣告臺南縣政府所頒佈之要點無效，很快就由當時擔任縣政府西拉雅原住民事務委員會執行秘書之萬淑娟先依據臺南縣政府函頒之臺南縣辦理縣民申請登記平地原住民作業要點，向新化鎮公所戶政事務所申請登記為平地原住民，並於2009年5月27日得到臺南縣政府之紙本准予登記；接著12月萬淑娟即以欲參選平地原住民市議員選舉為由，要求臺南縣選舉委員會確認其該當候選資格，因而引發以下二則高雄高等行政法院之訴訟，該訴訟敗訴後，並沒有續行最高行政法院之

13 該函並說明：「一、98年5月19日臺南縣政府以府民戶字第0980117834號函頒上開作業要點（如附件1），要求其轄內戶政事務所受理日據時期種族『熟』且今無原住民身分之縣民申請登記平地原住民，經查該要點與本會於98年5月5日以原民企字第0980021162號發布『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（如附件2）牴觸，依據憲法第125條規定、中央法規標準法第11條規定及地方制度法第30條規定，本會依職權宣告上開臺南縣政府相關規定，無效。二、如貴機關辦理原住民相關業務，例如考選部舉辦公務人員特種考試原住民族考試、教育部辦理原住民學生升學考試之加分優待、學雜費減免、中央選舉委員會辦理原住民選舉事務等，有涉及原住民身分之認定，應以戶籍謄本之記載為準。至於臺南縣轄內戶政機關以紙本登記（非戶役政系統登記）並註記為有平地原住民身分或其他族別之文件，均不得作為具有原住民身分之證明文件，即持有上開文件者，依法尚未取得原住民身分。」

訴訟¹⁴，而是以136名西拉雅人之名義共同向原民會請求立即恢復原住民身分，待原民會拒絕後，以原民會不作為續行行政訴訟，即為以下先討論之確認訴訟判決；由於最高行政法院於終局確定判決之闡明，又續行後續之課予義務訴訟，並在後續之行政訴訟獲得反轉。由於這段曲折的法律救濟歷程可能對於日後原民會採取之身分認定法律措施有所影響，以下依據時間先後，摘錄判決重點與爭點以作為分析之文本。

一、選舉訴訟

本案之原因事實相同都是因為萬淑娟申請取得臺南縣新化戶政事務函覆准其登記為平地原住民之書函，惟因原住民民族別認定辦法第2條未將西拉雅族明列其中，復因內政部修正戶政資訊系統原住民身分及民族別登記原住民族別代碼，刪除民族別選項之「其他」乙項，致原告即萬淑娟無法於戶役政資訊系統以其他族別登記為原住民。有兩則高雄高等行政法院判決：高雄高等行政法院99年度訴字第129號判決與第130號判決，前則訴訟為臺南縣政府對臺南市選舉委員會，以後者對於萬淑娟是否具有99年改制後臺南市平地原住民市議員候選人資格，法律上地位陷於不明確，並有侵害原告戶政行政自治權及改制後臺南市是否確受最多原住民民意監督之地方自治權之虞，以利害關係人身分提起確認訴訟；後者則為萬淑娟以個人身分，因對自己是否得以平地原住民身分參選市議員有疑義，對於98年12月2日具函請求合併前之臺南縣選舉委員會確認之函覆仍無法排除疑義而提出確認訴訟。

（一）兩判決之原告主張

兩判決之原告一為臺南縣政府，一為個人，儘管基本上之法律

¹⁴ 依據說明，似乎與當時臺南縣政府「行政訴訟暨聲請大法官釋憲研議小組」所採取之策略有關。參見段洪坤（註3），頁129。

訴求並無重大歧異，但因本文主要處理者為地方自治團體之權限，故以臺南縣政府為原告，並與本文討論議題有關係之判決內容進行摘要整理。

1. 該當確認利益

首先，臺南縣政府說明，萬淑娟要確認其有無參選改制後臺南市平地原住民市議員候選人資格，「候選人之資格係個人參政權之體現，具有一身專屬性，且因該資格須受辦理選務機關認定始可成立，故屬行政上之法律關係。……，基於地方自治，地方又分為地方行政機關與地方民意機關，因地方行政機關係受地方民意機關監督，故關於市議員候選人資格的審定對於地方行政機關係有確認利益存在。」

其次，臺南縣政府主張，地方政府有權審查原住民身分認定之資料，不需向原民會詢問是否具備原住民身分，即可由地方之戶政事務所登記為原住民。從而原告及所屬戶政機關依法令及相關資料認定萬淑娟具有原住民身分並作紙本的登記，由於目前戶籍法規並不限於電子登記，紙本登記依然為有效的行政行為，且此為原告的地方自治事項，原民會逕以行政命令來否決，侵害地方政府的地方自治權，地方自治權係臺南縣受憲法保障之權利，而臺南縣之地方自治權限已因臺南市選舉委員會不明確認定萬淑娟候選資格之98年12月15日南縣選一字第0981501234號函文受有損害。

第三，西拉雅原住民之人數可能影響臺南市平地原住民市議員之名額，因而對地方自治權產生影響。尤其應考量憲法第5條民族平等之精神，對於弱勢之原住民族予以政治扶助。

2. 原民會否認函增加法律所無之限制

臺南縣政府主張原住民身分之認定，應以原住民身分是否存在為依據，戶籍謄本記載之有無，僅為形式上便宜認定之用，且以臺

灣省政府民政廳46年3月11日（46）民甲字第01957號代電2第4點之說明「日據時代居住於平地，其種族為『熟』者，應認為平地山胞。」為依據，認為原民會98年7月24日原民企字第0980035198號函文要求「應以戶籍謄本之記載為準」，係增加法律所無之限制，應屬無效。

其進一步說明從日本政府統治時期以來之相關戶籍登記情況：日本殖民統治臺灣時，臺灣總督府曾在明治38年（西元1905年）以府令39號，規定從當年10月1日起舉行全島戶口調查，並在同年12月以府令第93號訂定戶口規則。當時建立了「戶口調查簿」，對人民所屬的「種族」均有登記，一直到昭和8年（西元1933年）才將戶口調查簿中的種族欄廢除。臺灣省政府在民國43年（以下省略民國）以府民四字第11197號令訂定「臺灣省山地同胞認定範圍」，其中規定：「凡原籍在山地行政區域內，而且本人或父系直系尊親屬（父為入贅之平地者，從其母），而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，為山地同胞。」接著，於44年間訂定「臺灣省政府輔導平地山胞生活計畫」，並於45年間訂定「臺灣省平地山胞認定標準」，其中規定：「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。」因此，依據臺灣省政府之認定，不論是山地同胞或平地山胞，仍然以日據時代所稱的「高砂族、生蕃」為範圍。

但民國46年，臺灣省政府以府民一字第128663號令補充規定：「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，應否認為平地山胞乙節，應依照平地山胞認定標準第1項第1款之規定，經聲請登記後，可准予登記為平地山胞。」惟臺南縣政府主張臺灣省政府未函文原告，有未合法送達之行政程序瑕疵，致無法於公告期間內函轉所屬鄉鎮市公所行文公告週知。但依據該函文，臺灣省政府當時已經明確表示「熟」應為「平地山胞」之依據。則此一人民身分認定之權利不應

未予聲請登記即被認定為喪失。

且對於原住民身分法第2條第2款規定之文義解釋，並未限制平地原住民向戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所申請登記之期間；原民會98年5月5日令認為「登記為平地原住民有案者」，係指於政府准予登記期間（即臺灣省政府時代於45年、46年、48年及52年4次發文通知登記之期間），向戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所申請登記為平地原住民有案者，此增加法律所無之限制，而逾越原住民身分法之規定。

3. 請求法院裁定停止訴訟，聲請釋憲

臺南縣政府基於以下理由主張本案應由法院提出釋憲聲請：

（1）現行原住民族之認定方式不符合國際潮流、牴觸憲法

根據聯合國原住民族權利宣言第8條第1項與聯合國教科文組織（UNESCO）在1978年通過的「種族暨種族偏見宣言」宣示，原住民有權要求保有並發展其獨特的集體認同，同時有權自認為原住民，現行之原住民身分法第2條設定之要件不合理地區分為「山地原住民」與「平地原住民」，該當為可疑分類，又在「平地原住民」的身分認定上，增加「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」之條款，與行政院原住民族委員會98年7月24日原民企字第0980035197號函均有牴觸憲法之疑義。

（2）憲法第5條民族平等之意旨係對於國內弱勢民族給予協助並維護其存續，此一民族定義及於西拉雅族

憲法增修條文第10條第12項規定係將「原住民族」定義為「民族」，而非「種族」或「族群」，因而基於一個「民族」地位所能享有的權利，「原住民族」都應享有。從《聯合國原住民族權利宣言》定義下之原住民，泛指經過殖民時代與後殖民時代的歷史發

展，土地尚未遭到侵略前原有住民的現存後裔，即現時該土地係由其他民族統治中，而前原有住民之現存後裔，正受其他民族統治。我國境內目前的原住民，應指「漢人移居臺灣前最早抵達臺灣定居的族群、原住民」。西拉雅族與現今官方認定原住民族同屬於南島語族，在漢族移入臺灣之前即共同居住於臺灣島上，因此西拉雅族屬原住民族，得享有原住民權。現行有關原住民身分承認、原住民姓名回復、原住民族族群認定的法律規定，僅能解為一種「承認」或「發現」的機制，而非「許可」或「形成」的法律制度。按平地原住民與山地原住民劃分，若對照臺灣歷史演進過程實乃自清帝國領台以降，各殖民政權對於收服與未收服之原住民族區域所作的劃分，此區隔標籤應予以揚棄，改以尊重原住民族的「主體性」，並以各族為保障對象。西拉雅族因此應受認可為原住民族，且不只是原民會所稱之「文化上的正名」，而是依憲法第5條的民族平等原則，可與其他原住民族相同接受國家扶助。

（二）兩判決被告（臺南市選舉委員會）之主張

兩判決之被告均為臺南市選舉委員會，但完全未就原告所提出之原住民權利主張進行實質答辯，首先主張候選人資格認定自己非為適格當事人，乃中央選舉委員會權責；其次則認為原住民身分之認定標準，應屬中央主管事項，因此依法應適用原民會98年7月24日原民企字第0980035198號函認定原住民身分，否定萬淑娟之原住民身分。

（三）判決

法院判決依循著先程序後實體之訴訟審查原則，先判斷原告是否該當確認訴訟之訴訟要件。因此，從公職人員選舉罷免法第7條第1項、第34條第1項，以及公職人員選舉罷免法施行細則相關規定，認定被告未取得直轄市市議員候選人資格之審定權限，權責機關為主管選舉委員會即中央選舉委員會，而被告既無審定訴外人萬

淑娟是否具備直轄市平地原住民市議員候選人資格之權限，原告對之提起本件確認訴訟，因判決效力不及於中央選舉委員會，中央選舉委員會不受拘束，則原告提起本件確認訴訟之目的無法因本案而達成，與行政訴訟法第6條即受確認判決之法律上利益要件不符。故而對於原告洋洋灑灑的各種權利主張未予回應，對於原告裁定停止訴訟聲請大法官解釋之請求，也相同地以訴訟實體判決要件不該當予以駁斥。

二、確認原住民身分訴訟

本訴訟歷經臺北高等行政法院（99年度訴字第2306號判決）與最高行政法院（101年度判字第732號判決），都是由原住民向原民會主張自己應具備被承認為原住民之權利，由於臺南市政府承繼合併前之臺南縣辦理縣民申請登記平地原住民作業要點，而內政部係戶籍登記之主管機關，因此臺南市政府與內政部分別為訴訟當事人之輔助參加人。不過臺南市政府於本訴訟當中，並未如前訴訟提出關於地自治權限受侵害之主張，反而與中央站在同一陣線，主張以紙本登記並不算完成登記，故認定請求之原住民尚未取得原住民身分；唯一對提出訴訟原住民有利之論述僅有並未於檔案記錄中查得相關中央要求原住民限時登記之公文記錄。而內政部首先卻主張以人工紙本辦理戶籍登記之效力與現行以電腦系統辦理戶籍登記之效力並無不同；其次，戶政事務所並無認定族別之權限，依原住民身分法第11條及族別認定辦法第2條規定，辦理「原住民身分及民族別登記」須符合原住民身分法、原住民民族別認定辦法及完成登記作業流程，戶政事務所辦理民眾申請受理原住民身分登記及族別登記，係以申請人已具有原住民身分及已經行政院核定之民族別為前提。

本訴訟係承繼前一選舉訴訟敗訴之結果而續行之權益爭取訴訟，因此以下判決整理僅將與本文討論主軸相關以及與前訴訟述不同處予以節錄。

（一）兩判決原住民之主張

1. 依省府46年代電，日據時期種族登記為「熟」者，為「平地山胞」，故設籍於原臺南縣之原告或原告之直系血親尊親屬為「熟」，根據省府46年代電，應認具有平地原住民身分。且依原住民身分法規定，本人或直系血親尊親屬於光復前為設籍平地之原住民者，為平地原住民，其子女亦取得原住民身分。
2. 原告本人或直系血親尊親屬，縱於政府准予登記期間未辦理平地原住民身分「登記」，亦無礙於原告具有平地原住民身分之事實。故原住民身分之有無，不以完成登記為要件，更無應於特定期間內辦理登記之限制。
3. 邵族、噶瑪蘭族、賽夏族均為原註記為「熟」而現行法肯認其平地原住民身分，及熟番獲認定為原住民族之例。「生」、「熟」之別，絕非判斷有無原住民身分之指標。現行原住民身分法將原住民分為「山地原住民」及「平地原住民」，但無將熟排除於原住民範疇外之任何明文規定。內政部81年間否認「熟」為原住民的函釋，係對人民基本權利義務事項，增加原住民身分法所無之限制，且該函釋無拘束法院之效力。
4. 主張其等具有平地原住民身分，此一身分不為原民會承認，與上開憲法規定及原住民身分法規定有違，復侵害原住民自我認同，有違公民與政治權利國際公約第1條之規定及聯合國原住民族權利宣言。

（二）兩判決中原民會之主張

1. 原住民身分法第2條第2款「登記為平地原住民有案者」，係指「臺灣省政府於45、46、48、52年四次核准登記期間，向

戶籍所在地公所申請登記為平地原住民有案者」。日據時代居住平地行政區域內，而原戶口調查簿記載為「生」、「高砂族」或「熟」、「平」者，均須依省府45年10月3日令訂定之「平地山胞認定標準」，於45年、46年、48年及52年辦理平地原住民登記期間，向戶籍所在地之鄉（鎮、市、區）公所申請登記為平地原住民，方屬本法第2條第2款所稱之「平地原住民」，倘未於上開四個年度申請登記為平地原住民，即不符合本法「平地原住民」之定義。因此臺灣光復前戶籍簿種族欄記載為「熟」、「平」者（下稱「平埔族群」），並非原住民身分法第2條所稱之「戶口登記簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於『原住民』者」，是以，具有平埔族群血統，惟未於45年、46年、48年及52年准予申請登記期間辦理登記為平地原住民者，即無從取得原住民身分。現今之平埔族群人已無從依省府46年代電規定認定為「平地原住民」。

2. 原住民身分之登記係採取「登記生效制」，須是符合原住民身分法第2條關於「原住民」之定義者，始具備申請註記為原住民之資格，經依原住民身分法第11條第1項規定向戶籍所在地之戶政事務所申請註記為原住民身分後，方取得原住民之身分。

（三）法院判決

1. 原住民身分之取得以原民會之認定處分為據，本件當事人因而欠缺確認訴訟之法律上利益

原住民身分取得、喪失、變更或回復之申請，固由當事人戶籍所在地之戶政事務所受理審核並為登記，然戶政機關之受理者，以申請之原住民提出相關得以證明其為原住民身分之文件供戶政機關審核為前提。準此，原住民身分之認定權責屬於原民會，臺南縣政府所屬戶政機關所為本訴訟當事人具有原住民身分之認定即為非權

責機關之認定，本案當事人無從因此取得原住民身分。如欲辦理原住民身分之登記，應申請原民會（或其委任機關）本諸行政院原住民族委員會組織條例第4條第6款之規定為認定，待認定結果而異其後續救濟，不循此途逕提本件確認訴訟，自不符確認訴訟之補充性原則，難謂其有提起確認訴訟之法律上利益，故其訴應為無理由。

2. 省府46年代電不得為認定為具有原住民身分之依據，平地原住民身分以登記有案為條件

高等行政法院首先認為省府46年代電之事由與目的，係該府針對屏東縣政府就省府46年1月22日令所產生疑義之請示而為之釋示，僅作為註記為「熟」之平埔族群人得依省府46年1月22日令申請登記為平地山胞，尚難遽以執為「日據時代居住於平地，其種族為『熟』者」即係平地原住民，進而得請求確認平地原住民身分之依據。其次，立法者於制定原住民身分法時，就山地、平地原住民為不同之規定，則依文義解釋，立法者不採取省府46年代電之意見，否則當無增列「申請戶籍地公所登記有案」要件之必要。第三，探究立法過程所採取之版本與文字，立法者有意排除省府46年代電之意見。原住民身分法第2條之原住民係指臺灣光復前戶口調查簿種族欄登記為「生」或「高砂族」而言，並不包括「熟」、「平」。第四，依據司法院釋字第287號解釋，內政部81年3月4日函釋係凸顯法令原意，釐清、確定或更正省府46年代電之情形。是依上開函釋之意旨，日據時代戶口調查簿登記為「熟」者，即不得再認定為具有原住民之身分。

3. 原住民身分之認定及範圍為立法裁量之空間，原民會之函釋並未違反憲法之意旨

原住民身分法之制定，即係在維護發展原住民族語言及文化、保障原住民族之地位，而與憲法增修條文第10條第11項、第12項規定意旨無違。至於原住民身分之取得、喪失、回復等事項，係取得

原住民權益或優惠政策受益對象之資格，屬人民權利、義務之事項，是原住民族身分之認定及範圍，立法者基於國家資源之有限性，本即有立法裁量之空間，基於中央法規標準法第5條第2款規定而訂定原住民身分法，於權力分立之體制下，原住民身分法在未經有權機關宣告違憲時，司法及行政機關不但應予尊重，更有於相關事項發生時進而適用之義務，否則即為違背法律，是原民會以原住民事務主管機關之地位，根據立法者制定現行有效之原住民身分法，因而作成相關函釋認定不具有原住民身分，自係尊重憲法相關制度及依法行政之舉措。

三、課予義務訴訟：以最高行政法院判決為中心

此一訴訟為前一確認訴訟之延伸，故原告（上訴人）仍為主張原住民身分之原住民們，被告（被上訴人）為原民會，歷經臺北高等行政法院104年度原訴字第1號判決認定原告敗訴，但最高行政法院107年度判字第240號判決翻轉，廢棄臺北高等行政法院對於原住民不利益之判決，此一判決不但對於爭取正名之原住民族是一大鼓舞，也促使原民會提出原住民身分法修正草案¹⁵，具有指標意義。原被告攻防與前一訴訟並無重大爭議，臺北高等行政法院之法律見解亦無重大變化，故以下僅摘錄最高行政法院之重要判決意旨進行說明。

（一）原住民身分法第2條之合憲性解釋

最高行政法院判決對於原住民身分法第2條區別山地原住民及平地原住民之認定標準，是否具備合法性基礎，不但從歷史淵源、法律條文文義（法律保留原則）、憲法平等原則與憲法增修條文第

¹⁵ 原住民身分法修正草案已列入最優先審議法 原民會：總統政見已在執行，原住民族委員會網，<http://apc.17study.com.tw/news/news03/539f4f4f6c118eab52066cd54fee6b63834968485df2521751656700512a51485be98b706cd5-539f6c116703-7e3d7d71653f898b5df2572857f7884c>（最後瀏覽日：2019年3月8日）。

10條第11項、第12項前段保障原住民之規定分別進行立論，得出相當精彩的論述，也罕見地在判決中由行政法院自己認定原住民身分的性質，整理為以下幾個論述主軸：

1. 45年以降之相關原住民認定法令，對平地原住民加列「申請戶籍地公所登記有案」此一要件，僅出於行政便利性考慮，該項登記之性質，乃行政上的確認手續，不能因未完成系爭登記者即非原住民。
2. 上訴人於45、46、48、52年受理登記期間未辦理登記，即不具原住民身分云云，係增加法律所無之限制。
3. 原住民身分，係因血緣關係而來，身分之有無，是與生俱來，非國家權力所恩賜，更非登記取得或未及登記而喪失。
4. 民族身分是與生俱來，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。依據行政機關的解釋及作法，其僅為協助行政機關釐清平地原住民身分，無端區分山地和平地原住民，並非斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，有違反憲法上平等原則。
5. 應經登記後方屬原住民，或未於期間內登記即喪失或不得取得平地原住民身分，亦違反憲法「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與」之規定，所以當然不能作此解釋，而致違憲。

（二）原住民身分法第8條

此條文爭議在於「未及於登記時效期間內取得山胞身分者」是否得依據原住民身分法第8條之規定申請恢復或取得原住民身分，以符合原住民身分法第2條加列之「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」要件。最高行以本條之歷史淵源與論理解釋的方式，進行有別於前審(包括前述所有相關判決)之認定：

原住民身分法第8條，係沿用81年修正後山胞身分認定標準第4條而來。法條文字上係「申請回復或取得原住民身分」，係申請「回復」與「取得」並列，可區分為兩種請求形態。而81年山胞身分認定標準第4條，係從內政部於80年發布之山胞身分認定標準第4條修正而來，依該規定已明文將「未及於登記時效期間內取得山胞身分者」列為得申請回復或取得身分之事由。

81年山胞身分認定標準第4條修正，未列「未及於登記時效期間內取得山胞身分者」等文字，但依修正理由，此項修正是為了含括、增加其他事由，不是為了排除「未及於登記時效期間內取得山胞身分者」此一事由。故修正後仍應許可「未及於登記時效期間內取得山胞身分者」申請回復或取得身分，原審判決所稱是「完全排除以『平地山胞未及於登記時效期間內取得山胞身分者』作為申請回復或取得山胞身分之事由」，核有違誤。

原住民身分法第8條所規定「依本法之規定應具原住民身分者，……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。」條文之「依本法之規定應具原住民身分者」，其意涵應指歷史或社會文化上所認知的原住民，及依其意願申請者而言，而非指平地原住民需符合同法第2條第2款「登記有案」，此項規定既係賦予實質上有原住民身分之人回復取得身分之機會，則此規定適用於「有身分」但「未登記」者，足資認定。

四、小結

從以上判決摘要可知，一開始臺南縣政府與多位原住民透過向法院提出行政訴訟之權利救濟方式，尋求西拉雅族裔之原住民身分

認定，受限於行政法院對於行政訴訟之實體判決要件之認定，以及原住民身分法之權責與定義之解釋，主張應受到原住民身分認定之權利主張未被行政法院接受，行政法院也並未回應訴訟當事人之請求裁定停止訴訟提出釋憲聲請。不過，在最後的課予義務訴訟時，最高行政法院翻轉以往的法律認定，採取上訴人即原住民族們之主張，雖然確為對於長期以來爭取原住民族身分者之重大鼓舞，但法院判決對於地方自治團體參與原住民身分認定之權限無任何著墨，似乎間接肯認此等權限性質專屬中央。

蓋於整個訴訟程序當中，不論是原住民或是臺南縣政府，一方面主張臺南縣政府單方面制定之臺南縣辦理縣民申請登記平地原住民作業要點有認定原住民身分之效力，但卻未提出該作業要點對於原住民身分認定所產生之法律效力究竟為何，儘管曾於高雄高等行政法院的訴訟中主張侵害地方自治權，卻是以萬淑娟無法獲得平地原住民市議員候選資格為據，似乎表示臺南縣政府事實上也認為原住民身分之承認或認定，唯有中央有權力。另一方面，臺南縣政府與主張權利的原住民，在權利爭取的論述上，都一再強調西拉雅族裔與其他原住民族應受民族平等之保護，國家應給予積極扶助。

儘管如此，考量到行政法院之審理採處分權主義，最後對原住民族有利之課予義務訴訟中，當事人對於地方自治團體之認定權限無多著墨，故法院判決未對此表示意見自非意外，故本文仍然嘗試提出疑問，是否原住民之身分認定一定會導出國家所有積極優惠措施都一律適用之結果？如果原住民族裔也有表彰一種一定地域性的文化象徵意義，是否有可能這樣的原住民身分認定未必一定是全國一致的標準，而容許有地方自治團體依其自治權限自行認定與自行保護的空間？換言之，一直以來，原住民身分的認定都以國家立法權與中央行政層級為主軸的思維，有無調整的可能性？

進一步言之，長期以來，我國對於原住民政策之思維，某程度連結中央政府「錯誤污名政策」的轉型正義考量，所以依據憲法增修條文第10條第12項規定，認為「國家」對於原住民保障扶助促進發展之義務。但此一「國家」設定是否表示只有中央擁有權限並負擔義務，而無地方自治團體共同擁有權限並履行此義務之空間？誠如司法院釋字第550號解釋所云：「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度；國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度，憲法第一百五十五條、第一百五十七條分別定有明文。國家應推行全民健康保險，重視社會救助、福利服務、社會保險及醫療保健等社會福利工作，復為憲法增修條文第十條第五項、第八項所明定。國家推行全民健康保險之義務，係兼指中央與地方而言。」憲法條文當中所稱之「國家」，可能同時包含中央與地方，但中央與地方擔負之義務如何分擔，應有個案討論空間。基於這樣的立論基礎，以下本文即嘗試從地方自治的角度，探究是否可能由地方自治團體自行認定原住民身分，並由地方自治團體自行決定應給予原住民之扶助範圍。甚至，目前國內採取全國一致性的原住民身分認定標準與積極扶助措施，也未必沒有移轉權限予地方自治團體之可能性。

參、原住民身分認定之中央地方權限認定

人民為何與國家發生「法律上」之身分連結？對此問題，一般認為人民與國家之間的身分關係，係以公民權或公民身分（citizenship）進行連結，主要討論的是國家權威下，個人在國家當中的成員地位¹⁶，尤其是國家權威下公民身分應被保障的政治權利

¹⁶ 李建良，人民與國家「身分連結」的法制詮要與法理探索：兼論台灣人國籍的起承斷續問題，臺大法學論叢，36卷4期，頁4（2007年）。

面向；也就是說，公民權的觀點提供國家統合與統治的正當性基礎與來源，而一般這樣的整合過程立基於「共同的文化」之上¹⁷。然而，今日的公民身分與權利由於受到後現代主義思潮與全球化之影響，因為生態變遷、城鄉差距、資源分配等等衍生出來之認同與擴大差距的問題，使得公民權概念拓展到經濟、社會甚至文化層面上的身分認同與資源重新分配等問題¹⁸。原住民身分的認定，即係於在原本一般之國家與人民間的身分關係中，增加另一個不同於單純公民權想像的身分關係。

首先因為原住民未必與國家分享「共同的文化」，因為在近代國家形成的過程中，國家主義強調的就是文化界線與政治界線的同源性¹⁹，國家是以相同語言、相同文化、相同歷史的團體而構成，因此國家往往單方面壓迫原住民接受國家文化，以促成國家組成者文化的同化（*homogénéisation culturelle*），壓抑少數文化或區域文化的發展²⁰，甚至原住民文化因而受損消失。如何建立原住民與國家間共同文化的認同，或在一定範圍內形塑並承認原住民的文化認同²¹，可能是肯定原住民身分的另一個思考面向，也或許正回應我國憲法增修條文第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。」之意旨。當然，如果將原住民歸類為因國家成立而被迫同化的少數文化擁有者，似乎很自然地會導出一個反向結論：既然是國家造成少數文化的危機，當欲承認國家內存在

17 Will Kymlicka & Wayne Norman, *Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory*, in *THEORIZING CITIZENSHIP* 283, 302 (Ronald Beiner ed., 1995).

18 王俐蓉，文化公民權的建構：文化政策的發展與公民權的落實，公共行政學報，20期，頁131（2006年）。

19 See ERNEST GELLNER, *NATIONS AND NATIONALISM* 1 (2d ed. 2008).

20 RINGELHEIM (J.), *Diversité culturelle et droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2006, p. 11.

21 事實上，即便是以單一民族國家為公民權主軸並組成國家的歐陸國家，20世紀中葉後也因為越來越的移民湧入而重新思考文化與認同之間的關聯性。參見 WIEVIORKA (M.), *Culture, société et démocratie*, in WIEVIORKA (M.), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, Paris, La Découverte, 1997, p. 13.

多元文化時，就應該由初始的「壓迫者」——國家，作為主要的承認主體與承擔義務者。然而，此一國家的組成是否即完全排除地方自治團體之承認權限或作為義務，非無討論空間。其次，就我國的情況言，國家與原住民間之法律上身分之連結，並非如一般人民係以「國籍」為連結，而更是以「戶籍」作為連結，尤其從以上整理的判決更可知戶籍登記對於原住民族身分影響之劇。然而戶籍如何成為連結人民與國家法律關係，其正當性何在，都有進一步討論的空間。以下將先從戶籍的概念切入，再回到多元文化的角度進行論述。

一、原住民身分認定之依據：「戶籍」之法律定位

首先，必須釐清何謂戶籍，方得進一步知悉目前我國透過日據時代戶口調查簿以及多次戶籍登記以認定平埔族群是否取得原住民身分之依據是否適切。

（一）戶籍意義之探究

何謂戶籍？雖然我國從1931年12月1日即公布戶籍法，但該法並未對「戶籍」進行定義，僅於第4條規定「定戶籍之要件」²²，直到1997年4月29日進行條文修正時，清楚規定戶籍登記之事項：「戶籍登記，指左列各項登記：一、身分登記：（一）出生登記。（二）認領登記。（三）收養、終止收養登記。（四）結婚、離婚登記。（五）監護登記。（六）死亡、死亡宣告登記。二、遷徙登記：（一）遷入登記。（二）遷出登記。（三）住址變更登記。在國內未曾設有戶籍，經核准定居或設戶籍者，應為初設戶籍登記。」確立

22 規定為：「中華民國人民，依左列之規定，定其戶籍。一、在一縣或一市區域內有住所三年以上而在他縣市內無本籍者，以該縣或市為本籍。二、子女除別有本籍者外，以其父母之本籍為本籍。三、棄兒父母無可考者，以發現人報告地為本籍。四、妻以夫之本籍為本籍，贅夫以妻之本籍為本籍。一人不得同時有兩本籍。」

戶籍登記的制度功能，「一是對於國民存否及基本資料的記載，其並未表彰個人與國家之間的關係。一是國家領域之內所在位置的記載，其表彰國民與國家之間『領域連結』的關係。²³」也就是說，戶籍登記主要以人民的遷徙資料為主，此處彰顯人民與國家地域間的法律關係，而人民在身分關係事項基本資料記載，僅涉及人民私人間彼此相對身分之變動與確認，並非因此與國家發生身分上法律關係之權利義務變動。

不過戶籍法自初次公布實施以來歷經多次修正，最近一次修正公布為2015年1月6日，大致上的規定架構並無不同，但在身分增加登記部分增加更多項目，當次之修正主要增加第4條第1款第9目之「原住民身分及民族別登記」，以及第6款之「依其他法律所為登記」。最新一次修正係「配合原住民身分法第十一條第一項規定，原住民身分取得、喪失、變更或回復之申請，由當事人戶籍所在地之戶政事務所受理，審查符合規定後於戶籍資料及戶口名簿內註記或塗銷其山地或平地原住民身分及族別，爰增列第一款第九目原住民身分及民族別登記之規定。²⁴」

從戶籍法初始制定到最後一次修正前，對於戶籍登記內容雖有若干調整，但其要件並無重大差異，表徵的只是人民於國境當中，究竟與「何地域」產生關連性，並無法顯現國家透過戶籍認定人民與國家間之「身分」法律意涵²⁵，亦即僅具備認定人民私法上身分關係之法律效力。因此戶籍法初始未賦予國家透過戶籍登記區辨人民與國家間身分關係之權力。此由戶籍登記之主體，係以基本資料變動之國民為主體更可佐證。

23 李建良（註16），頁17。

24 立法理由參照。

25 李建良（註16），頁18。

然而，戶政事務所自1997年4月29日修正戶籍法後，關於人民之「遷徙、遷出、出生、死亡、更正、撤銷或註銷登記」²⁶開始擁有職權登記之權限，不但強化了公權力機關透過戶籍登記確認國民與國家地域關連，國民生存與否之基本資料也不再是公權力機關被動等待國民通報登記，公權力也擁有主動查察之權限。2015年1月6日的修正，更因為增加了「原住民身分及民族別登記」，使得戶籍登記不僅具備國民與國家地域關連性與區辨性，以及國民私人間身分關係認定之功能，也凸顯其增加區辨「非原住民」與「原住民」身分的機制²⁷。此一身分關係的登記，由於並未涉及任何人民私人間法律關係之變動，反而是因為目前憲法增修條文第4條原住民立法委員之定額保障，以及第10條第11項與第12項規定國家對原住民之義務，原住民身分之取得與否，明顯涉及國家與國民間權利義務法律關係之變動；因此，戶籍法此一原住民身分登記事項，似乎轉變了戶籍法制定以來，不確認國家與國民間公法上身分關係之性質，並在戶籍登記中彰顯「種族」之區辨²⁸。

何以原來不具備區辨身分法律性質之戶籍，在原住民身分法第11條第1項早已於2001年已然制定之14年後，且中間又歷經2次修正，方於戶籍法當中增加戶籍此一法律性質與功能？剛好與臺南縣透過戶籍登記方式承認西拉雅族為平地原住民之時程巧合，不免引人疑竇²⁹。縱然不論時間上之巧合，就法理上更有疑惑者在於，國

26 1997年4月29日修正戶籍法第42條與第47條參照。

27 此前學者李建良已經提及戶籍法連結臺灣地區人民與大陸地區人民關係條例第2條第3款及第4款，已經有區辨臺灣地區人民與大陸地區人民之機制功能，但此乃因為該條例之規定結合戶籍法後之結果，與目前直接於戶籍法當中明文標示之情況並不完全相同。參見李建良（註16），頁19-20。

28 戶籍法初始訂有「本籍登記」，1992年修法時，考量「為根本解決省籍問題，進一步避免地域偏狹觀念，加強國家認同，爰刪除戶籍法中有關本籍規定之相關條文。」若以加強國家單一文化價值之認同而刪除本籍規定，則新增「種族」規定是否是一種背道而馳？

29 不過，經本文查閱修法之立法院公報，不論是提案之行政院相關部會或是質詢之立法委員，均未提及先前西拉雅族引發的權益救濟事件，僅在配合姓名條例

家是否可以透過戶籍登記，認定、區辨並標示人民與國家間公法上權利關係之身分別？

（二）以戶籍為國家與人民公法權利關係身分認定之法理探討

戶籍法最初制定於1931年，比中華民國憲法早16年，而臺灣在戶籍法制度之時，尚未受國民政府統治，仍由日本政府統治。但不論如何，均表示早在現代國家之憲法制定前，國家對於人民之私人身分關係與地域遷徙關係即十分重視，此由現行官方戶政檔案中將臺灣戶政之始推導自1647年荷蘭據臺灣中期，開始實施戶口調查工作可知³⁰。不過戶口調查仍與戶籍登記存錄官方檔案資料不同，因此正式由公權力機關編制戶籍登記應係始於1905年臺灣總督府設立臨時臺灣戶口調查部，6月頒布「戶口調查暫行規則」，10月實施第一次臨時戶口調查，1906年正式施行之「戶口規則」，建立戶籍登記，編製戶口調查簿及正、副簿³¹。雖然戶籍登記制度早在制定適用中華民國憲法前即已存在於臺灣，然，制度長期存在並不同於制度即合法適當，仍須探究國家是否有權對於人民進行此等資料之蒐集，因而有必要再上溯其上位階法源；另外，目前公權力機關依據戶籍法第4條第1項第9目進行之「原住民身分及民族別登記」戶籍登記項目，並非僅對於人民私人身分關係或地域位置關係之登記，而是進一步建構並影響國家與國民間之權利義務關係，是否該當戶籍法之立法目的，亦有疑義。

1. 憲法法源

現行中華民國憲法僅於第108條第1項第15款之規定，「全國戶

時提及平埔族群。參閱立法院公報，104卷1期，頁259，各部會與委員發言（2015年）。

³⁰ 臺北市大安區戶政事務所，戶政檔案，<https://dah.gov.taipei/cp.aspx?n=3232EE61CE960E27>（最後瀏覽日：2020年5月17日）。

³¹ 毛榮富，平埔族群的主權，收於：施正鋒編，原住民主權與國家主權，頁200（2012年）。

口調查及統計」由中央立法並執行之，或交由省縣執行之。就文義解釋觀，戶口調查與統計事項由中央立法，但執行可由中央自行為之或交由省縣為之。中央雖擁有戶口調查與統計之立法權，但不論是調查或統計，都應僅限於對於現況事實與法律關係之了解查考與統計合計算，而非創設新的法律關係；亦即調查權與統計權之內容，應以認定國民已然存在之地域位置、私人身分資格與法律關係之權為限，似乎從文義上無法得出中央因戶口調查及統計立法權，而當然解釋出其也因此擁有創設人民新的權利義務法律關係或身分識別之權限，自然也無法因為戶口調查及統計立法權，消滅人民已經擁有之既存身分識別或權利義務法律關係。戶口調查及統計因而只是一個作為確認國民身分與地域資訊的行政調查手段。

亦即，戶籍法之資料內容應限於國家無法自始得知之人民私人身分識別、身分關係與地域位置之登記；蓋為私人所獨有之關係，國家原則上無從探知，更為私法自治與個人資料自決隱私權之範圍，國家若欲正當合法取得私人關係之相關資料，必須於法有據，立法明定，且取得資料必須與戶籍登記具備合理關連。國家若欲透過戶籍法擴張私人資料取得之範圍，倘若該資料無法證明與戶籍登記具備合理關連性與公益必要性，像是司法院釋字第603號解釋所涉及之當時新修戶籍法第8條第2項規定：「依前項請領國民身分證，應捺指紋並錄存。……」透過戶籍法與國民身分證之連結，取得人民私人所有之指紋身分識別資料，就被大法官認為無法通過憲法對資訊隱私權保障之審查³²，非全為立法裁量之範圍。然而，若今日國家透過戶籍登記所欲取得之資訊為國家與國民間之公法權利關係，既然戶口調查及統計係以知悉國家無法自始得知之人民私人身分識別、身分關係與地域位置，而國家與國民間之公法權利關係自非屬此一範圍內，蓋公法權利關係為國家透過法律所創設或賦

32 不過大法官在該號解釋並未全面審查透過戶籍登記取得人民各項私人資料之合憲性。

予，自無透過戶口調查方式予以探知或加以確認之必要；甚或若採取戶籍登記之方法創設國家與國民間之公法權利關係，更是逾越憲法所設定之戶口調查及統計之範圍。

因此，若戶籍法之法源係憲法第108條第1項第15款，戶籍登記自不得逾越「戶口調查及統計」之範圍，自然不可能創設或消滅人民既存之身分識別關係，更不會造成國家與國民間之公法權利關係變動之結果。是以，以下即進一步探討現行戶籍法第4條第1項第9目進行之「原住民身分及民族別登記」戶籍登記項目是否逾越戶口調查及統計之範圍。

2. 戶籍法相關認定之檢討

法規範之立法目的，除了從法規範整體推敲解釋外，也必須個別檢視單獨條文之立法意旨。戶籍法新增第4條第1項第9目「原住民身分及民族別登記」戶籍登記項目，僅於立法理由說明係配合原住民身分法第11條第1項。此一增列是否符合戶籍法之立法範圍，有必要檢視原住民身分法第11條第1項之規定：「原住民身分取得、喪失、變更或回復之申請，由當事人戶籍所在地之戶政事務所受理，審查符合規定後於戶籍資料及戶口名簿內註記或塗銷其山地或平地原住民身分及族別，並通報當事人戶籍所在地之鄉（鎮、市、區）公所。」連結二條文似可得：當事人戶籍所在地之戶政事務所擁有「受理」與「審查」原住民身分取得、喪失、變更或回復權限，但審查權限係審查申請者是否「符合規定」；而此一規定有二：一為同法第2條所規定之山地原住民及平地原住民身分認定方式；山地原住民為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。平地原住民為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³³。另一則為同法第11條第2項之規定「前項原住民之族別認定辦法，由行政院定之。」因而賦予行政院訂定原住民族別認定之立法權，故依據行政院訂頒之原住民族別認定辦法第3條規定「本辦法所稱註記，指戶籍之登記。」而所謂原住民族別之認定，依據該辦法第2條規定，除為該辦法所明定之民族別外，即為「其他經行政院核定之民族」³⁴。

由上述現行法規結構可知，不論是山地原住民或平地原住民之身分認定，均係以戶口調查簿登記為依據，只是平地原住民除此一條件外，還必須符合申請登記之要件。亦即，向戶籍所在地之地方自治行政機關申請登記戶籍，成為平地原住民取得國家承認此一原住民「身分」之要件。這恐怕違反上述從憲法法源推導出之戶籍登記範圍。

同時，學者王泰升也指出，關於原住民身分認定，應從整個原住民族法制體系進行解釋，故而，原住民族基本法雖然與其他原住民法律相同的僅具備法律位階，卻「具有基於一般性法律而生的補充適用的效力」³⁵；再配合立法史解釋觀察原住民族基本法之立法變遷，關於原住民身分認定之規定，立法者2005年通過的正式版本，相較於行政院2003年提出之法律草案係照抄原住民族別認定辦法第2條而來，增加了「既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族」與「其他自認為原住民族」之要件，儘管仍需經中央原住民族主管機關報請行政院核定，王泰升認為再輔以目的解釋，而可得出「既存」與「自認」之要件，應為認定原住民之實質要件，行政院

33 粗體皆為本文所強調。

34 完整條文：「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。」

35 王泰升、陳怡君，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，3卷2期，頁8（2013年）。

核定不過只是程序要件，原民會或行政院不得任意裁量³⁶。不過，依據王泰升的研究結論，今日西拉雅族已經自然為原住民，因而要求被認定該當原住民身分，有困難者，僅在如何證明「既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族」，也因此依然還是必須論究是否自認為原住民者，其戶口調查簿登記上顯現原住民之登記。

而不論是官方文件或是學術研究，幾乎一致肯定並採認日本政府統治時期之戶口調查簿上種族欄註記為「熟」、「平」，可作為原住民身分認定之佐證資料，只是臺灣省政府曾發佈1954年4月9日（43）府民二字第33172號令：「居住平地之平埔族群應視為平地人，列入平地選民名冊。」加上臺灣省政府於1956年以臺灣省政府令（45）府民一字第109708號頒布之「本省平地山胞認定標準」僅明文規定「凡日據時代居住在平地行政區域內，其原戶口調查記載為『高山族』者，為平地山胞」；與內政部81年3月4日台第8174921號函釋認定：「戶口調查簿種族欄登記為『熟』。應係指清代所稱之『熟番』或『平埔番』，早已漢化，且居住在平地行政區域與非山胞生活、語言幾無二致，自非『山胞身分認定標準』適用範圍」，「事後」地透過對外發生效力之令函與認定標準之方式，不再肯定曾經被標註為「熟」、「平」者該當原住民身分。此一認定標準，除已有學者批評僅當時政府以行政管理方便而非原住民族基本權利為主要考量外³⁷，依據本文先前之推導，戶籍登記應該僅具備戶口調查與統計資料彙整登錄之功能，則現行不論是山地原住民或平地原住民之身分認定，均係以戶口調查簿登記為依據，不正為一種倒果為因的認定適用！亦即，本文認為，不論日本政府當時所為之戶口調查簿可信度如何，當時的戶口調查簿的資料，依據學者詹素娟之研究，主要是日本政府於1905年所進行的臨時戶口調查（即國勢調

36 王泰升、陳怡君（註35），頁9。

37 毛榮富（註31），頁206。

查)而來,當時調查之目的在了解靜態人口³⁸,並認為因為熟蕃社與漢人村莊間仍有明顯區隔,加上平埔番與漢族之間,還是有一條明顯的界線,因此日本政府對於熟蕃與漢人之區辨具備相當的可信性³⁹。縱然如此,當時之戶口調查簿仍然是以殖民政府的立場與角色,依據殖民政府所設定之標準,對於人民所屬種族的單方判斷,這樣對於國民種族類別的登錄,當時既不知其區辨標準,又無事後爭執之空間,將其作為認定的唯一依據似有違背武器平等與程序保障之現代法治意義。就比較法的角度觀之,其他國家對於原住民認定所採之標準,也未必以單一文件作為依據,以美國印地安人為例,美國聯邦法並未詳細規定原住民個人的身分認定標準,只規範族群,但是否為原住民或其所屬族別,乃由個人血源、意願以及被該族群認同為據⁴⁰。亦即,殖民時期之官方戶口調查資料文件應非唯一認定原住民身分可參考之依據。

此外,恐怕應進一步釐清者在於,現行不分官方民間,如果都肯定日本政府統治時期之戶口調查簿對於種族調查之認定,則同時肯定臺灣省政府與內政部對於種族認定之原因與正當性則有必要進一步釐清。畢竟,縱然日本政府統治時期的史料都具有正確性,但時至1954年、1956年到1992年,原住民族的身分認同如果不是一種永久存續的身分特徵,是否可能因為密切的文化交流而逐漸喪失流失?若然,當時之中央政府機關依據其所設定之標準,認定平埔族群已不再具備原住民文化特徵,也可能具有一定之正當性或正確性。尤其,臺灣省政府開辦四次登記(民國45年、46年、48年與52年)未前往登記者,也不無可能是日本統治時期被誤載為「熟」或

38 詹素娟,臺灣平埔族的身分認定與變遷(1895-1960)——以戶口制度與國勢調查的「種族」分類為中心,臺灣史研究,12卷2期,頁126(2005年)。

39 詹素娟(註38),頁133。

40 謝若蘭,原住民/族與認同政治——美國原住民族群識別與身份認定之歷史沿革,「民族識別與身分認定」研討會,臺灣打里折文化協會主辦,頁8(2002年6月15日)。

「平」，而以不前往登記以達到改正錯誤記載之結果？對此，有學者認為當時政府所為之令函缺乏多元文化主義思維，並傾向同化政策，甚至造成最大的集體陷阱，使得平埔族群在族群認同只能二選一⁴¹；更由於當時相關函令之規範文字「不只是含混不清 (vague)、而且條文的規定並未周延 (incomprehensive)，對於處於驚弓之鳥般狀態的平埔族群而言，委實有失公允。⁴²」故而，中華民國政府遷臺後，以平埔番已「漢化」消失，而取消此一分類⁴³，係陷平埔族群人於毫無選擇之餘地。此等見解固有其理，然而，本文以為應進一步思索者在於，如果戶籍登記本身不應具備認定身分之法律效力，則現行採證日本政府統治時期之戶口調查簿之立論基礎為何？若以國民政府以同化、行政便利為目的，取消平埔族群認定係欠缺多元文化主義思維，故主張國民政府統治時期之補辦登記與認定不可採，則似乎也無法完全認定日本政府統治時期之戶口調查就一定具備不可挑戰之可信度，蓋日本政府彼時進行戶口調查時，難道沒有特定的民族主義意識或行政管制目的？

3. 小結

本文初步認為，現行以戶籍登記資料作為認定原住民身分之依據，並非顛不可破之致理與標準，反而可能違背戶籍法之制度目的並不當擴大戶籍資料之適用範圍。何況，倘若不以日本統治時期之戶口調查簿為據，並非沒有其他可資參照之標準；參照美國原住民之認定方式，將原住民身分與族別之認定由各原住民族自行認定並非全不可行，只要肯認各原住民族擁有自行認定之權限與資格即可。在這樣的思考邏輯下，本文接續主張，由於分布在不同地域的

41 即上述之43年4月9日（43）府民二字第33172號令，該號令係為了回應臺中縣臨時省議會選舉關於選舉人名冊之疑問。參見施正峰，噶瑪蘭族人的身份認同，2004年，<http://mail.tku.edu.tw/cfshih/seminar/20041016/20041016.htm>（最後瀏覽日：2016年8月12日）。

42 參施正峰（註41）。

43 簡炯仁，高雄地區平埔族原住民之研究，頁2（2010年）。

各原住民族部落有其不同的文化、傳統與習俗，未必為全國一致事項，依據憲法第111條之均權理論，儘管戶口調查與統計為中央列舉事項，但並不等於戶籍所表徵之各種身分關係都因為戶口調查與統計權限而一併歸屬於中央權屬，仍應分別論斷；既然認定分布在各地方之各原住民族有其各自之獨特性，尤其是原住民身分之認定更適合由分布在各地方的原住民依其血源、自願與個別原住民族各自部落之文化、傳統與習俗決定，因此原住民身分認定之事項非具備全國一致之性質，而有認定為屬於地方自治事項之可能性。甚至，在原住民族基本法增列第2條之1後，既然部落經中央原住民族主管機關核定者為公法人，則將原住民身分認定事項適當地交由個別部落自行認定亦非全無可能。

另外，若是參照法國法之經驗，則會導出另一種更為「保守」的思考方式。因為法國一直以來是歐陸第一個成立的單一國，而且長期以來在當代民族國家之概念下，主張除了殖民時代而續留為當今法國海外領地中之人民具備原住民身分外，法國本土並不肯認任何其他族裔的原住民，法國境內的原住民運動亦不受到太多矚目。但在聯合國難民署（United Nations High Commissioner for Refugees）整理收錄的「世界少數民族與原住民族名錄」（World Directory of Minorities and Indigenous Peoples）當中，法國本土與西班牙交界的巴斯克人（Basques）⁴⁴以及法國西北邊大西洋沿岸的布列塔尼亞人（Bretons）⁴⁵都被列入其中，表示法國並非全然沒有原住民爭議。只是法國向來認為經過長時間的同化融合，所有法國領土內之國民均為法蘭西人，不應再有任何區隔。此由法國第五共和

44 Minority Rights Group International, *World Directory of Minorities and Indigenous Peoples—Spain: Basques*, REFworld (July, 2018), <http://www.refworld.org/docid/49749caa23.html>.

45 Minority Rights Group International, *World Directory of Minorities and Indigenous Peoples—France: Bretons*, REFworld (2008), <http://www.refworld.org/docid/49749d220.html>.

憲法前言明文「法蘭西人民」(peuple français)，並且在第1條第1項更表示「所有公民不分來源、種族或宗教」(tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion)可證，而官方文書更不允許種族或族群資訊之顯現，此由法國憲法委員會2007年之決議⁴⁶可明顯看出。該決議係法國國會審查移民法(Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile)時，其中第63條准許進行與多元來源、歧視與融合之相關研究，可能使得個人的原始種族或人種(origines raciales ou ethniques)直接或間接地被顯現，法國憲法委員會認為這樣的規定不可能不侵害憲法第1條之規定而宣告違憲⁴⁷。亦即，法國官方不得進行或顯示任何與個人相關的族群資料，則境內之巴斯克人或布列塔尼人幾乎不可能得到官方的種族身分認定，也因此法國雖為歐洲人權公約之簽約國，卻始終未簽署1995年即通過生效之保護國內少數族群之架構公約(Framework Convention for the Protection of National Minorities; Convention-cadre pour la protection des minorités nationales)而持續受到歐洲人權法院之譴責。

在承受歐洲人權法院之壓力下，法國目前之作法係逐步透過肯定巴斯克人與布列塔尼亞人等地區之文化、語言與古蹟的方式，彰顯法國已然對於該特殊文化進行保護，此由法國憲法於2008年修憲時新增第75條之1：「區域語言屬於法國之資產」⁴⁸可證。有學者指出，法國憲法於2008年新增此一區域語言之條文，有助於法國批准歐洲人權公約下之歐洲區域或少數民族語言憲章(European Charter for Regional or Minority Languages; La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires)，但因為可能會因此變動法國憲法架構下地方自治之權限，因此必須同時對於歐洲地方自治公約(la Charte

46 Cons. const., déc n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007.

47 同法第24條、29條。

48 Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France.

européenne de l'autonomie locale) 之相關條文做出保留⁴⁹。由此可知，對於地區語言之保護事涉地方自治權限。亦即，對於原住民族認定如此保留之法國，尚且透過承認地區語言為地方自治權限之政策決定與法律制定方式，逐步地保障法國「原住民族」之認同與文化，已經在憲法增修條文第10條第11款與第12款肯認原住民族所代表之多元文化價值的我國，將擁有特定地域性之身分認定事項劃歸或肯定為地方自治權限並非絕不可行。

不過，本文質疑以戶籍資料作為身分認定之主張，並提出比較法之參考，並非表示本文認為目前為止的原住民身分認定必須全然翻修，畢竟此涉及信賴保護與既得權之重大議題；只是提出目前西拉雅族之身分認定或其他平埔族群族裔身分認定問題，或許可考量不同的認定模式。尤其未必只有目前西拉雅族人、臺南市政府共同爭取由中央認定其原住民身分之唯一方式⁵⁰，將其歸屬於地方自治事項應非完全不可能，也有進一步設計相關法規範之可能性。

二、地方自治與原住民身分認定

之前臺南縣的西拉雅族身分認定方式，是以縣政府的名義，制頒「辦理日據時期種族『熟』之縣民申請登記平地原住民之作業要點」、「原住民身分及民族別登記申請書」與「戶政事務所書面函復範例稿」；依據新聞媒體報導，臺南市、高雄市與屏東縣似乎共同推動「日據時期戶籍種族欄『熟』註記措施」，只要是設籍於此三個縣市之民眾，其本人或直系血親尊親屬於日據時期戶口調查簿、寄留簿及除戶簿種族欄記載「熟」者，得向市、縣之任一戶政事務所申請將該記事補填於現戶個人記事內之服務，以註記該歷史記錄

49 PONTIER (J.-M.), *Langues régionales: la porte ouverte?*, *AJDA*, 2008, n° 4, p. 2193.

50 儘管目前原民會委託之「平埔族群取得原住民身分之法制策略及衝擊影響評估」研究案研究結論提出：權利完全承認、權利雙軌、權利逐步承認之三個方向，與現行西拉雅族之運動主軸不盡相同，但目標仍是以中央統一認定身分。段洪坤（註3），頁137-140。

於現戶個人記事內⁵¹。可知不論之前或現在，僅主管機關從中央轉變為地方，戶籍登記的方式均為表徵甚至認定原住民族裔身分之唯一方式。然目前地方行政機關可能未以制定作業要點、委辦規則或自治規則之方式進行戶籍登記，且將熟註記登錄於現戶個人記事似無發生任何法律效力，尤其可能不會使獲得註記之人因而取得原住民身分並得獲得現行原住民所擁有特殊權益之資格⁵²；因為之前臺南縣政府透過制定作業要點採取此一措施時，原民會即函告該要點無效，並宣示不因註記而取得原住民身分認定⁵³，目前似未見原民會之相類函告，儘管無法得知其原因，但是否表示，只要原住民身分認定與既存原住民特殊權益之享有資格脫鉤，中央主管機關即存在無從或無需函告無效之可能性？亦即，在制度設計上，一方面可能主張，只要先限定現行地方自治團體擁有宣示原住民身分之自治權限之前提，在於原住民身分認定與特殊權益之享有資格脫鉤，地方自治機關即有可能仍有以戶籍資料登記方式宣示甚至認定原住民身分之自治權限存在。另一方面也可主張，地方自治團體透過其他方式認定原住民身分，且地方自治團體並得自行立法賦予原住民地方性之特殊權益享有資格，但此一身分認定不涉及國家所承認之原住民特殊權益。上述兩種可能的制度設計，歸結起來之爭議重心，無非在於目前我國法制度下，地方自治團體究竟是否擁有自行認定並

51 高雄市戶籍行政科，日據戶籍「熟」身分，西拉雅族尋正名，高雄市戶政資訊服務網站，2015年11月26日，<http://household.kcg.gov.tw/household/NewsDetailC001510.aspx?Cond=01b070cf-a095-4bd7-86ed-3bfd79982657>（最後瀏覽日：2015年11月26日）；吳江泉，日據戶籍註記「熟」身分 西拉雅族尋正名，中時電子報，2015年11月26日，<http://www.chinatimes.com/realtimenews/20151126004211-260405>（最後瀏覽日：2015年11月26日）。然而遍查三個地方政府之相關網站資料，並無查得任何法規。

52 依據媒體報導，「高雄市推動日據時期戶籍種族欄『熟』註記措施，尚未涉『原住民身分法』之身分認定及證明，僅將該歷史記錄註記於現戶個人記事內」，參見高雄市戶政資訊服務網站，<https://cabu.kcg.gov.tw/Web/ActivitiesDetailC006120.aspx?Cond=f8f9eb0a-2522-4916-8d10-6c57f88c7b41>（最後瀏覽日：2020年5月17日）。

53 參照前註13函文內容。

給予原住民各項扶助之權限，或者此乃專屬於中央之權限，地方自治團體僅有受委辦執行之權責，因此無任何自行認定之空間與可能性，而此問題之首要癥結在於如何定性「原住民身分」之法律性質。

（一）原住民身分認定之性質

不論是從國際人權法之角度，或是內國法的角度，之所以主張原住民族權利，主要雖是為了彌補甚至翻轉長久以來，由於多數族群的單方面強制政策，因而使得被征服的少數族群承受不公平對待⁵⁴；但也如同聯合國教科文組織2001年11月2日通過之世界文化多樣性宣言（Universal Declaration on Cultural Diversity）第1條所言，文化多樣性是人類的共同遺產⁵⁵；而聯合國2007年通過之原住民族權利宣言（Declaration on the Rights of Indigenous Peoples）前言也特別提及：「所有民族對於構成全人類共同遺產的各種文明與文化多項性與豐富豐富多彩做出貢獻」⁵⁶；另外，「無形文化資產保護公約」（Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage）第2條條文當中規定：「無形文化資產的範疇包括以語言為媒介的口述傳統與表現形式」⁵⁷。因此，民族所形塑的文明與多

54 尤哈尼·伊斯卡卡夫特，從歷史正義看平埔族群西拉雅民族今日的族群認同與復振，台灣原住民族研究學報，3卷2期，頁37（2013年）；辛年豐，原住民族權利保障的建構與實踐——從平等權出發到落實平等保障，國立中正大學法學集刊，34期，頁189（2011年）。

55 UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CulturalDiversity.aspx> (last visited May 17, 2020).

56 英文為：“Affirming also that all peoples contribute to the diversity and richness of civilizations and cultures, which constitute the common heritage of humankind.” 資料源於 UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/Pages/Declaration.aspx> (last visited May 17, 2020).

57 英文為：“The ‘intangible cultural heritage’, as defined in paragraph 1 above, is manifested inter alia in the following domains: (a) oral traditions and expressions, including language as a vehicle of the intangible cultural heritage”; 資料源於

樣文化乃是所有人類的共同遺產，因而有必要保護每一個民族所形塑的文化與文明。

在這樣的認知下，我國憲法增修條文第10條第11項與第12項之規定也正好彰顯相同二元的原住民族憲法保護面向：一為以肯定多元文化為主軸，其保障之重點在於原住民族語言及文化，因而是否一定具備原住民族身分者或尚有討論空間⁵⁸；另一面向則因為涉及地位、政治參與、教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業，亦即課與國家積極作為義務，因涉及執行積極作為所需之資源分配與確定，有必要特定對象，因而應僅以具備原住民族身分者為限，方符合積極平權措施之本旨⁵⁹。換言之，本文初步認為，憲法增修條文第10條第11項與第12項都是原住民族保障之憲法基礎，但因為展現出不同層次的考量，因此在原住民族的相關政策擬定上，甚至原住民身分之認定，未必不能為不同立基點之安排與設計。

也就是說，到底我國對於原住民身分之認定，考量的重點繫於血統的純正性、語言文化的傳承性、自我認同的強度或受扶助之資格？而在以上這些認定的考量可能點當中，最不該被強調或考量的，或許應該是扶助之資格，因為這恐怕僅是資源分配、排擠的思維。因此，若能先排除扶助資格與權利之堅持，著眼於原住民族本

UNESCO, <http://www.unesco.org/culture/ich/en/convention> (last visited May 17, 2020).

58 亦即如果有非具備原住民族血緣、身分者，但其專精原住民族文化或語言，亦應積極維護發展。像是我國2015年推展本土語言傑出貢獻獎得獎者之一為法國神父潘世光，其曾與神父博利亞合力出版阿美語字典，是一部記錄阿美族語的工具書，對於該族語言之保存貢獻卓著。參見：神父編阿美字典 獲本土語言貢獻獎，原住民族電視台，<http://titv.ipcf.org.tw/news-17586>（最後瀏覽日：2020年5月17日）。

59 由於積極平權措施通常是基於種族、性別、族裔，給予較優惠的對待，以積極匡正長久以來歧視所造成的不平衡，故成立之前提必須是接受較優惠對待者，具有特殊種族、性別或族裔。參湯德宗，美國聯邦最高法院一九八八～八九年期重要判決評述，美國月刊，4卷5期，頁22（1989年）。

身所代表的多元文化價值，若原住民居住活動的地區特定，由個別地方自治團體在肯認與協助地方文化發展之角度下，以回復與發揚多元文化為首要目標，先行賦予原住民族之身分認定，不但為可行之策，也符合我國多元文化之憲法誠命。

（二）地方自治團體之可能權限

對於原住民身分之認定，我國目前採取的認定順序與前述美國的方式大致類似，乃是先由中央政府確認是否承認某一特定之民族該當原住民族，接著再認定哪些個人該當此一原住民族之成員；也就是由國家整體的角度，先進行「民族的管制」，接續再為「民族成員的管制」⁶⁰。然而在立法順序上，自1997年憲法增修加入現行之增修條文第10條第11項、第12項後，先由立法院通過法律為2001年之原住民身分法，該法應僅在確認個人是否該當原住民族成員，但該法第2條，以及應屬上位階之民族認定之法律，都是沿用本文已然批評過之戶口調查簿登記⁶¹，後者又以原住民身分法第11條第2項授權由行政院訂定原住民族別認定辦法，縱然2005年公布實施原住民族基本法，並於該法第2條第1項定義原住民族，時至今日，並無修正，一直以「經行政院核定」為其要件，此等程序已有學者提出批評⁶²。

但本文欲進一步提出質疑者，首先，族別之認定以原住民身分法授權行政院制定命令，並將此一權力集中予行政院，認定與核定之相關程序並無公開可供一般民眾查詢，只能從新聞當中知悉其程序略為交由原民會委託者進行評估報告、原民會某內部委員會審議

60 此等分類係參考學者辛年豐從國家對族群體與個人管制之角度提出的研究層次，參辛年豐，論臺灣西拉雅族之復權——從日本愛奴民族之經驗談起，輔仁法學，49期，頁332-333（2015年）。

61 參見原住民族身分法第2條。

62 王泰升、陳怡君（註35），頁7-8；辛年豐（註60），頁334。

後提報行政院院會核定⁶³，不論核定結果為肯定或否定，若對於此核定不服，因為核定程序僅為行政內部準備作業程序，非該當為行政處分，恐怕無任何人有提起救濟之可能。

其次，將原住民身分認定之全部事權集中給中央，未予地方一絲一毫之參與可能性並無正當理由。既然從憲法增修條文第10條第11項可推導出，對於原住民多元文化之保護層面在於原住民語言與文化，考量到依據原住民族傳統習俗，每個部落所擁有之語言與文化都有相異之處，對於這些散落於我國境內各地之部落，擁有地域接近可能性較高者自然是地方自治團體之各機關，而非中央行政機關，儘管原住民族群可能跨越多個地方自治團體而不易由個別地方自治團體進行認定，然也不排除由複數地方自治團體共同對原住民族進行身分認定。況且，誠如以上提及之國際公約所宣示，語言與文化為人類文化資產，目前我國憲法條文雖然對於文化與語言權歸屬於中央或地方並未明文規定，但「文化資產保存」為直轄市與縣之自治事項，因而地方自治團體非無參與或分權之空間。儘管身分認定與語言保存未必存在必然關係，但由語言追溯身分認同，並賦予地方自治團體一定的身分認定參與權，應有助於語言文化資產之延續與復興。

第三，目前的原住民身分認定只有原住民身分法第2條之唯一標準，而行政院之核定族別程序又不透明，推想應該沒有依據本文所主張，以憲法增修條文第10條第11項與第12項分別設定原住民身分認定之差別要件，這樣「固守」以往的戶籍登記資料之結果，就是阻擋了許多具有自我認同之原住民被身分認定的可能性，而有違民族自決。縱然不由憲法增修條文第10條第11項與第12項推導出原

⁶³ 行政院發言人辦公室，「拉阿魯哇族」及「卡那卡那富族」正式成為臺灣原住民族第15族、第16族，行政院網站，2014年6月26日，<https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/66709823-8a18-4895-b9e9-d95ef0a324f3>（最後瀏覽日：2014年6月26日）。

住民身分認定之差別標準，對於憲法增修條文第10條第12項所規定之原住民地位、政治參與、教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業，也非全為憲法第108條列舉歸屬由中央立法之事項，若再對照地方制度法第16條到第20條之規定，更可知不但地方人民有主張對於「地方教育文化、社會福利、醫療衛生事項，有依法律及自治法規享受之權。」地方自治團體對於「教育文化、交通水利、衛生、土地行政、社會福利」也擁有自治權限，如果中央願意移轉權限，並同時移轉履行權限所需之財源，地方自治團體自有發展專屬於地方原住民扶助政策之可能性。

肆、結論

從最一開始平埔族群爭取被認定為原住民之相關行政救濟案例，到之後的理論推演與探究，經過如此之初步論證，本文認為，目前我國中央統一採取沿用戶籍登記之方式認定原住民身分，除了不符合國際潮流的原住民「自認」原則外，更因為將原住民身分與受各項扶助與積極優惠措施補助資格緊密鑲嵌，在各種扶助與補助財源與權限均由中央一條鞭掌握的情況下，面對中央預算緊縮的分配難題，縱然從現行憲法中央與地方關係之規定、憲法增修條文第10條第11、12項規定與地方制度法對於自治事項之範圍設定，地方自治團體至少擁有自行認定地方原住民身分之可能性，也未必不能自行立法提供地方原住民相關扶助措施，卻已然被中央全數取代，自然也很難透過地方發展個別地方原住民文化特色，殊為可惜。當然，如果將大範圍或多地區的原住民族身分認定權交由各地方自治團體個別認定，恐怕另外產生以地區為標準的不公平結果。因此，如果是特定區域內之原住民族群，基於多元文化資產保護之立場，先由地方自治團體認定原住民族之身分，或可為階段化取得身分認定的一種可能。甚至，若能將原住民身分認定與權益享有資格適度

脫鉤，並從中央下放移轉權限予地方，或許能夠讓更多自認為原住民，並積極從事原住民文化與語言復活者，獲得原住民身分之認定，並進一步活化一直以來僵硬刻板的原住民族身分認定標準。

參考文獻

1. 中文部分

- 尤哈尼·伊斯卡卡夫特（2013），從歷史正義看平埔族群西拉雅民族今日的族群認同與復振，台灣原住民族研究學報，3卷2期，頁35-51。
- 毛榮富（2012），平埔族群的主權，收於：施正鋒編，原住民族主權與國家主權，頁197-220，臺北：翰蘆。
- 王俐蓉（2006），文化公民權的建構：文化政策的發展與公民權的落實，公共行政學報，20期，頁129-159。
- 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，3卷2期，頁1-20。
- 李建良（2007），人民與國家「身分連結」的法制詮要與法理探索：兼論台灣人國籍的起承斷續問題，臺大法學論叢，36卷4期，頁1-60。
- 辛年豐（2011），原住民族權利保障的建構與實踐——從平等權出發到落實平等保障，國立中正大學法學集刊，34期，頁187-245。
- （2015），論臺灣西拉雅族之復權——從日本愛奴民族之經驗談起，輔仁法學，49期，頁291-345。
- 施正鋒（2010），西拉雅族的身份與政府的承認政策，台灣原住民族研究季刊，3卷1期，頁1-28。
- 段洪坤（2013），當代平埔原住民運動研究（1993—2012）：以台南西拉雅族為例，國立暨南國際大學人類學研究所碩士論文。
- 段洪坤、陳叔倬（2008），平埔原住民族血源認定與文化認定的發展評析，台灣原住民族研究季刊，1卷1期，頁169-188。

- 陳玉釧（2010），我國原住民身分認定之研究——以台南縣西拉雅族萬淑娟案為例，國立中正大學法律學研究所碩士論文。
- 陳叔倬、段洪坤（2006），西拉雅族成為縣定原住民族的過程及其影響，政大民族學報，25期，頁145-165。
- 湯德宗（1989），美國聯邦最高法院一九八八～八九會期重要判決評述，美國月刊，4卷5期，頁21-31。
- 詹素娟（2005），臺灣平埔族的身分認定與變遷（1895－1960）——以戶口制度與國勢調查的「種族」分類為中心，臺灣史研究，12卷2期，頁121-166。
- 謝若蘭（2002），原住民/族與認同政治——美國原住民族群識別與身份認定之歷史沿革，「民族識別與身分認定」研討會，臺灣打里折文化協會主辦，2002年6月15日。
- （2011），集體權與認同運動——當代平埔族群運動之初探，台灣國際法季刊，8卷1期，頁73-101。
- 簡炯仁（2010），高雄地區平埔族原住民之研究，高雄：高雄縣政府文化局。
- 饒芷禎（2012），政策之窗的啟合與西拉雅族正名之研究，國立中正大學政治學研究所碩士論文。

2. 外文部分

- Gellner, Ernest. 2008. *Nations and Nationalism*. 2d ed. New York, NY: Cornell University Press.
- Kymlicka, Will, and Wayne Norman. 1995. Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship. Pp. 283-322 in *Theorizing Citizenship*, edited by Ronald Beiner. New York, NY: State University of New York Press.
- Pontier, Jean-Marie (2008), Langues régionales: la porte ouverte?, AJDA, n° 4, pp. 2193-2205.

Ringelheim, Julie (2006), *Diversité culturelle et droits de l'homme*, Brussel: Bruylant.

Wieviorka, Michel (1997), *Culture, société, démocratie*, in Wieviorka (M.), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, pp. 9-60, Paris: La Découverte.

Aboriginal Identity and Central-Local Relations in Taiwan:

The Case of Pingpu

*Chin-Wen Wu**

Abstract

This article begins with discussing the fight for recognition of the identity of the Pingpu tribe in Tainan, and explores how the local government, the central authority, and the courts have used legal regulations to confirm or deny their status as a tribe, which has yet to be recognized by the state. While it is clear that the household registration plays a key role in recognizing one as an aboriginal in Taiwan, the Pingpu tribe has stressed the importance of receiving protection equal to that of other aboriginal groups, and argues that the nation should provide them with the same affirmative action. However, the question remains whether the authority to identify one as an aboriginal and to take affirmative action solely belongs to the central government. This article contends that the household registration of nationals by the central government may not be a good way for recognizing aboriginals. Instead, every local government should be allowed to set its own recognition standard, and develop its proper policies for the aboriginal communities at the local level.

KEYWORDS: aborigines, identity reorganization, affirmative action, local autonomy.

* Associate Professor, College of Law, National Chengchi University.