



# 從「認同」到「認定」： 西拉雅族人的原住民身分認定問題\*

王泰升

(台大法律學院特聘教授、中研院台史所法律所合聘研究員)

陳怡君

(永信法律事務所律師)

## 目次

- 壹、前言：問題的提出
- 貳、誰是原住民？—社會文化意義的原住民 vs. 法律意義的原住民—
- 參、現行法下多種解釋可能性
- 肆、利益衡量與價值選擇
- 伍、結語

## 摘要

行政院原民會目前不承認西拉雅族人具有原住民身分。本文認為應依原住民族基本法所引伸出的「既存於台灣而為國家管轄內之傳統民族」、「自認為原住民族」兩項要件，而認定西拉雅族為原住民族。

又原住民身分法上關於認定為平地原住民的要件有二：屬於由戶口調查簿所顯現之社會文化意義的原住民族之族人、已以申請登記的方式表達其成為原住民的意願，西拉雅族人亦已符合此等要件。法院應以尊重西拉雅人的自我認同，實現多元文化，作為應優先考量的利益與價值，而認定其具原住民身分。

## 關鍵詞

西拉雅族、原住民、平埔族、高山族、身分認定、民族認定

## 壹、前言：問題的提出

台灣自 1990 年代以來，伴隨整個社會的民主化浪潮，許多原住民族展開爭取權利的行動，平埔族人即在此時走

\* 本文初稿曾發表於台南市政府主辦，「『平埔西拉雅原住民族』學術研討會：西拉雅認同與認定的追尋」，於台北，2012 年 12 月 18 日，但業經部分修改。

上街頭要求政府承認平埔族為原住民族，揭開了「平埔正名運動」，腳步至今未見停歇。其中，台南的西拉雅族堪謂最為積極，其族人對內積極舉辦各種文史活動，藉由尋根，重建西拉雅文化，對外更持續不懈地爭取國家對其原住民身分的肯定。終於在 2005 年底，台南縣政府承認西拉雅族人為「縣定原住民」，並於 2009 年 5 月間台南縣政府採紙本登記方式，受理日治時期種族欄註記為「熟」之縣民申請登記為平地原住民<sup>1</sup>。今以台灣文化首都升格的台南市政府，繼續將西拉雅族列為「市定原住民族」<sup>2</sup>。然而，在國家的法律上職司原住民身分認定事務的中央主管機關，亦即行政院原住民族委員會（以下簡稱「行政院原民會」），至今仍否定西拉雅族人之具有原住民身分，雖某些西拉雅族人曾聯名向行政法院提起確認平地原住民身分的訴訟，但迄今尚未見比較正面的成果。

著名的排灣族詩人莫那能，在一場聲援西拉雅族人訴求恢復原住民身分的場合中，抨擊行政院原民會的殖民買辦心態，而質問：「到底誰有權利決定我是誰<sup>3</sup>？」西拉雅族的學者謝若蘭亦提出類似的質疑，其謂：「平埔族的存在是不管

在歷史上與當代生活中都是一種事實，為何被迫消失的族群身分還需要透過『登記』而取得<sup>4</sup>？」像這樣民族的自我「認同」與國家的「認定」相左，固然能夠透過「政治解決」，亦即透過立法機關的修改法律或行政機關的修改命令，以明確的承認西拉雅族為原住民族。但是，難道全然沒有「法律解決」的空間嗎？亦即在現行法律底下，果真毫無透過解釋適用，以法律論證來正當化西拉雅族人之具有原住民身分的可能嗎？本文擬以此為討論的核心，在立法上不做變動的前提下，探究從司法上確立西拉雅族人成為國家法律上原住民的論證基礎。

## 貳、誰是原住民？－社會文化意義的原住民 vs. 法律意義的原住民－

從歷史發展過程可知，今所稱的平埔族與高山族，均是原住民族。在 17 世紀漢族開始移入且定居之前，台灣本島上原本的主人係南島民族。一部分在台灣南島民族，於 17 世紀遭荷蘭征服且因而與同受荷蘭統治的在台漢人移民有所接觸，這些民族嗣後被屬於漢族的鄭氏政權所接手統治，再為承襲漢族文化的清朝統治 212 年，因而被在台漢人稱為「平埔族」或表徵其已相當程度被漢化的「熟番」。19 世紀末已在台灣人口

<sup>1</sup> 參見陳俊安等，西拉雅正名運動暨文化復振回顧專輯，2000 年，頁 126-133。

<sup>2</sup> 依據賴清德市長於台南市政府主辦的「『平埔西拉雅原住民族』學術研討會：西拉雅認同與認定的追尋」（台北，2012 年 12 月 18 日）所為之致詞。

<sup>3</sup> 參見謝若蘭，遺忘·再現·西拉雅，新使者雜誌，128 期，2012 年 2 月，頁 26。

<sup>4</sup> 參見謝若蘭，平埔族群正名運動與官方認定之挑戰，台灣原住民族研究季刊，4 卷 2 期，2011 年夏季號，頁 136。

中占絕對多數的漢人與新來的日本殖民政權，就相對於平埔族，而稱呼在台灣之南島民族當中未曾受漢族文化影響的**另一部分**為「生番（蕃）」、「蕃人」、「高砂族」，並於戰後初期轉換為「高山族」一詞；惟戰後來台統治的國民黨政權基於「中華民族」的意識型態，以新創的「山胞」稱呼之。在戰後的中華民國法制下，高山族原住民又被依據係居住於「山地鄉」（原日治時期的蕃地特別行政區）或「平地鄉」（原日治時期的普通行政區），區分為「山地山胞」、「平地山胞」。於 1990 年代，高山族原住民族才自主地選擇、於今為國家法所接納的「原住民族」的稱呼，意指在今作為主流民族的漢族移入之前原本即居住於台灣的民族（以其為「原住」對比漢族之為「後住」，故不同於「少數民族」的概念），不過國家法上仍對原住民維持「山地」「平地」之別。<sup>5</sup> 據此，原係被稱呼但於今亦自稱為平埔族者，在民族屬性上亦為前述「在今作為主流民族的漢族移入之前原本即居住於台灣的民族」，亦即係「原住民族」。至於「原住民」一詞，則是用以指稱原住民族當中的個

人，例如現行法上的「原住民身分法」。

台灣的歷史學界，也將原住民族區分為高山族與平埔族。若沿襲日治時期的分類方式，高山族可分為九族：泰雅族、賽夏族、布農族、鄒族、魯凱族、排灣族、卑南族、阿美族、雅美族（今改稱達悟族）；而平埔族亦可再分為數族，包括本文所欲聚焦的西拉雅族，以及凱達格蘭族、噶瑪蘭族、道卡斯族、巴則海族、巴布拉族、貓霧揀族（即巴布薩族）、洪雅族、馬卡道族等<sup>6</sup>。

在歷史文化脈絡如此清楚底下，行政院原民會目前在其網站上，就「平埔族及南島民族簡介」，表示：「台灣原住民族屬於南島語系。在人種上屬馬來人。……台灣是南島語族分佈的最北端。台灣原住民族共有十九個部族，可略區分為原住民族和平埔族。……」（註：底線為筆者所添加，以下同）<sup>7</sup> 換言之，其分類是「台灣原住民族」等於「原住民族」加上「平埔族」。不過行政院原民會該網站上，「原住民族」的範圍即該會所認定的 14 族，包括了在學界通常被歸入平埔族的噶瑪蘭族，等於是把噶瑪蘭族拉到不含「平埔族」在內的「原住民族」的概念內。這樣怪異的分類，可能出於擬用「原住民族」一詞取代「高山族」，以將平埔族排除於「原住民族」概念之外，而不顧及此將扭曲噶

<sup>5</sup> 其詳，請參見王泰升，台灣法律史概論，2012 年 4 版，頁 19、23-31、57-59、161-162、168-169。換言之，「平埔族」是相對於「高山族」的稱呼。此一區分就類似同屬移居台灣的漢族，曾受荷蘭、鄭氏、清朝、日本統治者稱為「本省」族群（其可再依語言而分福佬、客家兩族群），沒有前述歷史經驗、但於二次大戰後之初因國民黨政權治台而移入者稱為「外省」族群（其實內含極少數之非漢族之人）。這些區分對於解釋台灣歷史發展經過，是具有意義的，但是未來是否維持這些分類，則視有無必要而定。

<sup>6</sup> 參見周婉窈，台灣歷史圖說，1997 年，頁 26；黃秀政、張勝彥、吳文星，台灣史，2003 年，頁 24-27。

<sup>7</sup> 台灣原住民族與世界南島語系民族的關係，<http://www.apc.gov.tw/portal/docList.html?CID=49744114ECE41D1F>，最後瀏覽日期：2012/11/30。

瑪蘭族的民族屬性，然而又礙於如上所述的歷史文化脈絡，不得不將平埔族歸入所謂的「台灣原住民族」。但根本的問題是，作為平埔族之一的西拉雅族，為什麼只能被稱為「台灣原住民族」，而不能在法律上被認定為「原住民族」？以致形式上須使用指涉內涵不同、但語感上應該相同的「台灣原住民族」與「原住民族」兩個詞彙。

行政院原民會到底為什麼不願認定西拉雅族人係國家法上的「原住民」呢？從百餘位西拉雅族人以行政院原民會為被告，訴請確認平地原住民身分的訴訟中，行政院原民會所為的答辯，可知其所持的如下兩大法律上理由。首先是就集體身分而言，行政院原民會認為依照**族別認定辦法**第 2 條規定，無論西拉雅族或平埔族，均非目前經行政院核定之原住民族，族人個人無從取得原住民之身分。其次就個人身分而言，行政院原民會認為原住民身分法第 2 條，就山地原住民與平地原住民之身分認定有不同規範，該條第 2 款明文規定平地原住民以「完成身分登記」為要件，則西拉雅族人個人未於政府四次開辦的登記期間（分別為 1956 年、1957 年、1959 年、1963 年）內辦理登記，法律上無由取得平地原住民身分<sup>8</sup>。在該案中，最高

行政法院僅從程序面駁回原告之訴，並未就行政院原民會所持上述理由為實質判斷，故在司法上仍有爭議的空間<sup>9</sup>。

行政院原民會的前揭立場，已造成屬於「認定」範疇的「法律意義的原住

言』。是第一款及第二款所稱『原住民族』，仍從內政部上開函釋意旨，及戶口調查簿種族欄登記為『生』或『高砂族』者方屬之。」然而，該函釋所言，有悖於事實，蓋如本文後述台灣省政府 1957 年曾核示：「日據時代居住於平地，其種族為『熟』者，應認為平地山胞」，因此戶口調查簿種族欄登記為「熟」者，既然是「山胞」之一的「平地山胞」，則其當為「山胞種族」之一。況且現行原住民身分法，乃併案審議行政院所提案的原住民身分認定條例草案、楊仁福等委員所提案的「原住民身分認定法草案」，以及章仁香等委員所提案的「原住民身分法草案」之結果，目前所見審議過程紀錄並未載明行政院版草案之立法說明已全然為立法者所接受，自無從將行政院於立法草案所表示之意見與「立法者意思」劃上等號，而作為「立法史解釋」的依據。原住民身分法立法紀錄及各版草案內容，參見立法院公報，89 卷 13 期，2000 年 3 月，頁 351-355；同公報，89 卷 19 期，2000 年 4 月，頁 66-71；同公報，89 卷 28 期，2000 年 5 月，頁 333-354；同公報，89 卷 57 期，2000 年 10 月，頁 596-604；同公報，90 卷 5 期，2001 年 1 月，頁 449-466。依以上說明，在此不將之列為行政院原民會所持主要理由。

<sup>9</sup> 參見台北高等行政法院 99 年度訴字 2306 號判決所載。按高等行政法院的判決結果，於程序上肯定原告即西拉雅族人得提起確認訴訟確認平地原住民身分之有無，然於實體上則贊同被告行政院原住民族委員會之見解，認為原告非原住民身分法所稱平地原住民。案經上訴後，最高行政法院 101 年度判字第 732 號判決駁回西拉雅族人之上訴，但駁回理由則是認為該行政爭議應詢申請一訴願一課予義務訴訟方式處理，應不許提起確認訴訟，至於該案西拉雅族人是否具有原住民身分之實體上主張，最高行政法院表明其「無庸審究」。因此，針對西拉雅族人是否具有平地原住民身分此一實體判斷，尚難謂司法機關已有確定見解。

<sup>8</sup> 行政院原民會曾主張，行政院 2000 年 9 月 16 日提請立法院審議之「原住民身分認定條例草案」第 2 條立法說明第 4 點謂：「又依內政部 81 年 3 月 4 日台（81）內民字第 8174921 號之函釋，上開山胞身分認定標準中所稱『山胞種族』（即本條所稱『原住民族』）」係指『台灣光復前，戶口調查簿種族欄登記為『生』或『高砂族』而

民」，與屬於「認同」範疇的「社會文化意義的原住民」，發生嚴重的斷裂與不協調。以追求公平正義為旨的法律，僅能做這樣的「認定」嗎？恐不見得。按法律的解釋適用原有多種可能性，究竟採取哪一個？乃是利益衡量、價值選擇之後的結果。已有著名的法學者指出，在進行評價時「須一方面以建立價值導向的思考方式，一方面以多數人關於正義或社會價值的共識作為評價的依據。此種共識乃所謂的社會通念，以之作為評價的準據，具有實踐的正當性<sup>10</sup>。」是以，行政院原民會透過解釋適用所造成的歷史文化「認同」與法律「認定」的悖離，是否符合社會通念，應受到大眾與學界的檢視。以下將對現行法提出另一種法律解釋及其適用於個案後的法律結論，並以特定的利益衡量與價值判斷支持該項法律結論。

## 參、現行法下多種解釋可能性

### 一、西拉雅族應係原住民族

在概念上，西拉雅族人應被認定為「原住民」的前提是：西拉雅族係「原住民族」之一。在現行法律上「原住民族」一詞的意涵為何呢？在憲法層次的條文，1992年憲法增修條文明確地保障時稱「山胞」之原住民的公民與政治權利，1994年憲法增修條文將「山胞」正名為「原住民」，繼而在1997年憲法修

正時從作為原住民個人之集體權的角度，確立了「原住民族」條款<sup>11</sup>。此即憲法增修條文第10條第9、10項（現已移為第11、12項）所規定的「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。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同<sup>12</sup>。」其後就以作為特殊民族的「原住民族」，而非僅是「原住民」個人的角度，逐步建構有關原住民族的法體系<sup>13</sup>。在肯認原住民族具有特殊性的情形下，司法院亦即將在數個地方法院以專庭或專股方式審理原住民案件<sup>14</sup>。

這些憲法條文上所稱「原住民族」

<sup>11</sup> 參見蔡志偉，從客體到主體：台灣原住民族法制與權利的發展，台大法學論叢，40卷特刊，2011年10月，頁1512。

<sup>12</sup> 有學者認為此兩項憲法條文，不問將其定位為基本國策抑或是具直接拘束力的基本權利條款，皆足以彰顯修憲者以針對原住民族與一般國民為積極性差別待遇，提高保護強度及正視其價值。參見黃俊杰，原住民權利保障與自治財政，台灣本土法學雜誌，47期，2003年6月，頁86。

<sup>13</sup> 首先是1998年第一部原住民族專屬法律，亦即原住民族教育法在立法院通過；2005年公布施行的原住民族基本法，則成為原住民族權利的法制基礎。參見蔡志偉，註11文，頁1504、1512。

<sup>14</sup> 哪一些涉及原住民族相關法律或被告係原住民的案件，應由該專庭或專股承辦，還有待具體明確化。關於原住民族專業法庭的概念及其在司法上的必要性，參見王泰升，附論—彌補世紀創傷的第一步：設置原住民專業法庭，載於同作者：台灣法的世紀變革，2005年，頁365-373。

<sup>10</sup> 參見王澤鑑，法律思維與民法實例，1999年，頁249。

的具體內涵，起初還欠缺法律位階的規範加以明確化。針對原住民之個人的身分認定、而於 2001 年 1 月公布施行的原住民身分法第 11 條規定：「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）公所」、「前項原住民之族別認定辦法，由行政院定之」。按原住民身分法制定時，並無法律位階的法規範來具體化「原住民族」內涵。在立法上原本應先制定有關原住民族之民族認定的法律，才據以進一步規範哪一些個人因屬於這些原住民族的族人而具有原住民的身分，但既然在尚無關於民族認定的法律的情形下，即欲制定關於個人認定的原住民身分法，該法只好授權行政機關發布命令處理個人屬於哪一個原住民族，亦即「民族別」的問題。行政院依前開授權規定，於 2002 年 6 月發布「原住民民族別認定辦法」，其第 2 條定義「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、邵族及其他經行政院核定之民族」<sup>15</sup>。

然而，2005 年 2 月公布施行的原住民族基本法，業已藉由定義原住民族的方式，來規範孰為原住民族的認定問

題。原住民族基本法第 2 條第 1 款定義「原住民族」為：「既存於台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」。目前行政院原民會就原住民身分認定問題，並不適用原住民族基本法此項規定，而是逕依前揭關於原住民個人「民族別」的行政命令，將原住民族的概念侷限於「經行政院核定之民族」，也因此認為未經行政院核定的西拉雅族非屬原住民族。本文則認為，依下述的法律解釋方法，在尚無原住民族認定法的現行法制底下，行政院原民會乃至作為司法機關的法院，均應依原住民族基本法進行有關原住民族的認定。

從整個原住民族法制體系而言，具有法律位階的原住民族基本法，對於原住民族的認定，具有基於一般性法律而生的補充適用的效力<sup>16</sup>。依法釋義方法論中的「立法史解釋」（或稱「歷史解釋」），行政院於 2003 年 6 月 16 日提出的原住民族發展法草案第 2 條第 1 款，原本比照原住民身分法而規定「原住民族：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、噶瑪蘭族及其他經行政院核定之民族」，但是 2005 年正式經立

<sup>15</sup> 嗣後行政院依該辦法陸續核定噶瑪蘭族（2002 年 12 月）、太魯閣族（2004 年 1 月）、撒奇萊雅族（2007 年 1 月）、賽德克族（2008 年 4 月）為法定原住民族，故目前法定原住民族有 14 族。

<sup>16</sup> 此一道理就好比特別法雖優先於普通法，但當特別法的規定有不足時，普通法的規定可補充適用，就是因為該普通法係屬於一般性法律。

法機關通過的原住民族基本法第 2 條<sup>17</sup>，卻將原住民族定義為「既存於台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」。兩相比對之下，可以看出立法者已刻意地針對原住民族之定義，在原有的「經中央原住民族主管機關報請行政院核定」外，增加了「既存於台灣之傳統民族」與「自認為原住民族」兩項要件，以對於原住民族的認定做進一步的規範。在關於西拉雅族的爭議中，該族如歷史學界通說及行政院原民會在網站上所自認者，係「台灣原住民族」，應屬「既存於台灣而為國家管轄內之傳統民族」，且西拉雅族已表明其作為原住民族的主觀意願，亦符合「自認為原住民族」的要件。

又，法釋義時應特別留意「目的解釋」的方法，與民族認定相關之法律的規範目的，可參照行政院原民會自己所草擬的「原住民族認定法草案」第 3 條：「原住民族之認定，應依民族意願，就其語言、宗教、民俗、歷史、人口分布或其他文化特徵審議後核定<sup>18</sup>。」在尚

未制定原住民族認定法的現行法制下，原住民族基本法就原住民族定義規定了「自認為原住民族」，其目的即在於補充上揭「原住民族認定法草案」未被制定所留下的規範空隙，以落實憲法增修條文所肯認的「尊重民族意願」的法內在價值。因此，在解釋原住民族基本法第 2 條時，應以最能顧及民族意願的方式來進行，而將「自認為原住民族」解釋為係認定原住民族的一個實質要件。至於「並經中央原住民族主管機關報請行政院核定」，則僅屬程序性的規定，非謂該中央原住民族主管機關或行政院可任意裁量。按西拉雅族已長年表達強烈欲成為原住民族，已符合「自認為原住民族」的主觀要件，又如上所述亦符合「既存於台灣而為國家管轄內之傳統民族」的客觀要件，故應依原住民族基本法之規定核定其為原住民族。

## 二、西拉雅族人應係原住民

關於原住民個人身分認定的法律依據，當然是原住民身分法。其第 2 條謂：「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：台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

<sup>17</sup> 原住民基本法之立法係由行政院版原住民族發展法、無黨聯盟原住民族基本法草案、親民黨團原住民族基本法草案併案協商而成。參見立法院公報，94 卷 7 期，2005 年 1 月，院會記錄，頁 550-559。

<sup>18</sup> 據報載，行政院原住民族委員會於 2006 年完成原住民族認定法草案，希冀以法律明訂原住民族認定的機制與條件，讓平埔族群在符合法定主客觀

條件下有機會回復原住民身分。參見威弓／伊書兒報導，原民會重修民族認定法草案，擬解決平埔族正名，公視新聞網原住民新聞雜誌網頁，2006 年 12 月 2 日，網址：[http://web.pts.org.tw/php/news/abori/view\\_abori.php?HTENO=261&HBENO=2783&DETAIL=1&TB=ABORI\\_POINTNEWS](http://web.pts.org.tw/php/news/abori/view_abori.php?HTENO=261&HBENO=2783&DETAIL=1&TB=ABORI_POINTNEWS)，最後瀏覽日期：2012/12/02。

親尊親屬屬於原住民者。二、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。」按平埔族在日治時期居住於該條文上所稱的「平地行政區域」內，且因被漢人和日本政權分別稱為「熟番」或「熟蕃」，而在「戶口調查簿」上被記載為「熟」。因此其較有可能該當的是「平地原住民」，然而擁有這項身分還有一項「申請登記」的要件。向來行政院原民會在解釋適用這項規定時，即認為西拉雅族非行政院所認定的原住民族，故西拉雅族人非「本人或直系血親尊親屬屬於原住民」，並認為戶口調查簿上被記載為「熟」的西拉雅族人，若未於公告登記期間（即 1956 年、1957 年、1959 年、1963 年，參見後述）已「申請登記」，則仍無法取得原住民身分。

以下將就原住民身分法第 2 條之適用於西拉雅族人，提出本文的解釋適用。首先，作為認定要件之一的「戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民」中的「原住民」，乃是作為特定身分的**認定（構成）要件之一**，而非經法律認定以後的**適用結果**，故其意涵應求諸於歷史或社會文化上所認知的原住民，而非經國家法律認定後的原住民。況且，條文上採用為認定依據的，乃是日治時期所完成的「戶口調查簿」。所謂的「戶口調查簿」，由來於日本殖民政權在統治初期，基於行政或治安目

的<sup>19</sup>，為了瞭解被統治者之現況及動態，而積極推動人口調查作業<sup>20</sup>。其在 1905 年所實施的國勢調查<sup>21</sup>，即臨時戶口調查，明列「種族」此一調查項目，承續清朝的分類模式，將居住於台灣之人民分為內地人、本島人（福建人、廣東人、其他漢人、熟蕃）、生蕃、外國人，1906 年起實施的戶口調查規程大致延續種族之調查項目及分類方式；至 1935 年戶口規則及其施行細則雖然將種族欄位，從原戶口調查簿欄位中刪除（但舊表登錄的資料未抽出銷毀），然而同年所進行的國勢調查，仍保留種族調查項目，只是將生蕃、熟蕃之名稱改為「高砂族」、「平埔族」，此後漢人、平埔、高砂的分類仍然存在於官方報告中<sup>22</sup>。換言之，今之中華民國法制基本上是以日治時期官方調查結果，亦即歷史文書，作為判斷法律上身分的憑據。而該戶口調查簿上所記載的「熟」，係在 17 世紀漢族開始大量移居台灣之前原已居住於台

<sup>19</sup> 此與當時日本內地為證明身分及親屬關係而進行之「戶籍」調查有所不同。參見阿部由理香，日治時期台灣戶口制度之研究，淡江大學歷史系碩士論文，2001 年，頁 10-11。

<sup>20</sup> 參見詹素娟，台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，台灣史研究，12 卷 2 期，2005 年 12 月，頁 127。

<sup>21</sup> 詹素娟的研究指出：日治初期的十年，總督府所致力進行的普通行政區住民資料的調查與記錄，將居住於普通行政區的熟番與一般漢人一同編入保甲、納入戶口制度，當時並未針對住民的「族群差異」為判別或分類，但與此同時，學界或行政體系皆積極展開對包括熟番與生番在內的「番情」調查，參見詹素娟，註 21 文，頁 131。

<sup>22</sup> 參見詹素娟，註 21 文，頁 131-137。

灣的「原住民族」，亦為台灣歷史界通說，已為台灣社會一般人所了解。是以，戶口調查簿上登載為「熟」的西拉雅人，即是原住民身分法第 2 條所稱的「原住民」。

況且，原住民身分法第 11 條第 2 項係規定「族別認定辦法，由行政院定之」，應指關於原住民個人所屬民族種類的辨別，由行政機關依命令為之，而非授權其自為「民族認定」。按行政機關關於族別認定的行政命令，本不得違反具法律位階的原住民族基本法，已如前述。若行政機關因怠惰或故意不作為而未將某原住民族列為「族別」之一，作為司法機關的法院仍可自行依據法律認定原住民族，且就個人的身分認定問題適用原住民身分法，而認定某一未被行政機關列入「族別」之原住民族的族人，具有原住民身分。否則行政機關即可藉由拒絕將某原住民族列入「族別」（可能有違法之爭議），剝奪其族人個人之擁有原住民身分及其權利義務，並因欠缺法律依據或具體明確的授權，而違反「法律保留原則」（參見中央法規標準法§5②，大法官會議釋字 313、443、491 解釋）。

接著還需從歷史發展過程，說明獲得平地原住民身分之另一項「申請登記」要件的由來。戰後來自中國的新統治者一開始所認識的「山地同胞」，僅僅是「居住於山地」（即日治時期蕃地特別行政區）的「高砂族／生蕃」。按 1954 年 2 月 9 日台灣省政府行文各縣市政府，即表示：「一、查現住山地行政區域內 12 萬餘人口中有 3 萬 3,000 餘之平地

人，此項平地人中尚有部分與山地同胞有血親姻親收養認領準正等關係，判別為山胞抑為平地人，時生困難，易起糾紛。二、茲特規定法令上所謂『山地同胞』之範圍如次：『凡原籍在山地行政區域內而其本人或父系直系尊親屬（父為入贅之平地人者從其母）在光復前日據時代戶籍簿種族欄登載為高山族（或各族名稱）者，稱為山地同胞。』……」<sup>23</sup>。由台灣省政府之將「山地同胞」限定於「原籍在山地行政區域」，可知其排除了日治時期稱為「平地蕃人」之非居住於蕃地的高山族<sup>24</sup>。

嗣後或因居住於平地（山地以外）的山胞（即日治時期的「平地蕃人」）身分爭議層出不窮，乃創設了「平地山胞」的概念。台灣省政府在 1956 年 10 月 6 日頒佈「平地山胞認定標準」，明訂「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」、「凡符合於第一點規定條件之平地山胞，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，鄉鎮市區公所於接受登記審核無誤後，並應於戶籍登記簿當事人『本籍及

<sup>23</sup> 參見台灣省政府公報，43 年春字第 30 期，1954 年 2 月，頁 402。又，同年（1954）年 10 月，針對台中縣臨時省議會議員暨縣長選舉事務所請示之「居住平地之平埔族，應視為平地人或山地同胞？」，台灣省政府的答覆為：「居住平地之平埔族應視為平地人，並列入平地選民名冊」。參見詹素娟，註 21 文，頁 153。

<sup>24</sup> 關於日治時期的平地蕃人，參見黃唯玲，日治時期「平地蕃人」的出現及其法律上待遇（1895-1937），台灣史研究，19 卷 2 期，2012 年 6 月，頁 99-150。

所屬鄉鎮市區村里鄰』欄內下橫線邊沿空由處橫蓋『平地山胞』紅色戳記」、「前項登記期間，自公告日起，至 45 年 12 月 31 日止」<sup>25</sup>。於是「山胞」的內涵，除了原來的山地山胞外，增加了須申請登記的「平地山胞」。

接著，國民黨政權又發現台灣還有已受漢化的平埔族。按各縣市政府受理平地山胞登記作業時，即發生平地的「熟番/平埔族」是否可登記為平地山胞的疑義。對此，台灣省政府 1957 年 1 月 22 日、1957 年 3 月 11 日，先後核示：「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』（見本府 45 年 10 月 6 日公報）」、「日據時代居住於平地，其種族為『熟』者，應認為平地山胞」<sup>26</sup>。換言之，基於平埔族亦居住於「平地」，而將其視同「平地山胞」，故同樣以「申請登記」為「山胞」身分取得要件之一。這在台灣法律史上有其重要的意義，按清朝、日本政權皆將同為原住民族的高山族與平埔族分別看待，國民黨治台初期亦然，但此時竟將兩者

同等視之。不過，「山胞」在 1950 年代是一個被污名化的群體，同屬「山胞」的作法並沒有讓高山族與平埔族因而形成共同的族群意識。於今，某些排斥平埔族加入「原住民族」這個群體的高山族人，難道依舊對兩者之形成一體缺乏信心乎？

「山胞」身分的分類與界定，因此在 1957 年已然明確底定。山胞依居住地域別，分為「山地山胞」與「平地山胞」，且採取雙軌制，山地山胞之身分認定無庸登記，平地山胞之身分則須辦理登記，而平地山胞，包含日治時期種族為「熟」者。1980 年台灣省政府山胞身分認定標準<sup>27</sup>、1991 年內政部的山胞身分認定標準<sup>28</sup>，皆沿用相同的規範模式，故 2001 年起施行的原住民身分法，除將「山胞」一詞改為「原住民」外，並無

<sup>25</sup> 參見台灣省政府公報，45 年冬字第 6 期，1956 年 10 月，頁 67。

<sup>26</sup> 參見傅寶玉等編，台灣省政府公報中有關原住民法規政令彙編 1，1998 年，頁 124-125，轉引自詹素娟，台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，台灣史研究，12 卷 2 期，2005 年 12 月，頁 154-155。

<sup>27</sup> 1980 年 4 月 8 日台灣省山胞身分認定標準第 2 條規定，「本標準所稱山胞係指山地山胞與平地山胞，其身分依左列規定認定之：一、山地山胞：本省光復前原籍在山地行政區域內，戶籍登記簿登記其本人或直系血親尊親屬為山胞各族名稱者。二、平地山胞：本省光復前原籍在平地行政區域內，戶籍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。」參見台灣省政府公報，69 年夏字第 6 期，1980 年 4 月，頁 2。

<sup>28</sup> 1991 年 10 月 14 日內政部山胞身分認定標準第 2 條規定，「本標準所稱山胞，包括山地山胞與平地山胞。其身分之認定，除本標準另有規定外，依左列規定：一、山地山胞：台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為山胞種族者。二、平地山胞：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為山胞種族者，並申請當地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地山胞有案者。」，參見總統府公報，5478 期，1991 年 10 月，頁 7-8。

做不同的規定。由於居住平地行政區域的高山族（日治時期的「平地蕃人」）以及平埔族之人，若欲成為「平地山胞」須經登記，故中華民國政府曾分別於1956、1957、1959、1963年公告，將於約兩個月的期間內受理為該項登記之申請<sup>29</sup>。在此產生了一個重要的法律爭議，亦即若未於公告登記期間內申請登記，是否即不得再為申請登記？進而因欠缺法定要件而喪失成為「山胞」或「原住民」的權利？行政院原民會在關於西拉雅族人之原住民身分認定的爭議中，即是採取未在該登記期間內申請登記者不得再申請登記，從而因欠缺要件而不具原住民身分的見解與立場。不過，從法釋義的立場，可以做有別於此的法律解釋。

依「立法史解釋」的方法，條文的意涵應參考制定當時的理由。按現行原住民身分法第2條之前身，即1991年內政部山胞身分認定標準第2條的立法說明曾提到，針對平地山胞身分認定，沿

用台灣省平地山胞身分認定標準，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<sup>30</sup>。」可見制度上要求辦理身分登記，乃著眼於便利行政機關區辨平地原住民與非原住民之需求。因此只要因原漢混居而繼續有區辨的需要，就應允許人民不定期地提出申請，而不應嚴格限制只能在1950年代後期、1960年代前期那4次僅開放約兩個月的期間內提出申請。

依「體系解釋」方法，為了配合原住民身分法第8條之存在著為「應取得」而「未取得」原住民身分者，提供補正的程序性規定，第2條關於原住民身分之法定要件，應朝具有「可補正性」的方向解釋。按作為取得平地原住民身分的要件之一的「申請登記為平地原住民有案」，若具有可補正性，亦即不限於在那4次僅開放約2個月的期間內為申請登記，則即可依據同法第8條之規定，認為在過去原住民族遭污名化的年代裡未申請登記者，係「依本法之規定應具原住民身分者，於本法施行前，因……其他原因……未取得原住民身分者」，進而適用該條所規定之「得檢具足資證明原住民身分之文件，申請……取

<sup>29</sup> 台灣省政府於1956年10月頒訂「平地山胞認定標準」時，同時公告登記期間1956年10月6日起至1956年12月31日止。參見台灣省政府公報，45年冬字第6期，1956年10月，頁67。其後，台灣省政府因「近據部分縣市請求已尚有部份平地及山地區平地山胞，因各種原因，未能及時申請登記及未辦理平地山胞登記，茲為謀求補救起見」之因素，陸續公告於1957年5月10日至同年7月10日、1959年5月1日起至同年6月30日止、1963年9月1日起至10月10日止補辦平地山胞身分登記，參見台灣省政府公報，46年夏字第37期，1957年5月，頁431；台灣省政府公報，48年夏字第8期，1959年4月，頁75；台灣省政府公報，52年秋字第47期，1963年8月，頁2。

<sup>30</sup> 立法院第一屆第88會期第17次會議議案關係文書。見立法院第88會期議事日程議事錄合訂本目錄13，1992年，頁73-79。

得原住民身分。」

尤要者，依「目的解釋」方法，亦應解釋為於公告登記期間經過後，仍可申請登記，以滿足該身分認定的法定要件。晚近有關原住民族的法律，非常重視當事人的意願，例如原住民身分法第7條規定，異族通婚所生子女因從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字而取得原住民身分，或非婚生子女因生父認領而取得或喪失原住民身分，「成年後依個人意願取得或變更」。因此，第2條之以須申請登記為平地原住民身分認定之要件的**規範目的**，應在於尊重當事人的**主觀意願**。唯有解釋為不受既有之公告登記期間之限制，當事人的主觀意願才能得到最大範圍的尊重，況且該第2條並未就身分登記的時點設定時效或期間以示加以限制之意。

依上開解釋，今之西拉雅人應可申請登記為平地原住民，相關的行政機關亦應受理之。事實上，中華民國政府似曾允許居住於平地行政區域的高山族人或平埔族人，在該等公告登記期間之外申請登記，進而取得平地原住民身分，故不應獨薄西拉雅族人。按條文內容與原住民身分法第8條類似的1991年內政部山胞身分認定標準第4條，<sup>31</sup>在制定理由中，曾明白將「未及於登記時效期間內取得山胞身分者」列為補辦身分登記之事由。此說明了至少在1991年時，

<sup>31</sup> 該認定標準第4條規定：「依本標準之規定應具有山胞身分者，如因結婚、收養而喪失山胞身分，或平地山胞未及於登記時效期間內取得山胞身分者，得檢具足資證明本人具有山胞身分之文件，申請回復或取得山胞身分。」

曾經發生或當時認為未於前揭公告期間內申請登記者，可以補辦登記，進而取得原住民身分。如果僅對西拉雅族人採取不同的法律解釋適用方法，拒絕其透過補辦登記而取得原住民身分，將違反憲法第7條所規定的平等原則。

## 肆、利益衡量與價值選擇

以上關於西拉雅族人應否被國家認定為具有原住民身分的法律爭議，容有兩種相異的解釋適用結果，究竟應採取何者，有賴**司法者**為利益衡量與價值選擇。不過，就個案應如何為利益衡量與價值選擇，仍有一些具普遍適用性的規範，**拘束**著作為法適用者的司法機關。

已具有國內法律之效力的「公民與政治權利國際公約」第1條規定，「所有民族均享有**自決權**，根據此種權利，自由決定其政治地位並自由從事其經濟、社會與文化之發展<sup>32</sup>。」聯合國原住民族權利宣言在前言的第一段落，亦以「確認原住民族與所有其他民族完全平等，同時承認所有民族均有權與眾不同、有權自認與眾不同，並有權因此得到**尊重**」開場<sup>33</sup>。從國際公認的標準來看，**尊**

<sup>32</sup> 我國於2009年施行之「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」第2條規定，公民與政治權利國際公約所揭規定，具有國內法律之效力；同施行法第3條也規定，國家應避免侵害兩公約所揭權利，並應積極促進各項人權之實現。

<sup>33</sup> 聯合國原住民族權利宣言中，與原住民族自決權或自我認同權較相關者，有第2、3、9條，分別為「原住民族和個人享有自由，與其他所有民族

重原住民族的意願（內部的自我認同）並承認之（他者的肯定/認定），已成國際潮流趨勢<sup>34</sup>。且我國 1997 年的憲法增修條文，已揭櫫憲法對於原住民族予以保障的基本決定，諸如「多元文化」、「依民族意願」、「維護原住民族語言文化」等等，可作為憲法價值決定的規範條款，構成國家權利的界線，立法者制訂法律、行政機關執行法律及採取各種行政作為，以及司法機關解釋適用相關法律或規定時，必須採取合乎憲法價值取向之解釋，俾使下位階的法律落實憲法規範，否則即有違憲之虞<sup>35</sup>。從而，**尊重西拉雅人的自我認同，以實現多元文化**，應成為在自由民主憲政秩序下的我國法院，就原住民身分認定之法律爭議，應優先衡量的利益、優先選擇的價值。

和個人完全平等，有權在行使其權利時，不受任何形式的歧視，特別是不受基於其原住民出身或身份的歧視」、「原住民族享有自決權。根據此項權利，他們可自由決定自己的政治地位，自由謀求自身的經濟、社會和文化發展」、「原住民族和個人有權按照有關社區或民族的傳統和習俗，歸屬某一原住社區或民族。行使此項權利不得引起任何形式的歧視」，華文版全文參見網址：<http://indigenous.teldap.tw/resource/international/26-2010-01-26-08-16-23.html>，最後瀏覽日期：2012/12/09。

<sup>34</sup> 1988 年台灣原住民族權利宣言第 10 條「原住民有權決定誰是原住民」，即是台灣原住民族訴求外界肯定其自我認同的體現。參見台灣原住民族文化產業發展協會部落格，台灣原住民族權利宣言（1988 年），[http://tw.myblog.yahoo.com/leps\\_taipei/article?mid=617](http://tw.myblog.yahoo.com/leps_taipei/article?mid=617)，最後瀏覽日期：2012/12/09。

<sup>35</sup> 參見李建良，淺說原住民族的憲法權利，台灣本土法學雜誌，47 期，2003 年 6 月，頁 123。

若如前所述，應以社會通念作為法律評價的準據。晚近有關原住民族的法律實踐，無不指向盡可能的尊重在歷史上曾受今之主流民族即漢族壓迫的原住民族的意願，以還給受壓迫民族一個公道。按 2001 年行政院將聚居於南投約三、四百位的邵族，核定為第 10 族，使其自鄒族中獨立而出，理由是「邵族族人強烈表達其單獨列為一族之意願」<sup>36</sup>；2002 年千餘名噶瑪蘭族人連署陳情復名，行政院審查後認「鑒於主觀民意上噶瑪蘭族具強烈共識，……，自應尊重其族人意願」，核定其為第 11 族<sup>37</sup>；2004 年 1 月太魯閣族、2007 年 1 月撒奇萊雅族、2008 年 4 月賽德克族經核定成為獨立的原住民族，理由也不外乎「（太魯閣族之正名）各族群先建立自己獨特的身分認同，彼此尊重，進而平等對待，建立多元平等的社會」「撒奇萊雅人區辨族別的意識強烈」、「（賽德克族之正名）尊重民族意願」<sup>38</sup>。可見行政機關已認知到，尊重民族的主觀認同，已成為當今台灣民眾所接受的社會通念。約當四百年前，台灣第一個外來的荷蘭政權征服

<sup>36</sup> 參見舞賽報導，邵族要正名，原住民第十族誕生，台灣立報，2001 年 6 月 5 日，<http://www.lihpao.com/?action-viewnews-itemid-57202>，最後瀏覽日期：2012/12/09。

<sup>37</sup> 參見何孟奎報導，噶瑪蘭終於復名了，聯合晚報，2002 年 12 月 25 日，第 9 版。

<sup>38</sup> 分別參見李順德報導，第 12 個原住民族 太魯閣族正名，聯合報，2004 年 1 月 15 日，A12 版；王貝林報導，原民第 13 族撒奇萊雅族今正名，自由時報電子報報導，2007 年 1 月 17 日；吳素柔溫貴香報導，賽德克族成為原住民第 14 族，中央社報導，2008 年 4 月 24 日。

了西拉雅族，該族從此遭受數個外族不斷的武力及文化的侵略，作為台灣受壓迫的時間最長的民族，於今欲回復民族的自我認同，若仍得不到台灣共同體法律溫馨的對待，真令人感嘆世間公道何在？

## 伍、結語

關於西拉雅族人的原住民身分認定問題，行政院原民會以西拉雅族未被行政院認定為原住民族，且西拉雅族人當年未在公告登記期間內申請登記為平地山胞為由，拒絕認定西拉雅族人具有原住民身分。然而，那只是多種可能的法律解釋適用方式之一，在此擬依法學界所公認的數種法釋義方法，對現行法提出另一種解釋適用方式。本文認為就原住民族之認定，應依原住民族基本法第2條就原住民族定義所引伸出的「既存於台灣而為國家管轄內之傳統民族」、「自認為原住民族」兩項要件，本於西拉雅族的歷史淵源及其已表達成為原住

民族的主觀意願，而認定其為原住民族。至於原住民身分法上關於認定為平地原住民的要件有二，其一是屬於由戶口調查簿所顯現之社會文化意義的原住民族之族人，其二為已以申請登記的方式表達其成為原住民的意願。以此法規範適用於西拉雅人的個案，應得出西拉雅人具有原住民身分之法律結論。而這樣的法律實踐，係立基於尊重西拉雅人的自我認同，以實現多元文化，乃是在自由民主憲政秩序下的我國法院，所應優先衡量的利益、優先選擇的價值。蓋倘若西拉雅族（或其他平埔族）有意重拾過去因被壓迫、被污名化而逝去的「原住民族」認同，重建固有文化，則曾扮演壓迫者角色的漢族並無強迫使平埔族待在漢人世界的理由，而曾同遭壓迫的高山族原住民族，亦應樂見西拉雅族或其他平埔族群的加入以豐富原住民族的多元文化。從追求歷史正義/轉型正義的觀點，今日的國家法沒有理由拒絕西拉雅族自我認同的主張。