



目錄

第九屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會	2
【專題演講】	4
非原住民得因法律行為而「取得」原住民保留地？——最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定及相關問題.....	4
【主題討論（一）原住民保留地借名登記買賣】 解析原住民保留地借名登記之爭議——以最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定為例.....	41
【主題討論（一）原住民保留地借名登記買賣】 原住民保留地 2020 年大法庭裁定實例解析.....	69
【主題討論（二）原住民身分法的釋憲影響】 原住民身分的憲法意義：從憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決談起.....	91
【主題討論（二）原住民身分法的釋憲影響】 原住民身分認同與權益保障的釋憲回顧與影響.....	115
【主題討論（二）原住民身分法的釋憲影響】 誰是原住民？——優惠給付措施之標準與個人身分認同權之拉鋸.....	127
【主題討論（三）原住民身分法的立法進路】 定義原住民（族）？——文化、身分、認同的國家法介入.....	141
【主題討論（三）原住民身分法的立法進路】 原住民身分與待遇於立法上的考量.....	160
【綜合座談會會議實錄】	172
【綜合座談會會議影像】	176



第九屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會

會議主題

第九屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會「原住民族權利治理實務與釋憲影響」

主題說明

原住民族委員會委託國立東華大學法律學系辦理「第九屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會」，旨在促進社會多元的對話與共議，藉由法律學術界、司法與行政實務部門及原住民族人的共同參與，冀以推動政府行政、立法及司法部門，提出更能體現憲法保障原住民族權利的司法保障措施。

本次研討會係聚焦：(一) 原住民保留地借名登記買賣之法效力；(二) 原住民身分法的釋憲影響；(三) 原住民身分法的立法進路。

辦理時間

中華民國 111 年 10 月 22 日 (星期六)

辦理地點

國立臺灣大學法律學院霖澤館 1301 多媒體教室

會議議程

時間	第九屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會	
09:00-09:20	報到	
09:20-09:30	開幕式	
09:30-10:30	主持人	鍾興華副主任委員 原住民族委員會
	專題演講	鍾任賜 法官 最高法院 非原住民得因法律行為而「取得」原住民保留地？ ——最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定及相關問題
10:30-10:40	茶敘時間	
10:40-12:00	主題討論 (一) 原住民保留地借名登記買賣	
	主持人	谷縱·喀勒芳安 副主任委員 原住民族委員會



時間		第九屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會	
	發表人	林秉欽 律師 財團法人法律扶助基金會原住民族法律服務中心 解析原住民保留地借名登記之爭議——以最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定為例 吳從周 教授 國立臺灣大學法律學院 原住民保留地 2020 年大法庭裁定實例解析	
	與談人	杜張梅莊 處長 原住民族委員會土地管理處 張照堂 律師 臺灣平鼎法律事務所	
12:00-13:30	午餐		
13:30-15:20	主題討論 (二) 原住民身分法的釋憲影響		
	主持人	黃昭元 大法官 司法院	
	發表人	賴俊兆 Semaylay i Kakubaw 處長 行政院人權及轉型正義處 原住民身分的憲法意義：從憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決談起 李荃和 律師 大恆國際法律事務所 原住民身分認同與權益保障的釋憲回顧與影響 吳秦雯 副教授 國立政治大學法律系 誰是原住民？——優惠給付措施之標準與個人身分認同權之拉鋸	
	與談人	黃居正 教授 國立清華大學科技法律研究所 黃明展 律師 華泓法律事務所 林明昕 教授 國立臺灣大學法律學院	
15:20-15:30	茶敘時間		
15:30-17:00	主題討論 (三) 原住民身分法的立法進路		
	主持人	雅柏甦詠·博伊哲努處長 原住民族委員會綜合規劃處	
	發表人	蔡志偉 Awi Mona 副教授 國立東華大學法律學系 定義原住民(族)? ——文化、身分、認同的國家法介入 胡博硯 教授 東吳大學法律學系 原住民身分與待遇於立法上的考量	
	與談人	樂錯·祿璞峻岸 副教授 國立成功大學地球科學系 曾興中 專門委員 原住民族委員會	
17:00-17:30	綜合座談		
	主持人	鍾興華副主任委員 原住民族委員會	



【專題演講】

非原住民得因法律行為而「取得」原住民保留地？——最高法院
108 年度台上大字第 1636 號裁定及相關問題

鍾任賜 法官 | 最高法院



非原住民得因法律行為而「取得」原住民保留地？ —淺論最高法院108年度台上大字第1636號裁定及相關問題

鍾任賜 最高法院法官

最高法院108年度台上字第1636號當事人間請求塗銷土地所有權移轉登記等事件（下稱系爭事件），依事實審所認定事實之法律爭議，承辦庭經評議後，認採為裁判基礎之法律見解具有原則重要性，而以裁定敘明理由，提案予民事大法庭（下稱大法庭），經評議決定受理後，復經與兩造多方¹共同協議整理法律爭點、諮詢專家學者²及主管機關原住民族委員會（下稱原民會）意見，並行言詞辯論後，歷時近2年，大法庭作成最高法院108年度台上大字第1636號裁定（下稱1636裁定），提案庭依該裁定意旨，隨即為最高法院108年度台上字第1636號判決（下稱1636判決）。

上開事件審理期間，大法庭、承辦庭法官及相關參與者，皆戮力以赴，不僅廣蒐、閱讀、整理原住民保留地（下稱原保地）之相關資料（不限於法律層面），亦及於憲法、原住民族基本法（下稱原民基本法）、山坡地保育利用條例（下稱山坡地條例）、公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）、經濟社會文化權利國際公約（下稱經社文公約，與公政公約合稱兩公約）及相關國際公約、民法總則、債編、物權等等相關面向資訊³。

大法庭1636裁定之後，最高法院陸續作成多件裁判，分別揭示相近原因事實之法律問題見解，學界亦有數篇高論出現。本報告擬以1636裁定參與者的親身經歷，淺述該裁定之作成及相關議題，就教於專家學者，俾供來日裁判依循或思考面向參考。

一、個案解讀與原則重要性提案分析

憲法訴訟法第59條第1項規定：人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。故最高法院法官於承辦案件時，須具「憲法意識」之敏感度。而國家肯定多元文化，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，此觀中華民國憲法增修條文（下稱憲法增修條文）第10條第11項、第12項規定自

¹ 該案審理期間陸續有數件併案，參與辯論之訴訟代理人眾多，故稱為「兩造多方」。

² 包括林明昕、蔡志偉、鄧衍森等教授，為簡省行文，以下引註僅稱作者姓名。

³ 以主辦法官為例，所提出之徵詢書研究意見、補充意見合計 1 萬 1,793 字、提案審查報告 2 萬 9,246 字、提案背景參考資料節錄 3 萬 2,489 字、終結審查報告 5 萬 9,649 字，倘加上審理過程其他書面資料，總計 15 萬 8,480 字。

明。

系爭事件之個案事實，乃不具原住民身分者，藉由數個法律行為構築，包括設定抵押權、地上權先取得系爭土地之價值與用益權能後，再以借名登記契約、買賣契約，將該土地移轉登記為「人頭」所有，用以規避山坡地條例第37條、原住民保留地開發管理辦法（下稱原保地開發辦法）第15條、第18條第1項（該等規定，以下合稱或通稱為系爭規定）之原保地買賣一條龍手法⁴，似有悖於上開憲法增修條文保護原住民族旨意，此乃系爭事件承辦庭提案大法庭之初始緣由。

（一）原因事實與提案法律問題解讀

大法庭接獲提案後，必先各依歧異提案、原則重要性提案要件等程序面，評議是否受理，即於決定受理該提案後，始進行實體面之審理程序。然而，大法庭成員如何解讀、界定該提案之原因事實與法律問題內涵，往往貫串程序、實體審理程序之間，至為重要。

1、個案原因事實

甲（原住民）以未經全體繼承人同意之協議書，於辦理繼承分割登記後，將屬原保地之遺產A地登記為其所有。嗣非原住民乙為經營民宿，出資購買A地及興建B屋，且為擔保該出資及取得B屋之占有權源，由甲處取得A地之抵押權、地上權後，繼與原住民丙成立借名登記契約，再以丙之名義與甲簽訂A地買賣契約，甲即將A地所有權移轉登記予丙（以上為事實審認定之事實）。

丁為繼承人之一，依民法第828條第2項準用第821條本文及第767條第1項中段；或民法第831條準用第828條第2項、第821條本文、第179條、第184條第1項前段、第213條、第242條及第113條規定，起訴請求：丙應塗銷A地之所有權登記；乙應塗銷A地之抵押權暨地上權登記；甲應塗銷分割繼承登記。

2、提案法律問題。

- (1) A地為原保地，非原住民乙為經營民宿而出資購買，與原住民丙成立借名登記契約，並以丙之名義與甲簽訂買賣契約，該借名登記契約、買賣契約有無違反禁止規定之情形？其效力如何（下稱問題一）？

⁴報導者於「山頭上的掠奪」系列採訪文章，稱該類型原保地買賣為「一條龍手法」，頗為傳神，以下援引之。該文網址：<https://www.twreporter.org/a/aboriginal-reserve-sale-land-loss-technique>。

- (2) 同上 之情形，甲將A地所有權移轉登記予丙，該移轉登記行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何（下稱問題二）？
- (3) 同上 之情形，甲於A地為乙設定地上權，該設定地上權行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何（下稱問題三，與上二問題合稱提案問題）？

3、解讀

我國大法庭制度，與以往機制（終審法院之判例與決議制度）相較，有三項主要特點：第一，以法律明文規定其設置、組織與任務；第二，係以審判權之作用，在訴訟關係的個案上表示見解；第三，經由當事人參與法律見解之形成，達成統一見解之任務⁵。職是，解讀大法庭裁定，需確實認識該裁定訴訟關係的個案事實，不能再以原判例、決議的理解模式，任意推衍非該裁定原意的揣測⁶。

提案法律問題之設定，係屬提案庭之權限與義務。倘法律問題未能具體明確，提案庭於徵詢階段應行撤回；縱提案至大法庭，亦可能因而不獲受理。又最高法院民事庭裁判風格向以精簡為尚，當仔細研讀其真意，以避免誤會。如問題一之「該借名登記契約、買賣契約」，乃依序指乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約。至於甲乙間之買賣契約效力，並非該問題內容⁷。

（二）原則重要性提案分析

1、相關規定及其釋義

最高法院民事庭各庭審理案件，經評議後認採為裁判基礎之法律見解具有原則重要性，得以裁定敘明理由，提案予大法庭裁判，此觀法院組織法第51條之3 規定即明。其立法理由敘明：最高法院民事庭各庭於評議後，倘認採為裁判基礎之法律見解具有原則重要性，為促進法律之續造並增進最高法院見解之安定性及可預測性，得由各庭以裁定敘明理由，提案予大法庭裁判。所謂法律見解具有原則重要性，係指法律見解有促使法律續造之價值，或因屬新興、重大且普遍性之法律問題，乃有即時、預為統一見解之必要性而言。

基此，法律見解是否具有原則重要性，乃該法律見解有促使法律續

⁵ 王梅英，大法庭新制，司法周刊第 1948 期【司法文選別冊】，3 頁。

⁶ 例如，1636 裁定就「借名登記契約」之效力，並未改採一律或原則否定之見解；又如，提案問題使用民法第 71 條本文之「禁止規定」用語，避開該條關於效力規定、取締規定二分法之質疑。

⁷ 斟酌系爭事件個案之訴訟標的與聲明，甲乙間之買賣契約效力如何，並無審認判斷之必要。

造之價值，或因屬新興、重大且普遍性之法律問題（具備二者之一），而有即時、預為統一見解之必要性。採為裁判基礎之法律見解，倘具有原則重要性，且為促進法律之續造，增進最高法院見解之安定性及可預測性，民事庭各庭得經評議後提案予大法庭裁判，大法庭應依上開基準為受理與否之判斷。

是故，得以原則重要性提案予大法庭之法律見解，可能有下列三種情況：

類型一：某法律見解因有「促使法律續造之價值」，且有「即時、預為統一見解之必要性」，符合「具有原則重要性」要求，並通過「為促進法律之續造」、「增進最高法院見解之安定性及可預測性」之檢驗。
類型二：某法律見解因屬「新興、重大且普遍性之法律問題」，且有「即時、預為統一見解之必要性」，符合「具有原則重要性」要求，並通過「為促進法律之續造」、「增進最高法院見解之安定性及可預測性」之檢驗。

類型三：某法律見解因有「促使法律續造之價值」，又屬「新興、重大且普遍性之法律問題」，且有「即時、預為統一見解之必要性」，符合「具有原則重要性」要求，並通過「為促進法律之續造」、「增進最高法院見解之安定性及可預測性」之檢驗。

歸納上開分析，可發現「法律見解有促使法律續造之價值」與「為促進法律之續造」二者異同之疑問。然無論如何，法律見解具備促進法之續造價值，即得為原則重要性提案，應可確定。又某法律見解具備促進法之續造價值，又通過有「即時、預為統一見解之必要性」、「增進最高法院見解之安定性及可預測性」之檢驗，即為類型一之情況，不論是否屬「新興、重大且普遍性之法律問題」，應均得為原則重要性提案。

2、提案問題符合原則重要性提案之說明

(1) 關於法律見解具備促進法之續造價值部分

最高法院於92年10月7日第16次民事庭會議決議：依民事訴訟法第469條之1規定，許可上訴第三審之原則為：事件所涉及之法律問題，無法律規定或解釋、判例可據，而須為創造性之闡釋者。

事件涉及之法律規定有疑義或不完備，須依事件性質、憲法原則或法律倫理原則為創造性之補充、擴張或限縮其規定之適用者。

事件涉及之爭點，法律雖有規定，但法律倫理觀念已有變更或社會情況已有變遷，須為因應、符合現況之闡述者。原判決所持之法律見解與本院判決先例歧異，須統一其見解者。事件所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要者。其中第一點至第三點係關於「法之續造」，第四點係關於「確保裁判之一致性」，第五點係關於「法律見解具有原則上重要性」之解釋^{8、9}。從而，關於法院組織法第51條之3立法說明「法律見解有促使法律續造之價值」、「為促進法律之續造」，當可參照民事訴訟法第469條之1「法之續造」闡述為解讀，以求法律體系之一致性¹⁰。

民國35年4月29日制定之土地法第30條規定：「私有農地所有權之移轉。其承受人以承受後能自耕者為限。」嗣於64年7月24日修正為：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，並不得移轉為共有。但因繼承而移轉者，得為共有（第1項）。違反前項規定者，其所有權之移轉無效（第2項）。」增訂該條第2項之立法理由謂：明定違反第一項其移轉無效¹¹。違反舊土地法第30條規定而無效者，乃指物權行為而言，然違反農地農有規定之債權行為效力如何，原爭議頗大，其後以民法第246條第1項本文、但書為處理，但最高法院多數見解仍堅持違反農地農用者，係屬規避禁止效力規

⁸ 沈冠伶認為於下列情形，應認有民事訴訟法第469條之1之原則上重要性，而應許可上訴。

多數不特定之訴訟事件涉及同一法律問題爭議； 系爭法律問題之解決影響社會大眾生活或交易； 為保障程序基本權、聽審請求權； 顯有勝訴（上訴有理由）之望者； 具有再審事由。參見氏著，第三審許可上訴制之探討--以通常訴訟事件為中心及著重於「原則上重要性」之標準建立，台北大學法學論叢 57 期，354 至 363 頁。

⁹ 黃國昌則謂： 上訴理由所指摘之判決違背法令，如涉及下列事項，原則上應認「其法律見解具有原則上重要性」： 憲法基本價值；具體個案所提出之法律問題，如牽涉憲法之基本價值或基本人權之保障，仍適當由最高法院進一步加以闡釋； 法律之立法意旨及其適用範圍； 法律之規範矛盾； 高度爭議法律問題。 案件所涉及之法律見解，若具有超越個案處理之一般重要性，包括有許多目前已提起之案件或將來可能潛在發生之案件涉及相同之法律問題，固應認其所涉及之法律見解有原則上重要性。然即使該法律見解無涉及其他案件之明顯潛在可能，亦不應當然認其不具備原則上之重要性。倘若該法律見解就該個別案件之處理具有重要性，並有下列之情事之一者，在解釋上亦應認為其具有原則上之重要性： 該訴訟之結果，將涉及多數人之利益或不特定人之集團利益。例如，大規模之共同訴訟或由一定之代表或團體所提起之具有相當集團性之單一訴訟。 原審判決明顯地違背法令。參見氏著為誰存在之金字塔型訴訟制度？一對新修正民事訴訟法第三審許可上訴制之評析，民事訴訟理論之新開展，2005 年 10 月，499 至 501 頁註 58。

¹⁰ 沈冠伶謂：關於原則重要性提案之解釋，必須較許可上訴之要件設定較高之標準，以避免侵害或弱化受訴合議庭自我負責之審判任務，參見氏著最高法院大法庭與統一法律見解—以民事大法庭為中心，月旦法學雜誌，第 280 期，2018 年 9 月，55 頁

¹¹ 於 89 年 1 月 26 日因放寬農地農有政策之執行，原有關農地移轉承受人資格及身分限制之相關規定，而配合刪除。

定（脫法行為）而無效。

觀諸系爭規定有關原保地之「如有移轉，以原住民為限」、「不得轉讓或出租」、「其移轉之承受人以原住民為限」等規定，頗似64年7月24日修正前之土地法第30條「其承受人以能自耕者為限」之文字，其違反之法律行為效力如何，乃眾說紛紜¹²。職是，原保地之原住民所有（原有），及原住民使用（原用）之相關法律見解爭議，能否比附援引「農地農有農地」為處理依憑？實有疑義。蓋違反系爭規定之效果，並無64年7月24日修正土地法第30條第2項之明文；農地與原保地之性質是否相近，尤待討論；且「農地農有農用」與「原地原有原用」之規範目的、立法旨意是否相類，更有研究探求必要。

提案庭除於徵詢書之補充意見載及：提案問題與農地買賣相關法律見解之異同外，更涉及原保地之立法意旨、規範目的、性質與違反效果；規避原保地移轉限制規定之法律行為效力。以故，提案庭一再強調：提案問題，或可「參考」農地買賣之法律見解思考，但不應受其侷限或複製。要之，無論是否援用農地之法律見解，均涉及法律續造層次。

兩公約已明定原住民族之權利，我國原住民族法律體系，係以聯合國「原住民族權利宣言」為最高指導原則，新夥伴關係協定、憲法增修條文第10條第11項、第12項及原民基本法，所構築而成之原住民族基本權利¹³。而文化權、居住權、土地權等，均屬原民基本法規範之原住民族權利。上開憲法增修條文、國際公約、原民基本法規定，均為思考或解決提案法律問題之指導方針。質言之，系爭規定，乃具體實現上開權利規範所訂定之法令，其應如何解釋，而妥善適用於實際個案之法律見解爭議，除涉及原住民族地位、文化、土地使用保障外，亦屬憲法層次與國際公約共識議題。

其實，於大法庭是否受理提案問題之討論過程，數與會者提及「財產權保護與限制」、「法律保留原則」、「基本權與基本國策衝突」、「合憲解釋」、「少數族群文化保護」、「原住民族相關

¹² 參見劉福來撰寫「臺灣高等法院所屬法院 107 年度具有參考價值裁判書類審查意見表」；楊清民著「台灣原住民保留地相關法律問題之研究—以地上權、所有權及設置專業法庭為中心」，186 至 202 頁。

¹³ 蔡志偉，從客體到主體：台灣原住民族法制與權利的發展，台大法學論叢第 40 卷特刊，2011 年 10 月，1514 頁。

法律立法趨勢」等等議題，皆與提案問題之法律見解爭議相關。以故，淺見認應併從憲法價值規範及原則角度，以妥適、周延尋得結論，而不宜僅從民事法律適用層次思考。

提案問題有三，各有不同面向之思考、待處理之爭議，亦與民法第71條、第246條第1項、物權行為無因性等民事法律適用之重大議題關係甚深，且最高法院前未針對民法第71條規定於是類事件（即原保地買賣之一條龍手法）之適用，明確表示法律見解。

綜此，依最高法院於92年10月7日第16次民事庭會議決議所揭示之法律續造認定原則判斷，提案法律問題應已具備。蓋其所涉及之法律問題，並無法律規定或解釋、判例可據，須為創造性之闡釋；且涉及之法律規定有疑義或不完備，須依原保地相關事件之性質、憲法原則或法律倫理原則為創造性之補充、擴張或限縮其規定適用；況原住民族權益保護，乃近10餘年之重大議題，更應依國際潮流、憲法增修條文及原民基本法意旨等規範變遷，為因應、符合現況之闡述。從而，提案問題之法律見解，應有促使法律續造之價值，且為促進法律之續造。

(2) 關於屬新興、重大且普遍性法律問題之說明

提案問題具普遍性，此從實務裁判甚多可知，值得注意的是，未成為訴訟事件之交易數量更多，若以原保地之面積來看，已具相當普遍性。而提案問題涉及相關當事人之權利義務關係重大，動輒數百萬乃至千萬元以上之經濟利益。尤以，原保地雖屬舊制，然因上開憲法增修條文、國際公約、原民基本法制定等項，恐有不同思考面向，將之定位於新興法律問題，亦屬妥適。

再依事實審所認定之事實：非原住民乙為經營民宿¹⁴，出資向甲購買原保地，即於A地設定地上權（及抵押權），再與原住民丙成立借名登記契約，並以丙之名義與甲簽訂買賣契約，A地所有權移轉登記為丙所有。上開法律行為業經地政機關辦妥登記，已有公示登記外觀，其效力如何，不僅涉及相關當事人之權利義務，更衍生原保地買賣、交易、物權取得與相關法律規範，乃至憲法價值衝突問題，要屬重大且普遍性之法律問題。

¹⁴ 乙曾抗辯其係與丙合資共同經營，不為事實審採納，故本件不思考原住民與非原住民合資購買原保地之法律效果判斷，即此類型事件非 1636 裁定之討論標的，併此說明。

(3) 關於有即時、預為統一見解必要性之說明

事實審就問題一、三部分，即有無效說、原則無效說、非屬無效說、區分說等不同見解¹⁵。惟觀其理由，尚未盡周延而待補充。倘由大法庭通盤檢討，就提案問題為詳細明確判斷，當可解決事實審數十年之法律爭議，而發揮大法庭「統一見解」功能。況問題一，與最高法院102年度台上字第2189號判決所採見解相關；問題三，直接面對最高法院107年度台上字第90號判決所採見解。至問題二雖尚無最高法院相關見解，然學說爭議甚大。提案庭多次說明未採歧異提案之緣由¹⁶，而以原則重要性為完整提案，冀能藉大法庭集思廣益，一次為完整週密之資料蒐集、專家意見表達及充分之公開辯論各項爭點，而即時、預為統一見解，不但可節省各庭個別研究、思考時間，亦能提供事實審為依憑、原保地之法律適用機關參考，甚至援為立法規範制定之實務佐據。

(4) 關於增進最高法院見解之安定性及可預測性之說明

依徵詢程序所得結果，就提案法律問題所涉見解，各庭歧異甚大；而從大法庭初步評議過程，亦發現成員間各有不同見地。是大法庭受理提案，自得「增進最高法院見解之安定性及可預測性」。或有「個案認定判斷」之提議，然該判斷基準為何，亦應藉由大法庭充分辯論，取得共識，發揮最高法院一錘定音的功能，當符合大法庭設計原則重要性提案的目的。

再者，提案庭將數項相關法律見解爭議，分為三個法律問題提出，意在尋求符合憲法規範貫徹、國際公約精神、原民基本法落實界限、民事法律行為合法控制與妥適等角度的完整解釋，實有藉由大法庭之集體智慧，將相關法律見解爭議為週延判斷，俾能增進最高法院見解之安定性及可預測性¹⁷。

¹⁵ 同註 12 之引註資料。

¹⁶ 原則重要性提案與歧異提案有交集可能，參見沈冠伶著，最高法院大法庭與統一法律見解—以民事大法庭為中心，月旦法學雜誌，第 280 期，2018 年 9 月，54 至 55 頁。

¹⁷ 上開說明，係改寫筆者為說服大法庭受理提案問題，而撰寫的報告內容。實則，涉及原保地買賣之一條龍手法及其效力之重大爭議，事實審見解歧異甚大，歷時甚久、未有前後一貫的體系性思考、討論層面侷限於民事法律、缺乏憲法意識、集體文化權或原住民族保護之基本國策面向觀點；而系爭事件之上訴理由，亦具體指摘事實審判決認定甲、乙間之借名登記行為；乙、丙間之買賣行為有效，違背民法第 71 條規定，亦為原則重要性提案之考量因素，附此說明。

二、 審理與辯論

依個案原因事實，非原住民乙乃為經營民宿，而出資購買 A 地及興建 B 屋¹⁸，藉由設定抵押權、地上權與借名登記（人頭）買賣契約與所有權移轉登記，實質取得 A 地之占有使用收益與交換價值，此種原保地買賣之一條龍手法，目的在規避系爭規定，應屬明顯。以故，提案問題雖區分為三，惟其核心爭議，乃法律行為違反系爭規定之效力如何而已。

（一） 提案受理與準備程序

提案問題，乃最高法院實施大法庭制度之後，民事事件的第一件提案，參與者都在研究探索、相互學習中，逐步成長。例如，原則重要性提案之前，是否需先經徵詢程序；徵詢程序之後，得否將歧異提案變更為原則重要性提案等等，都有相異見解提出與討論。大法庭就提案問題是否受理，先後經 3 次評議，多數成員始同意接受提案，其間歷程曲折精采，於此略下不表。

筆者為提案問題之大法庭受命法官，依大法庭評議先行準備程序，會同兩造多方整理法律爭點、諮詢之專家學者及其問題。茲將準備程序所整理且宜公開部分，臚列如下為佐憑。

（二） 提案問題所涉之共同爭點

- 1、 我國原保地之性質、規範意旨及違反效果。
 - (1) 從憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項之原住民族權利的視角觀察。
 - (2) 從基本權保障與限制的視角觀察。
 - (3) 從原民基本法、山坡地條例等相關法規的視角觀察。
 - (4) 從國際公約（含兩公約與一般性意見、原住民族權利宣言等）的視角觀察。
 - (5) 與農地農用規範意旨之比較。
- 2、 系爭規定性質及違反效力。
 - (1) 民法第 71 條本文規定之判斷基準。

¹⁸ 按實務見解，乙因出資興建 B 屋，即原始取得 B 屋之所有權。然系爭事件判決確定之後，B 屋是否無權占有 A 地？相關當事人權益要如何處理？尚待解決。又前已敘及，甲、乙間買賣契約之效力，非提案問題內容，大法庭毋庸審究，且當事人未於系爭事件為請求，亦非 1636 判決所得置喙，均附此說明。



- (2) 效力規定、取締規定及其質疑。
- (3) 規避（脫法）行為及其效力。

（三）提案問題所涉之個別爭點

1、問題一部分

- (1) 本院歷來見解整理。
- (2) 事實審歧異法律見解整理。
- (3) 系爭借名登記、買賣契約有無違反民法第71條本文規定？其效力如何？
- (4) 系爭買賣契約是否因違反民法第87條第1 項本文規定而無效？
- (5) 系爭借名登記、買賣契約有無民法第246 條第1 項規定之適用？

2、問題二部分

- (1) 本院歷來見解整理
- (2) 事實審歧異法律見解整理
- (3) 系爭移轉登記契約是否因違反民法第87條第1 項本文規定而無效？
- (4) 民法第71條本文規定之法律行為，其適用對象是否包括物權行為？
- (5) 系爭移轉登記行為有無違反民法第71條本文規定？其效力如何？

3、問題三之個別爭點

- (1) 本院歷來見解整理
- (2) 事實審歧異法律見解整理
- (3) 系爭設定地上權行為是否因違反民法第87條第1 項本文規定而無效？
- (4) 民法第71條本文規定之法律行為，其適用對象是否包括設定地上權行為？
- (5) 系爭設定地上權行為有無違反民法第71條本文規定？其效力如何？



(四) 諮詢專家學者之問題

- 1、 憲法增修條文第10條第11項、第12項規定，是否屬基本國策性質？是否為原住民族文化（集體）權之保障依據？
- 2、 憲法增修條文第10條第11項、第12項規定，得否為違憲審查之審查標準？其與基本權規定就原保地之相關法規範，有無衝突？
- 3、 系爭規定，形式是否合憲？有無違反法律保留及授權明確性要求？是否符合實質合憲性之要求？
- 4、 系爭規定，是否符合原民基本法之規範意旨？
- 5、 與原保地有關之國際公約（含兩公約與一般性意見、原住民族權利宣言等），其內容及其意旨為何？該國際公約於我國有無內國法效力？如何適用於我國？
- 6、 禁止非原住民購買或取得原保地，有無違反原住民生存權、財產權或其他基本權之保障？禁止非原住民購買或取得保留地，有無違反非原住民之財產權或其他基本權之保障？
- 7、 尚未禁止非原住民購買或取得保留地，有無違反憲法增修條文第10條第11項、第12項或原民基本法規定？
- 8、 對本件法律問題之意見。

(五) 參與辯論者之論述

筆者於準備程序會同兩造多方，擬定於提案問題辯論程序之前，如何在專家學者諮詢意見全部提出後之適當時間，各自撰寫完整的言詞辯論意旨狀，俾大法庭成員能有充分時間理解上開爭點之法律上理由（其實未必限於法律面向），進而能正確妥適作出裁判。幸獲參與之訴訟代理人（均為律師）支持合作，皆能於預定時間完成，促進辯論程序進行。參與辯論者對大法庭提出頗多值得思考的觀點，茲整理其摘要如後供參。

1、 無效說之法律意見重點

- (1) 原住民族權利具有集體權性質，非僅個人基本權。
- (2) 系爭規定可依憲法第5條、第7條之實質平等要求，給予原住民優惠性之差別待遇，與非原住民之財產權（土地所有權）間，獲得合憲存在空間。



- (3) 原住民族生活文化之形成與特色，與其對土地之使用、管理方式，有絕對關聯性。
- (4) 系爭規定對原保地的特別規範，可併參酌原民基本法取得合憲解釋。
- (5) 現行原保地制度禁止其所有權移轉予非原住民，符合兩公約內容，相互呼應。
- (6) 原保地非單純經濟問題，尚與原住民之生活文化方式，有密切關聯，如採集、漁獵及祭祀文化，為憲法所保障，其位階對政府施政亦有拘束力。
- (7) 原保地開發辦法第15條規定旨意，顯為限制僅原住民得承租或取得所有權，以保障原住民族實質上使用土地之權利，則舉重以明輕，就原保地設定地上權之權利，應解為限於原住民始能取得，該規定未逾越山坡地條例授權範圍。
- (8) 系爭規定係為具體落實憲法增修條文意旨，明文立法保障原住民生計，避免原住民依法受配取得原保地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權、所有權，遭他人脫法巧取，以致流離失所。違反該規定，依民法第71條本文規定，應屬無效。
- (9) 原民基本法將憲法保障原住民族之基本權予以深化，系爭規定將上開政策落實，形成制度性保障，限縮原保地之移轉對象，俾承載原住民族文化之土地，確定由原住民族掌握，以落實傳承並保障原住民族文化與經濟發展。
- (10) 判斷法規究係屬取締或效力規定，除應綜合考量其規範目的及法規意旨外，並應權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之實效性，斟酌其規範倫理性質強弱、法益衝突情形、締約相對人期待、信賴保護之利益與交易安全，暨當事人間之誠信公平。倘認該規定僅在於禁遏當事人為一定行為，而非否認該行為之私法效力，性質上應僅屬取締規定；若否認該行為之私法效力，始得落實該法規目的或保護更高之法益，則應屬效力規定。

2、無效說於言詞辯論期日之補充

- (1) 權立分立與司法權界限：解釋範圍不及於法規應如何規定始妥切。倘採有效說，將使人頭合法；放任結果，將迅速消滅原保地。



- (2) 借名登記契約不可架空憲法價值、立法選擇與行政裁量。
- (3) 山坡地之分流立法趨勢。
- (4) 基本國策呈現憲法價值取向，係屬公共利益，於符合比例原則範圍內，得限制基本權。
- (5) 土地為文化載體，原保地消失，原住民族文化即滅亡。
- (6) 違反系爭規定之物權行為，無獨立性、無因性可言。
- (7) 本件裁判影響深遠：肯認系爭借名登記契約有效，等於法院背書、認證非原住民可買原保地。承認非法狀態，不是司法的權力。
- (8) 原住民應是原保地主人，而非人頭。
- (9) 本件法律爭點之整理，高度與密度兼備。

3、有效說之法律意見重點

- (1) 法律解釋偏重於原住民基本權益，將造成族群衝突。
- (2) 採無效說見解，將違背法秩序之安定性。
- (3) 提案問題因系爭抵押權設定有效，而毫無意義。
- (4) 由有資力之非原住民取得實際使用權、經營民宿或為其他經濟活動，可活絡原保地之經濟。
- (5) 原保地開發辦法第15條違反法律保留原則，且有過度限制人民財產權之慮。
- (6) 山坡地條例第37條、原保地開發辦法第18條第1項，並未禁止「地上權」設定行為，須以原住民身分為必要。
- (7) 限制原保地之交易對象，造成其變價、融資不易或增加交易成本，不利於原住民族之經濟。
- (8) 限制非原住民取得原保地，不必然能保障原住民之生計，亦不必然會使其流離失所。系爭規定之限制手段，與欲達成之目的無合理關聯。
- (9) 物權行為有無因性之特性，不因債權行為無效而無效。民法第71條規定之法律行為，應限縮於債權行為，不應擴張包括物權行為，否



則物權行為無因性之原理，形同具文。

- (10) 甲、乙確有簽訂系爭買賣契約之真意，並達成合意，惟受限於法令，始由丙出名購買簽訂契約。甲、乙、丙三人對於由丙擔任出名人、簽訂買賣契約之交易安排及法律效果，均知悉而非通謀虛偽。

4、有效說於言詞辯論期日之補充

- (1) 規制手段與目的欠缺關聯性。
(2) 系爭規定不當限制原住民。

三、大法庭裁定內容之形成

提案法律問題於提案之前，業經提案庭縝密研究討論，蒐集資料逾千頁；於提案之後，仍不時接獲或查考有關資訊，加以吸收分析；復經諮詢專家學者意見，兩造多方之攻防論辯，雖不敢稱完備，但在法律審超量負荷的客觀條件¹⁹，主觀認知已盡了全力。

1636裁定作成之後，果不出所料，正反意見都有。惟部分意見對於該裁定的理解，頗讓筆者意外，剛好藉著「原住民族法學研討會」報告的機會，適當表露筆者對於上開爭點的個人看法²⁰。以下敘明筆者就上開法律爭點之思考脈絡與層次。

- (一) 依憲法增修條文第10條第11項、第12項之規範目的，原保地係為保護原住民族文化、經濟利益或二者皆屬之？係為原住民族之文化集體權？或僅原住民個人之經濟利益？

- 1、憲法增修條文第10條第11項、第12項明定「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」為基本國策。可見「肯定多元文化，積極維護發展原住民『族』語言及文化」、「依民『族』意願，保障原住民『族』之地位……對其……經濟土地……予以保障扶助並促其發展」，此乃憲法價值選擇。

¹⁹ 最高法院民事庭於 108 年間未結案件近 5,000 件，新收訴訟事件除經審查庭裁定駁回外，須等待近 2 年始分案予一般股法官，各方壓力雜沓而至，筆者擔任審查專股其中一員，為該院加速流程手段之一，又適逢大法庭制度初創，其間艱苦，非局外人所能體會。

²⁰ 大法庭裁定作成之前，需經每位成員充分表達意見；撰寫過程，亦需取得多數共識，故與個別成員看法、理想，不免有些差距，自應以該裁定內容為據。

- 2、 隨著憲法對多元文化價值之肯定與文化多元性社會之發展，並參諸當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢，為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展，依憲法第22條、憲法增修條文第10條第11項及第12項前段規定，原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利。此一文化權利應受國家之尊重與保障，而為「個別原住民」受憲法保障基本權之一環（參見釋字803號理由書）。
- 3、 循立法脈絡及規範意旨，可知立法者為維護及保障原住民族文化與經濟土地權利，延續文化多元性並落實轉型正義，將原住民族權益之保障特予入憲並制（訂）定相關法規，逐漸堆砌、形成完善之制度，以賦予制度性保障之目的，至為顯然。而土地及天然資源乃文化經濟發展之載體，與原住民族文化及經濟保障密不可分。以原保地而言，系爭規定亦揭示原保地之取得與移轉，均應限於原住民，如此方得確保該土地確實永續供原住民族所用。是為落實維護及保障原住民族文化、經濟土地及生存權。系爭規定限具有原住民身分之規定，始能符合憲法增修條文第10條第11項規定意旨，以原保地為維護發展原住民族文化之根據地，亦符合憲法增修條文第10條第12項國家應依「民族意願」保障原住民族經濟土地並促其發展之規定；原保地相關法體系規範原保地持有、移轉等以原住民為限之規定，實為反映「原住民族文化權」之憲法核心價值，為原住民族文化權及生存權能否保障扶助並促其發展之關鍵，其影響至為嚴重且深遠²¹。
- 4、 增修條文第10條第11項規定「積極維護發展原住民族語言及文化」之客觀規範，可視為承認原住民族集體文化權之客觀價值，而此等其客觀價值之內涵要素中，包含有具體之主觀權利態樣，如財產權，生存權，工作權以及教育權等。因此，有關基本國策之客觀規範，即可作為原住民族與個人享有文化集體權與有關基本權保障之依據；憲法增修條文第10條第11項明文規定原住民族之客觀集體文化權，與第12項規定「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」，承認原住民族自決權之應然命令，由於具有實現憲法價值體系之理由。因此，基於此客觀規範主張原住民族集體文化權與個人基本權保障之理由與依

²¹ 以上係參考原民會意見。

據，應無疑義²²。

- 5、 憲法增修條文第10條第11項、第12項規定，確得為違憲審查標準，並係以相關法令是否為「保護原住民族權利或維護其利益」之作為或不作為，次再判斷該作為或不作為是否將因此「實質阻礙原住民族繼續依其獨特之社會組織型態與利用方式使用該土地與自然資源」²³。
- 6、 我國憲法第13章及憲法增修條文第10條所規定的基本國策，為具有法拘束力的憲法規範，並非往昔的所謂「方針條款」。此一觀點，近年來已逐漸形成通說見解；而徵諸比較法，該通說見解也完全值得贊同；基本國策與基本權利同屬憲法上具有法拘束力的規範。不過相對於基本權利屬於「權利」性質，既課以各高權機關（立法、行政、司法等）必須遵守的（客觀）義務，也授予因該規範之被遵守而可受益的個別人民，在高權機關違反義務而背離規範時，有獨力向法院請求救濟的（主觀）權利，作為「原則」的基本國策，則缺乏個人得向法院請求救濟的權利性質，而僅係單純拘束各高權機關的義務。換言之，有機關之義務，而無相對應的個人之權利，實屬基本國策性質之憲法規範的最大特色²⁴。
- 7、 綜上可知，原保地制度，係為保障原住民族集體文化、經濟利益，非僅原住民個人之基本權，而包括原住民族之文化（集體）權、生存權，乃其一。原住民族文化之形成與特色，與原保地之使用、管理方式具關聯性，是形成原住民族制度性保障之重要依憑，為其二。原保地非單純經濟問題，尚與原住民族文化密切關聯，如同採集、漁獵及祭祀文化為憲法所保障，其屬基本國策位階，對行政、立法、司法均具拘束力，是其三。

（二）原民基本法、兩公約與本件法律問題之處理有無關聯？

- 1、 綜觀原民基本法第1條規定「為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，特制定本法。」其立法理由載明「本法之制定，係認落實憲法增修條文第10條第12項規定……」；且同法第2條第5款、第20條第1項、第23條各明定「原住民族土地：係指原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地。」、「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」「政府應尊重原住民族選擇生活方式……社會經濟

²² 參考鄧衍森意見。

²³ 參考蔡志偉意見。

²⁴ 參考林明昕意見。

組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利」；該第20條第1項立法理由敘明「依原住民族定義得知，國家建立之前，原住民族即已存在，是以國際間各國均尊重原住民族既有領域管轄權，並對於依附在領域管轄權所衍生的原住民族土地及自然資源權利也均予以承認」意旨，堪認原民基本法係深化憲法保障之原住民族權利。

- 2、 系爭規定將上開基本國策落實，形成制度性保障，限縮原保地之移轉對象，俾承載原住民文化之土地，確定由原住民族掌握，以落實傳承並保障原住民族文化與經濟發展。是依原民基本法相關規定，益證應就系爭規定為合憲解釋，始符基本國策要求。
- 3、 公政公約第27條規定：「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」聯合國人權事務委員會就上開公約規定所作之第23號一般性意見第7點：「關於第27條所保障的文化權利的行使，委員會認為，文化本身以多種形式表現出來，包括與土地資源的使用有聯繫的特定生活方式，原住民族的情況更是這樣。這種權利可能包括漁獵等傳統活動和受到法律保障的住在保留區內的權利。為了享受上述權利，可能需要採取積極的法律保障措施和確保少數族群的成員確實參與涉及他們的決定。」以及經社文公約第15條第1項規定：「本公約締約國確認人人有權： 參加文化生活； 享受科學進步及其應用之惠； 對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。」上開規定，依兩公約施行法規定，具國內法效力，自應遵守；系爭規定禁止原保地所有權移轉予非原住民，符合兩公約規範精神，當予以貫徹。
- 4、 土地資源的使用與原住民族文化權利行使不可分割，故原保地限制非原住民族購買或取得，其核心精神係在保障原住民族文化權利行使，並兼顧原住民族整體生存空間和民族經濟體的發展，此為前開一般性意見所肯認；從沿革觀之，亦得看出原住民族遭受政府及外力的墾殖，如不禁止非原住民購買或取得原保地，將使原住民族根植於土地的文化隨之消失，亦有違聯合國原住民族權利宣言第26條以降關於原住民族權利之保障，而亦違反原民基本法第20條政府承認原住民族土地之權利之規定²⁵。

（三） 系爭規定有無違憲之虞？

²⁵ 以上參考原民會意見。

- 1、法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的
是否正當，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度
之關聯性而定（釋字第682、694、701號解釋參照）。另為正當公益之目的
限制人民權利，其所採手段必要，且限制並未過當者，始與憲法第23
條比例原則無違。基於上開憲法暨憲法增修條文之意旨，國家具有保障
扶助並促進原住民族發展之義務。系爭規定乃規範（限制）原保地取得
與使用對象而有差別待遇，該規定所以為差別待遇，係因保障原住民族
（集體）文化權與經濟土地其用意在降低實現上開目的所為差別待遇造
成之影響。鑑於現今原住民族所處之弱勢地位，系爭規定所採取之分類，
與達成上開差別待遇之目的間，具有合理之關聯性，與憲法第7條平等原
則應無牴觸（釋719理由書參照）。以故，依憲法第5條、第7條之實質平
等要求，系爭規定給予原住民優惠性之差別待遇，應屬合憲。
- 2、憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，
均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：
關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法
保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參見釋字第
392號理由書），而憲法第7條、第9條至第18條、第21條及第22條之各種
自由及權利，則於符合憲法第23條之條件下，得以法律限制之。至何種
事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，
應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：
諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以
制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加
以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合
具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得
由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，
尚非憲法所不許（參見釋字第443號）。依山坡地條例第37條第6項授權制
定之原保地開發辦法，乃針對執行原保地法律之細節性、技術性次要事
項，由主管機關發布命令為必要之補充規定，無違山坡地條例第37條第
6項之立法精神，應符合層級化法律保留原則。
- 3、立法機關以法律授權行政機關發布命令為補充規定時，其授權之內容、
目的、範圍應具體明確，命令之內容並應符合母法授權意旨。至授權之
明確程度，固不應拘泥於授權條款本身所用之文字，惟仍須可由法律整
體解釋認定，或可依其整體規定所表明之關聯意義為判斷，足以推知立

法者有意授權行政機關以命令為補充，始符授權明確性之要求（參見釋字第765號理由書）。

- 4、 依山坡地條例第37條第1項、第2項、第4項分別規定「山坡地範圍內原住民保留地，除依法不得私有外，應輔導原住民取得承租權或無償取得所有權。」「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限。」「政府依前項第3款（稅捐稽徵機關受理以原住民保留地抵繳遺產稅或贈與稅）及第4款（因公法上金錢給付義務之執行事件未能拍定原住民保留地）規定承受之原住民保留地，除政府機關依法撥用外，其移轉之受讓人以原住民為限」可知，貫徹原保地為原住民所有所用（原地原有原用），乃上開規定之立法選擇，即為原保地制度之基礎。
- 5、 審諸山坡地條例第37條第6項「山坡地範圍內原住民原住民保留地之所有權取得資格條件與程序、『開發利用與出租』、出租衍生收益之管理運用及『其他輔導管理相關事項』之辦法，由中央原住民族主管機關定之。」之規定，及其立法說明所稱「為期授權辦法之授權目的、範圍及內容符合法律授權明確性原則……授權事項說明如下：…… 原住民保留地開發利用及出租之相關事項。…… 與原住民保留地相關之其他輔導管理事項。……」及原保地開發辦法第1條規定，堪認該辦法第15條、第18條第1項皆為符合法律授權明確性原則之法規命令，自無違憲之慮（未違反法律保留原則）。原保地開發辦法第15條規定旨意，限制僅原住民得承租或取得所有權，以保障原住民族實質使用原保地。舉重以明輕，就原保地設定地上權之權利，亦應限於原住民始能取得，該規定未逾越授權範圍。
- 6、 法律明確性要求，非謂法律文義應具體詳盡而無解釋之空間或必要。立法者制定法律時，自得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，選擇適當之法律概念與用語，包括適當運用不確定法律概念而為相應之規定。如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（參釋字第432、521、594、602、690、794、799、803號解釋）。系爭規定內容，自立法目的與法體系整體關聯性觀點，並非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷，自無違反法律明確性原則。

- 7、原保地持有、移轉等，以原住民為限之法體系規定，對財產權之限制，其目的除維護原住民族經濟亦是保障原住民族集體文化權，目的具有公益性，洵屬正當。所採取限制與規範目的之達成之間，存有一定程度之關聯性，且其所採手段必要，能維持原住民族土地利用、文化存續與非原住民生活之平衡，限制並未過當，符合憲法第23條比例原則，並未牴觸憲法保障人民財產權規範。職是，系爭規定並未牴觸憲法所揭櫫之比例原則、平等原則及保障人民財產權之規定；就實質合憲性而言，係指國家之權力行使倘有侵害人民之必要時，應以最適當、最小侵害的方法為之，其派生出適當性原則，即國家所採取之措施須有助於公益目的之達成、必要性原則，即由合乎適當性之措施中，選擇對權利侵害程度最小的手段，但其功效必須與較大侵害程度的手段相同，及衡平性原則，即國家之措施所可能引起的損害與所欲達成國家任務間，未有極端不相稱的情形發生；依原保地之設置宗旨，在於推行原住民行政、保障原住民生計，在此立法基礎上，就原住民取得原保地所有權，如有移轉，以原住民為限之規範，應無違反實質合憲性之疑慮²⁶。
- 8、原保地開發辦法之內容，係以山坡地條例第37條規定意旨，針對有關原保地之使用限制、讓與、分配或改配等細節性及技術性事項加以規定。蓋因山坡地條例第37條規定之法律效果及主要構成要件本身已作規定，授權主管機關決定者，限於原保地使用限制、讓與、取得耕作權、地上權、承租權及所有權與移轉事項。綜觀整部79年以後之原保地開發辦法，並未逸脫上開授權範圍，符合憲法上要求之法律明確性原則及法律保留原則。
- 9、禁止非原住民購買或取得原保地，雖有限制原住民族權利致生違反原住民生存權、財產權或其他基本權之保障之疑義。惟按前述審查標準，應視該項限制是否係屬「保護原住民族權利或維護其利益」之作為或不作為，次再判斷「合理限制」是否將因此實質阻礙原住民族繼續依其獨特之社會組織型態，與利用方式使用該土地及自然資源。基此，禁止非原住民購買或取得原保地，當係「保護原住民族權利或維護其利益」之作為，確無違反原住民生存權、財產權或其他基本權之保障。又原保地的權利歸屬主體，係以文化與身分認同為基礎，其權利內容亦係含括在原住民族傳統領域權之範疇，係屬憲法肯認與保障之特殊權利，本不在非原住民所得主張或行使的權利項目。是則，禁止非原住民購買或取得原

²⁶ 以上參考原民會意見。

保地，當無違反非原住民之財產權或其他基本權之保障；倘未禁止非原住民購買或取得保留地，確將實質阻礙原住民族繼續依其獨特之社會組織型態，與利用方式使用該土地及自然資源，確與憲法增修條文第10條第11項、第12項或原住民族基本法之規定意旨有違²⁷。

- 10、有關原住民族之經濟土地如何保障扶助，並促其發展，以及是否採行原住民原保地政策，制度上又如何具體設計等，乃立法形成自由的問題。立法者在此有很大的決定空間；只要不違反憲法條文所要求的保障扶助原住民族之經濟土地，並促其發展」的框架即已足。不過在另一方面，復鑑於憲法增修條文於此將「經濟土地」並稱，所以立法者設計的制度，最終不應違反該條項藉「經濟土地」之用語，確保原住民族土地之經濟利用價值的終極目標。換言之，立法者所提出的任何相關之原住民土地政策，無論是否為原保地制度，抑或該原保地制度如何具體設計，不應純粹為保留而保留，以致於忽略土地之經濟利用價值的維護與提升；否則相關的法律設計，將有違反憲法增修條文第10條第12項「保障扶助原住民族之『經濟土地』，並促其發展」之規範意旨的嫌疑²⁸。

（四）違反系爭規定之效力如何？

- 1、系爭規定係為具體落實憲法增修條文意旨，明文立法保障原住民生計，避免原住民依法受配取得原保地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權、所有權，遭他人脫法巧取，以致流離失所。
- 2、綜合考量如上（一）至（三）所述系爭規定之規範目的及法規意旨，權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之实效性，斟酌其規範倫理性質之強弱、法益衝突之情形、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易安全，暨當事人間之誠信公平等相關情形，可見須否認違反系爭規定之法律行為效力，始得落實系爭規定之規範目的或保護更高之法益。故違反系爭規定，依民法第71條本文規定，應屬無效（絕對無效）。
- 3、最高法院前案大多認為違反原保地開發辦法第15條規定，係屬無效。例如，103台上2394：原住民取得原保地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租，原保地開發辦法第15條第1項定有明文，

²⁷ 以上參考蔡志偉意見。

²⁸ 此乃林明昕意見。筆者以為：林明昕僅以經濟土地視角討論原保地，而未涉及原住民族文化（集體）權之觀點，乃其部分結論與其他受諮詢者不同之主因。

該辦法施行前之臺灣省山地保留地管理辦法亦有不得轉讓或出租之規定，上開規定意旨，乃在保障依法受配原住民之生活，使原住民保留地能歸原住民耕作，以保障原住民之權益，避免非原住民脫法取巧，使原住民流離失所，與山坡地條例第37條規定意旨相符，並未逾越法律之授權，核係效力規定。

- 4、違反系爭規定之債權行為、物權行為，均屬民法第71條本文「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。」之情形。

(五) 系爭借名登記契約、買賣契約等，是否為脫法行為？其效力如何？

- 1、甲丙間之借名登記契約、乙丙間之買賣契約及物權移轉行為，乃為規避系爭規定，應可確定。
- 2、最高法院裁判先例向認：當事人為規避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果行為，其事實上之效果違反法律規定之意旨，屬脫法行為，應非法之所許，自屬無效。例如：

(1) 100 台上775 ：

系爭土地為原保地，承受人以原住民為限，系爭土地買賣契約及借名契約屬脫法行為，依法無效。

(2) 85台上922 判決：

土地法第30條私有農地之移轉，其承受人以能自耕者為限之規定，旨在貫徹耕者有其田之基本國策，發揮農地之作用，是以若於農地買賣契約中雖形式上合法的約明移轉登記予有自耕能力之第三人，但買受人之目的，僅在於借用有自耕能力之他人名義取得產權，實質上並無使其真正取得農地從事耕作之意思，即係以迂迴之方法逃避土地法第30條之禁止規定，實為脫法行為，其買賣契約應屬無效。

(3) 87台上2834判決：

當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之行為，乃學說上所稱之脫法行為，倘其所迴避之強行法規，係禁止當事人企圖實現一定事實上之效果者，而其行為實質達成該效果，違反法律規定之意旨，即非法之所許，自屬無效。

- 3、論者有謂：唯有以違反民法第71條強制、禁止規定，無效，才能根本杜絕此種人頭買賣的做法，若依此法院之判決理由，很可能使投機者抱持著鑽漏洞的心態，僅需在契約時先約定須由其指定登記與任何具原住民



身分之第三人，或具體約定登記與具原住民身分之特定第三人，或約定於系爭土地解除移轉限制時始辦理移轉登記即可，這將使得違法的人頭交易繼續橫行原保地²⁹。

(六) 系爭借名登記、買賣契約，係屬通謀虛偽意思表示？

甲、乙、丙三人對於由丙擔任出名人、簽訂買賣契約之交易安排及法律效果，均知悉而欲其發生，故系爭借名登記、買賣契約非屬民法第87條第1項之「表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示」。

(七) 系爭買賣契約，是否屬於「以不能之給付為契約標的」？

系爭買賣契約，乃成立於甲、丙（乙為代理人）之間，目的是辦理系爭土地之移轉登記，因丙具有原住民身分，故系爭土地已移轉為丙所有，故系爭買賣契約非屬「以不能之給付為契約標的」。

(八) 提案問題之界限。

- 1、 甲乙間之買賣契約效力，非提案範圍。
- 2、 乙為甲設定抵押權之效力，非提案範圍³⁰。
- 3、 原住民身分認定問題，非提案問題之考慮因素。
- 4、 系爭規定妥適與否，非提案問題之考慮因素。

(九) 反對議論之簡要回應

- 1、 倘法律解釋偏於原住民權益，將造成族群衝突？缺乏論證，且與提案問題之解釋無涉³¹。
- 2、 採無效說見解違背法秩序之安定性？
 - (1) 系爭規定文義明顯、規範清楚，要無誤認之虞，不能積非成是。
 - (2) 違反原保地開發辦法第15條規定者，最高法院向認違反該規定之法律行為無效。

²⁹ 參張博鍾，《原住民保留地相關法律爭議之探討－以桃園市復興區為例》，東海大學法律學研究所，105年9月，176頁。

³⁰ 提案庭考量大法庭處理能量，決定由該庭自行處理，並於1636判決作成結論。

³¹ 1636裁定作成之後，相關當事人權益如何調整，尚涉及諸多法律適用問題，個案情節更有差異，有待將來解決。應特別說明者，系爭事件乃因繼承紛爭而起。若無相類之特別因素，原保地買賣之一條龍手法，恐將繼續發生而難導正。



- (3) 原保地買賣之一條龍手法，乃故意規避系爭規定之作為，當無信賴保護原則之適用。至於違背系爭規定之法秩序，原則應無安定性要求可言。
- 3、提案問題因系爭抵押權有效，而毫無意義？系爭抵押權之效力，非提案範圍³²。
- 4、非原住民取得原保地，可活絡經濟？
 - (1) 系爭規定之制定，乃立法機關權限。
 - (2) 系爭規定之具體落實，主要繫諸行政機關之執行力。
 - (3) 原保地制度，非僅經濟利益，尚有原住民族集體文化權保護、傳承等價值。
- 5、原保地開發辦法第15條違反法律保留原則，且過度限制人民財產權之慮？
 - (1) 山坡地條例第37條第6項之明確性授權。
 - (2) 立法說明意旨。
 - (3) 合憲解釋原則。
 - (4) 諮詢意見多認為原保地開發辦法第15條未違反法律保留原則³³。
- 6、地上權之設定，不以原住民身分為必要？
 - (1) 此乃原保地買賣一條龍手法之一部，不得單獨觀察。
 - (2) 綜合系爭規定精神，依民法第71條本文規定，為目的解釋³⁴。
- 7、限制原保地之交易對象，造成其變價、融資不易或增加交易成本，不利於原住民族之經濟？規範之妥當性，非提案法律問題之考量因素。申言之，原保地制度之精進，乃立法機關裁量選擇、行政機關政策執行層面問題³⁵。

³² 同註 30，且 1636 判決已明示其理由，詳如下所述。

³³ 1636 裁定並未碰觸原保地開發辦法第 15 條有無違憲之問題，特此說明。

³⁴ 系爭事件之非原住民，乃藉由地上權設定為保障其使用收益，換個角度來看，即掏空原保地由原住民所有之系爭規定，此與一般地上權之設定情況有別，可參照 1636 判決關於系爭抵押權效力之說明。

³⁵ 有趣的是，相同觀點亦出現於農地開放論者。於此，請特別思考本文一再強調的「原住民族集體文化權內涵」、「原保地乃文化經濟發展之載體」等觀點，及與農地性質等諸多面向之區辨。



- 8、系爭規定之限制手段，與欲達成之目的無合理關聯。參系爭規定合憲部分之說明。
- 9、民法第71條規定之法律行為，應限縮於債權行為？該規定屬法律行為之總則規定，何以應限縮於債權行為，難從文義、論理、沿革、目的、法之續造各解釋方法，為妥適之法理論述，應非可取。

四、大法庭1636裁定之解讀

原則上，法官僅能透過裁判表明其法律見解，最主要的現實因素，乃有心亦乏力。蓋承辦案件不斷湧來，無論能力是否具備，都必須作成裁判。已經終結的案件及完成的裁判，除了有緣遇到相同性質的個案，否則被罵翻天也未必知曉，因為現正承辦的案件（未結案），通常已讓法官昏頭轉向。以故，筆者費盡全力參與1636裁定出爐之後，不過一年光陰，竟然有相當程度的陌生感。法官透過一定機制與學界對話，當然非常重要的，如果時間允許的話！謹就個人接收之訊息，試著回應對1636裁定的質疑，但特別強調：此為個人淺見，與大法庭無涉。

（一）關於主文部分³⁶

1、1636裁定主文為：

非原住民乙欲購買原住民甲所有原保地經營民宿，為規避系爭規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙名義與甲簽訂買賣契約，甲以該地為乙設定地上權後，將所有權移轉登記予丙。乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得原保地所有權之效果，自違反系爭禁止規定，依民法第71條本文規定，應屬無效。

2、筆者解讀

- (1) 1636裁定主文載明原保地買賣一條龍手法之法律效果為無效，雖提案問題區分為三部分，然其結論與理由皆相同，故未個別書寫，以免冗贅。
- (2) 依1636裁定主文，可確認提案問題，乃針對非原住民藉由一條龍手法，實質取得原保地之所有權（所有權之全部權能為其掌有），係為規避系爭規定，應與直接違反該規定之法律效果相同。
- (3) 法律行為違反系爭規定，符合民法第71條本文「法律行為，違反強

³⁶ 為符合行文一致要求，依簡稱代碼改寫文字，特此說明。



制或『禁止』之規定者，無效。」規定之情形，不論其為債權行為或物權行為，均屬無效。

- (4) 1636裁定主文言簡意賅，精準針對提案問題的原因事實為回應，符合大法庭向來風格³⁷，亦為現行法律規定要求，並無迴避、限縮之意圖。

(二) 關於理由部分

1、1636裁定理由：

- (1) 為維繫、實踐與傳承原住民族特有之傳統文化，確保其永續發展，並參照當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢，憲法增修條文第10條第11項、第12項前段分別明定：「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」，以之作為基本國策（下稱保障原住民族國策）。此為憲法之價值選擇，具公益目的，為有拘束力之憲法規範，司法機關有遵守之義務，並據以判斷相關法令是否符合「積極維護發展原住民族文化，保障扶助原住民族之經濟土地並促其發展」之憲法價值。
- (2) 原保地乃文化經濟發展之載體，與原住民族文化及經濟生活保障，密不可分。立法者為維護、保障原住民族文化與經濟土地權利，延續文化多元性，自得制定保障原住民族權益之相關法規，以賦與制度性之保障。其中山坡地條例第37條第2項規定：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限」，及依該條第6項授權訂定之原保地開發辦法第18條第1項規定：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限」（即系爭規定），乃為確保原保地永續供原住民族（集體及個人）所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權而制定之法規。此參諸山坡地條例第1項、第4項分別規定：「山坡地範圍內原住民保留地，除依法不得私有外，應輔導原住民取得承租權或無償取得所有權」、「政府依前項（第3項）第三款及第四款規定承受之原住民保留地，除政府機關依法撥用外，其移轉之受讓人

³⁷ 1636 裁定作成之前，大法庭已有多件裁定，1636 裁定亦參考先前裁定體例，並非新創。

以原住民為限」益明。

- (3) 系爭規定限制原保地所有權之移轉對象以原住民為限，於形式上固有差別待遇。惟為保障原住民族文化權與經濟土地發展，落實保障原住民族國策，俾承載原住民族集體文化之原保地，確定由以原住民族文化與身分認同為基礎之原住民族掌握，所形成之制度性保障規範，其所採取之分類與達成該差別待遇之目的間，具有合理之關聯性，無違憲法之平等原則。而依山坡地條例第3條規定，原保地係國有林事業區、試驗用林地及保安林地以外，經中央或直轄市主管機關參照自然形勢、行政區域或保育、利用之需要，就標高在100公尺以上，或標高未滿100公尺，而其平均坡度在百分之5以上所劃定之山坡地。佐諸原保地乃為承載原住民族集體文化，以達成「維護發展原住民族文化，保障扶助原住民族之經濟發展」之憲法價值，系爭規定自為合於保障原住民族國策公益目的所採取之必要手段。
- (4) 綜觀原民基本法第1條規定：「為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，特制定本法」。其立法理由載明：「本法之制定，係認落實憲法增修條文第10條第12項規定……」；同法第2條第5款、第20條第1項、第23條各明定：「原住民族土地：係指原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地」、「政府承認原住民族土地及自然資源權利」、「政府應尊重原住民族選擇生活方式……社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利」；依兩公約施行法第2條規定，具國內法效力之公政公約第27條規定：「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之」，及依兩公約施行法第3條規定，於適用兩公約規定時，應參照之聯合國人權事務委員會就上開公約所作之第23號一般性意見第7點：「關於第27條所保障的文化權利的行使，委員會認為，文化本身以多種形式表現出來，包括與土地資源的使用有聯繫的特定生活方式，原住民族的情況更是這樣。這種權利可能包括漁獵等傳統活動和受到法律保障的住在保留區內的權利。為了享受上述權利，可能需要採取積極的法律保障措施和確保少數族群的成員確實參與涉及他們的決定」，堪認系爭規定禁止原保地所有權移轉予非原住民，符合原民基本法、公政公約之相關規範意旨。

- (5) 法律明確性要求，非謂法律文義應具體詳盡而無解釋之空間或必要。立法者制定法律時，得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，選擇適當之法律概念與用語，包括適當運用不確定法律概念而為相應之規定。如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體觀察，非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷者，即無違反法律明確性原則。系爭規定之內容，自立法目的與法體系整體觀察，並非難以理解，且個案事實是否屬系爭規定所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，可經由法院審查認定及判斷。再綜合考量系爭規定之規範目的、倫理性質、實效性、法益衝突情形、締約相對人期待、信賴保護利益與交易安全，暨契約當事人之誠信公平等相關事項，自應否認違反系爭規定之私法行為效力，始得落實其規範目的，以維保障原住民族國策之公共利益，故違反系爭規定者，應屬無效。當事人為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反系爭規定意旨，依民法第71條本文規定，亦屬無效。
- (6) 綜上，非原住民乙欲購買原住民甲所有之原保地經營民宿，為規避系爭規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙之名義與甲簽訂買賣契約，甲以A地為乙設定地上權後，再將所有權移轉登記予丙。則乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得原保地所有權之效果，自違反系爭規定之禁止規定，依民法第71條本文規定，應屬無效。

2、筆者解讀。

綜合上開「個案解讀與原則重要性提案分析」、「審理與辯論」與「大法庭裁定內容之形成」的先後論列，應可清楚判別：大法庭就提案問題之議決核心，乃在於原保地買賣之一條龍手法的原因事實，而就「原保地之性質、規範意旨及違反效果」、「系爭規定性質及違反效力」，究應採何法律見解，此觀諸兩造多方於準備程序所整理之「提案問題所涉之共同爭點」，益得明證。以故，大法庭雖論及系爭規定是否合憲之問題，但絕非僅以之為重心。以下謹就個人所悉，試著善解1636裁定意旨，供為各方參考。

- (1) 合憲解釋及其他法律解釋方法。

合憲解釋，係指以較高或憲法規範之意旨，而為解釋位階較低法規之方法；目的解釋，係以某一位階某法律之整個規範目的，闡釋各個法律規定之含義；而法意解釋，則以立法史及立法資料等，探求各個法律規定之立法意旨，闡釋各該條法律規定之含義，三者層次各有不同³⁸。1636裁定就提案問題所採之解釋方法，包括上述三者，而以合憲解釋為主軸。

憲法規範力的滲透，在解釋方法上，若有數種解釋可能性時，應選擇最符合憲法的方向去解釋，就公私法的調和言，即朝最符合憲法的價值規範去解釋。倘民事、行政法規的解釋都運用此方法，自然有整合效果³⁹。大法庭當然知道：最高法院僅得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決（參見憲法訴訟法第55條），不可能長篇大論目的僅在討論合憲與否之問題；且合憲解釋與大法官解釋憲法時，所為之「合憲性解釋」，截然有異⁴⁰。準此，1636裁定理由之解釋方法，可從上述觀點出發。

- (2) 1636裁定前4點理由，係對應提案問題共同爭點之「原保地之性質、規範意旨及違反效果」部分，而為法律判斷。提案問題所涉共同爭點有二，其中之一乃為「原保地之性質、規範意旨及違反效果」，下再細分為4個主要細項爭點⁴¹，即「從憲法增修條文第10條第11項、第12項之原住民族權利的視角觀察」、「從基本權保障與限制的視角觀察」、「從原民基本法、山坡地條例等相關法規的視角觀察」、「從國際公約（含兩公約與一般性意見、原住民族權利宣言等）的視角觀察」，並以之為兩造多方攻防標的、辯論主軸（含專家學者諮詢問題之設定方針），故於裁定理由即對應而表示法律見解。
- (3) 1636裁定之第5點理由，乃對應提案問題共同爭點之「系爭規定性質及違反效力」為法律判斷，惟大部分具體理由已詳見於前4點，故未再予贅述。以下謹就筆者認知，歸納、還原第5點為「違反系爭規定者，應屬無效」結論之具體論述理由⁴²。

① 規範目的與倫理性質：保障原住民族國策，為憲法之價值選擇，

³⁸ 楊仁壽，法學方法論，2010年5月版，241至242頁。

³⁹ 蘇永欽，從動態法規範體系的角度看公私法的調和—以民法的轉介條款和憲法的整合機制為中心，月旦民商法創刊號，102頁。

⁴⁰ 楊仁壽，前揭書，243頁。

⁴¹ 原列共同爭點之細項爭點「與農地農用規範意旨之比較」，及大部分個別爭點，皆因與結論無涉，而未詳載於裁定理由。

⁴² 部分理由兼具二種以上，筆者選擇歸入其中之一，未必精確妥當。

具公益目的，為有拘束力之憲法規範，司法機關有遵守之義務，並據以判斷相關法令是否符合「積極維護發展原住民族文化，保障扶助原住民族之經濟土地並促其發展」之憲法價值（理由1）；系爭規定禁止原保地所有權移轉予非原住民，符合原民基本法、公政公約之相關規範意旨（理由4），並以之作為衡量系爭規定是否為禁止規定之論據。

- ② 實效性與法益衝突情形：原保地乃文化經濟發展之載體，與原住民族文化及經濟生活保障，密不可分。立法者為維護、保障原住民族文化與經濟土地權利，延續文化多元性，自得制定保障原住民族權益之相關法規，以賦與制度性之保障；系爭規定，乃為確保原保地永續供原住民族（集體及個人）所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權而制定之法規（以上皆理由2）；原保地係國有林事業區、試驗用林地及保安林地以外，經中央或直轄市主管機關參照自然形勢、行政區域或保育、利用之需要，就標高在100公尺以上，或標高未滿100公尺，而其平均坡度在百分之5以上所劃定之山坡地（理由3，其意在闡述原保地位置相對偏僻、經濟利用難度較高、交換價值相對低，不易利用且面積甚少）。依此視角，可為系爭規定係禁止規定之重要依憑。
- ③ 信賴保護利益、交易安全暨契約當事人之誠信公平等相關事項：系爭規定之內容，自立法目的與法體系整體觀察，並非難以理解，且個案事實是否屬系爭規定所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，可經由法院審查認定及判斷（理由5）。據此，系爭規定禁止非原住民依法律行為取得原保地，應屬一般受規範者所能理解、預見，故違反之法律效果為無效，當不違反其正當信賴。
- ④ 締約相對人期待：應否認違反系爭規定之私法行為效力，始得落實其規範目的，以維保障原住民族國策之公共利益（理由5）；依個案原因事實，即原保地買賣一條龍手法之當事人，對於規避系爭規定，應瞭若指掌，故其法律效果與直接違反者相同，當未逸脫締約者的預期。
- (4) 1636裁定之第6點理由，就原保地買賣一條龍手法，採取違反禁止規定之結論。

前5點理由，可視為1636裁定之法律大前提，而第6點理由，則就

提案庭設定之原因事實，即原保地買賣之一條龍手法（具體案例事實之小前提），為涵攝以獲致結論。筆者認知之關鍵字句，乃「規避系爭規定」、「無異實現非原住民乙取得原保地所有權之效果」、「違反系爭規定之禁止規定」。至於甲為乙設定地上權之行為，既為一條龍手法之一部，亦屬規避系爭規定之法律行為，自應「適用」民法第71條本文規定，而同其「無效」之命運，否則無法實現系爭規定之上開規範目的，乃依法而為，要無逾越立法權之疑慮。

(5) 棄論「與農地農用規範意旨之比較」之淺見。

1636裁定係針對原保地買賣之一條龍手法，是否違反禁止規定而無效為論述，從合憲解釋、目的解釋、法意解釋等方法出發，且由上開面向、視角為觀察，與農地取得限制之相關法律問題探討，差異性甚大，實無從比較，故1636裁定理由未及於此，以最高法院裁判風格或大法庭功能設定，甚至法官職務負荷，難以苛責⁴³。

(6) 綜觀全盤旨意理解與往返穿梭審視結論

法官基於正確的認定事實，將該事實妥適抽出法的構成事實，選擇應適用的法規範及闡釋其意義內容，俟其小前提及大前提都予以確定，認為可以正當化後，纔用三段論法。此等前提之作成及正當化的過程，關於種種爭點依據證據予以認定之前，應經多方面的深思熟慮以及重複的論證，誠屬複雜微妙的過程，其全體的結構及其正當性的基準，並不能徒以邏輯學的基準而為操作⁴⁴。

1636裁定之理由構築，乃就提案庭依系爭事件整理之原因事實，針對原保地買賣之一條龍手法，關於提案問題所形成、整理、論辯之法律爭點，選擇其應適用之法規範，並闡釋其意義內容，自當以全文論述理解其旨意，並往返穿梭審視其結論妥適與否，而非切割個別段落，比附不同原因事實，予以延伸射程範圍。易言之，倘就提案問題採「系爭規定非禁止規定之性質，原保地買賣之一條龍手法，應屬有效」之見解，是否合於保障原住民族國策之憲法價值？與原民基本法、公政公約之相關規範意旨一致？有無侵害立法權之虞？同樣應往返穿梭審視其結論是否妥適。

⁴³ 原住民身分緣於血源，而自耕農取得乃符合法令賦予一定條件，顯見二者難以類比；又最高法院穩定多數的見解，多認為藉由借名登記契約規避自耕農資格限制，以實質取得農地而未供農用者，其法律效果為無效，併此澄清。

⁴⁴ 參楊仁壽，法學方法論之進展—實踐哲學的復興，102年4月，401至402頁。

五、 最高法院相關判決與省思（代結語）

報導者於「山頭上的掠奪」系列採訪文章，就「原保地假買賣」一條龍手法大揭露部分，敘及「仲介包辦找原住民人頭、買原保地、設定高額抵押權擔保債權、法院公證等全套服務。」、「人頭找年輕一點，避免產生繼承糾紛。」、「除土地他項權利外，還建議法院公證租賃契約，做到雙保險。」、「賣地的原住民，除留在原鄉當短期臨時工，多半只能離開部落到都市尋找工作。」等內容⁴⁵，誠值關心原住民族文化及相關議題者深思，法律見解的取捨構築，同樣不應例外。

（一） 最高法院相關判決

1636裁定出爐之後，最高法院陸續作成數件裁判，其中1636判決乃提案庭所為，原因事實自與1636裁定一致。至其餘裁判與1636裁定所指之原因事實，未盡相同，但皆採納、延伸1636裁定之法律見解，故該見解似有擴散、外溢情形。僅援引各裁判之相關法律意見，並為簡單分析。

1、 原審合法認定：

洪0龍不具原住民身分，出資向簡0平購買系爭土地，用以經營民宿，簡0平依序為洪0龍設定系爭抵押權、地上權登記，洪0龍代理廖0菱與簡0平簽訂系爭買賣契約；依該契約載明簡0平同意設定系爭抵押權、地上權，以為洪0龍出資購地與建築使用之保障，參以系爭土地各筆面積價值計算，洪0龍取得相當於出資之物權保障，廖0菱幾無實質權利，可見洪0龍就系爭買賣契約、移轉登記，係與廖0菱成立借名契約，由廖0菱為出名人等事實，則依上開規定及說明意旨，系爭借名、買賣契約，及系爭抵押權、地上權、所有權之移轉登記行為，皆屬為規避系爭規定之法律行為，依民法第71條本文規定，均為無效。又系爭抵押權之設定，乃欲實現洪0龍取得系爭土地所有權效果之一部分作為，亦屬規避系爭規定之法律行為，此與一般交易行為，為供抵押債權擔保，而於原保地上設定抵押權之情形有別，故應否定其效力（108台上1636判決）。本判決重點，在闡述原保地買賣之一條龍手法，其中抵押權之設定，應予否定，始符規避系爭規定之法律效果，以落實保障原住民族國策，且敘及與一般設定抵押權以擔保債權實現之情形有別，俾明確其旨意。

2、 原保地乃文化經濟發展之載體，與原住民族文化及經濟生活保障，密不可分。立法者為維護、保障原住民族文化與經濟土地權利，延續文化多

⁴⁵ 刊出日期，2021年8月17日，嚴文廷、何柏均、林慧貞（文字）；陳曉威（攝影）；何榮幸（共同採訪）。

元性，自得制定保障原住民族權益之相關法規，以賦與制度性之保障。其中63年10月9日修正發布之臺灣省山地保留地管理辦法第6條第1項規定：「山地保留地在辦理土地總登記之前，山地人民有無償使用收益之權，除本辦法另有規定外，不得將所使用之土地及其地上建築改良物或其權利作為典賣、質押、交換、贈與、租賃、售賣青苗及與平地人民合夥經營之標的」、第8條第1項規定：「山地人民依第7條規定取得或使用之土地及權利暨基地、林地之土地改良物，除合法繼承或贈與得為繼承人及原受配戶內山地人民及旁系三親等血親及旁系二親等姻親外，不得讓與轉租或設定負擔，並不得在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權」；另75年1月10日修正公布之山坡地條例第37條規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導山胞（原住民）開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以山胞為限」；及依該規定、農業發展條例第17條第2項規定，於79年3月26日頒布之原保地管理辦法第15條第1項規定「山胞（原住民）取得山胞保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之山胞、原受配戶內之山胞或三親等內之山胞外、不得轉讓或出租」，其意旨均在保障依法受配原住民之權益，俾承載原住民族集體文化之原保地，確定由以原住民族文化與身分認同為基礎之原住民族掌握，所形成之制度性保障規範，使原保地能永續供原住民族（集體及個人）所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權之憲法價值，避免非原住民脫法取巧，使原住民流離失所而制定之法規，自屬禁止規定，如有違反，依民法第71條本文規定，應屬無效。又當事人為規避上開規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止相同效果之行為，既違反其規定意旨，亦屬無效。至臺灣省山地保留地管理辦法第65條第1項規定山地人民違反第8條第1項之規定者，終止其租賃或使用契約或訴請法院判決確定後撤銷其耕作權或地上權；及原保地管理辦法第16條規定原住民違反第15條第1項規定者，除由鄉（鎮、市、區）公所收回原住民保留地外，訴請法院塗銷耕作權或地上權登記，或終止其契約，均係規定主管機關對原住民違反規定者應處理之原則，不得遽認上開保障原住民權益之規定非禁止規定（109台上1302）。

本件判決之原因事實與1636裁定有異，行為時之法令亦殊，惟援引該裁定精神，補充「避免非原住民脫法取巧，使原住民流離失所」等部分，為系爭規定屬禁止規定之具體理由，值得注意。



3、 110台上709判決：

- (1) 憲法增修條文第10條第11項明示，國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化；第12項，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。又原民基本法受憲法增修條文第10條委託立法，第1條，為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而制定。原民基本法第20條第1項，承認原住民族土地及自然資源享有權利；第23條，應尊重原住民族選擇生活方式……社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利，有原住民族自決權實質涵義。就原民地設置並限定由具原住民族身分取得之法源依據，除原民基本法外，已內國法化公政公約第27條規定，「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之」。依公政公約作成之第23號一般性意見第7點，指出第27條所保障之文化權利，乃指文化本身以多種形式所表現，包括與土地資源的使用有聯繫的特定生活方式，原住民族的情況更是如此。是以依現行有效之各個實證法，包括憲法增修條文、原民基本法、公政公約及一般性意見，原住民族對於原民地之取得及享有，有身分專屬性，非原住民身分者，即欠缺身分上之適格。此等身分上資格之正當性基礎，2007年聯合國大會通過「原住民族權利宣言」，宣言第26條第1款，即已揭櫫「原住民族對他們傳統上擁有、佔有或以其他方式使用或獲得的土地、領土和資源擁有權利」、「原住民族有權擁有、使用、開發和控制因他們傳統上擁有或其他傳統上的佔有或使用而持有的，以及他們以其他方式獲得的土地、領土和資源」（第2款）、「各國應在法律上承認和保護這些土地、領土和資源。這種承認應適當尊重有關原住民族的習俗、傳統和土地所有權制度」（第3款）。原住民族權利宣言之實質意義，可從宣言第8條獲得一完整概念及價值—原民文化之永續發展。本條第1項揭示：原住民族和個人享有不被強行同化或其文化被毀滅的權利。同條第2項，各國應提供有效機制，以防止和糾正：（a）任何旨在或實際上破壞原住民作為獨特民族的完整性，或剝奪其文化價值或族裔特性的行動；（b）任何旨在或實際上剝奪他們土地、領土或資源的行動；（c）任何形式的旨在或實際上侵犯或損害他們權利的強制性人口遷

移；(d) 任何形式的強行同化或融合；(e) 任何形式的旨在鼓動或煽動對他們實行種族或族裔歧視的宣傳。本條旨趣，足徵：避免「強行同化」及「文化毀滅」之有效預防手段（預防功能），是權利宣言課予國家主權者之義務，目的正是阻止原民族文化非自願性的被以任何方式「同化」與「文化毀滅」。我國雖非聯合國原住民族權利宣言簽約國，惟宣言之作用正足以證立，原住民族文化權之多樣性、永續性發展，仍為目前世界各國之主流思潮。為完成憲法任務及原民基本法有關原住民族文化永續發展目的，原保地之設置取得，需具體化於各法規命令，形成制度性保障。查立法機關業於山坡地條例第37條第6項授權主管機關原民會訂定有關原民地設置取得之相關規定，此觀諸原保地開發辦法第1條規定自明。法治國原理、山坡地條例、原保地開發辦法，符合法層級理論，未逾越授權母法規範圍，自具合法性而有效。

- (2) 原住民取得原保地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限，原保地開發辦法第18條第1項定有明文，此源於山坡地條例第37條第6項授權所訂定，乃為確保原保地永續供原住民族所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權而制定之法規，參諸同法條第1項、第4項分別規定「山坡地範圍內原住民保留地，除依法不得私有外，應輔導原住民取得承租權或無償取得所有權」、「政府依前項（第3項）第三款及第四款規定承受之原住民保留地，除政府機關依法撥用外，其移轉之受讓人以原住民為限」益明。上開相關憲法增修條文、原民基本法等有關原住民族文化權之保護規定，保護範圍及於原住民族未來後代子孫，而原住民族文化係屬憲法文化權內容之一，最終享有文化利益者，為全國人民。是以原住民族文化永續發展，原保地之禁止非原民者取得之規定，有強烈公益性目的，且為現今各國有關原住民族文化權永續發展保護之主流價值，除證明另有更高法益目的（如法倫理性要求，值得法官另為法外法之續造外），否則，違反斯揭憲法意旨、原民基本法等規定之法律行為，依民法第71條規定，應屬無效。原住民族文化權本身既內含原住民身分要素，且有集體權特性，因此，不具原住民身分關係者，不能享有原民基本法及相關法規所賦與之各種利益或地位。原保地既係因前述目的而設置，乃原住民族文化權之載體，非原住民身分者，自無享有對存在於原民地上利益之法律上資格或地位。此資格或地位之限制，自規範目的解釋，當包括對原保地之使用收益

權及實質控制權能在內。因此非原民無論直接以自己名義或以借用原住民之名義，所為原保地買賣債之行為，縱尚未及於原保地所有權之移轉登記，因買受人或借名人之占有使用買受之土地，法之解釋面，係有正當法律權源，非無權占有人，非原住民仍可透過該方式取得實質控制權能。而民法第71條所指之法律行為，並不限於物權行為，自無將債之行為排除之理，況此亦造成對原保地之實質利用與控制，將使根植於原保地之文化，因具主流文化之非原住民文化之擴張，產生非自願性之同化作用，原保地設置目的即喪失。是從規範目的解釋，當事人所為買賣法律關係亦屬無效。綜上，除有前揭高於原住民族文化權永續發展之其他價值追求外，否則所為之買賣行為，依民法第71條本文規定，為無效。

- (3) 本則判決就相似原因事實，就非原住民與原住民間關於原保地買賣契約效力，依1636裁定之法律見解，進而為「法層級理論」、「原保地設置目的」、「規範目的解釋」、「原住民族文化屬憲法文化權內容之一，最終享有文化利益者，為全國人民。」等面向之闡釋，誠值深思與重視。

（二）省思（代結語）

非原住民得因法律行為而「取得」原保地？淺見同意1636裁定的結論。謹以系爭事件審理過程所聽聞之高見：「會剝奪、欺負原住民族、原住民或破壞原保地者，當不限於非原住民；藉由原住民之身分取得或其他非法手段，而侵奪原保地、破壞其制度目的者，亦難因1636裁定而收手終止。然法官天職，就要守住「合法」這條界線。其他的，端看立法選擇、行政裁量與執行作為，法院無能越俎代庖。」以傳達筆者的省思。



**【主題討論（一）原住民保留地借名登記買賣】解析原住民保留地
借名登記之爭議——以最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定
為例**

林秉嶽 律師 | 財團法人法律扶助基金會原住民族法律服務中心



解析原住民保留地借名登記之爭議

-以最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定為例

林秉嶽律師

1

一、前言

原住民保留地(下稱原保地)私下違法轉租、轉讓情形存在許久，出現所謂所有權虛假化、泡沫化的現象²。根據監察院調查意見指出，非原住民以設定高額抵押權之方式，居於類似原保地所有權人的地位，而實質握有使用、收益權利之可能性相當高；其中取得所有權後設定抵押權金額大於土地公告現值總和 1、2 倍以上者，合計占總面積 2.67%。若再加上原住民以「人頭」供非原住民使用，以取得原保地所有權，或形式上簽訂合夥經營等契約，實質上卻已被非原住民買斷的部分³，原保地流失的情形甚為嚴重。

針對上述人頭買賣問題，最高法院民事大法庭於 110 年 9 月 17 日作成 108 年度台上大字第 1636 號裁定，認為非原住民與原住民成立借名登記契約，無異於實現非原住民取得原保地所有權之效果，已違反禁止規定而無效。系爭裁定雖然透過甫於 108 年上路之大法庭制度統一法律見解之功能，為這個過去司法實務爭執已久的問題，「暫時」畫上句點；然學說上對於系爭裁定之法學方法、判決理由及違憲審查提出諸多批判，不但最高法院民事庭尚可透過「法定提案義務⁴」再次開啟大法庭程序，不服確定終局裁判之人民亦得依憲法訴訟法第 59 條第 1 項⁵規定，向憲法法庭聲請宣告裁判違憲。換言之，關於原保地借名登記之爭議是否因系爭裁定而告一段落，抑或將進入「下半場」，恐怕還有待商榷。儘管迄今尚未見有依上述救濟管道爭執之案例，惟各級法院在系爭裁定做成後，已陸續在其他個案中加以援用，法院實務究竟有何演變，值得進一步觀察。另外，行政院於 111 年 3 月 18 日通過《原住民族保留地管理利用條例》草案，其能否回應系

¹ 財團法人法律扶助基金會原住民族法律服務中心專職律師主任。

² 參程明修，原住民保留地土地所有權之空洞化現象，臺灣原住民族法學，第三期。

³ 參監察院 105 年 6 月 1 日調查報告，調查委員：王美玉、李月德、孫大川。

⁴ 法院組織法第 51-2 條：(第 1 項)最高法院民事庭、刑事庭各庭審理案件，經評議後認採為裁判基礎之法律見解，與先前裁判之法律見解歧異者，應以裁定敘明理由，依下列方式處理：一、民事庭提案予民事大法庭裁判。二、刑事庭提案予刑事大法庭裁判。(第 2 項)最高法院民事庭、刑事庭各庭為前項裁定前，應先以徵詢書徵詢其他各庭之意見。受徵詢庭應於三十日內以回復書回復之，逾期未回復，視為主張維持先前裁判之法律見解。經任一受徵詢庭主張維持先前裁判之法律見解時，始得為前項裁定。

⁵ 憲法訴訟法第 59 條第 1 項：人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。



爭裁定之法律見解，甚至透過立法補正系爭裁定可能之爭議，也將是影響未來原住民保留地「借名登記」能否起死回生的關鍵。

二、簡評最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定

(一) 背景事實與法律爭議

甲（原住民）以未經全體繼承人同意之協議書，於辦理繼承分割登記後，將屬原保地之遺產 A 地登記為其所有。嗣非原住民乙為經營民宿，出資購買 A 地及興建 B 屋，且為擔保該出資及取得 B 屋之占有權源，由甲處取得 A 地之抵押權、地上權後，繼與原住民丙成立借名登記契約，再以丙之名義與甲簽訂 A 地買賣契約，甲即將 A 地所有權移轉登記予丙。丁為繼承人之一，依民法第 828 條第 2 項準用第 821 條本文及第 767 條第 1 項中段；或民法第 831 條準用第 828 條第 2 項、第 821 條本文、第 179 條、第 184 條第 1 項前段、第 213 條、第 242 條及第 113 條規定，起訴請求：丙塗銷 A 地之所有權登記；乙塗銷 A 地之抵押權暨地上權登記；甲塗銷分割繼承登記。

針對上述事實，民事大法庭整理本案法律爭點如下：

1. A 地原為甲所有之原保地，非原住民乙為經營民宿而出資購買 A 地，並與原住民丙成立借名登記契約，而以丙之名義與甲簽訂買賣契約，該借名登記契約、買賣契約有無違反禁止規定之情形？其效力如何？
2. 同上 1 之情形，甲於 A 地為乙設定地上權，該設定行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何？
3. 同上 1 情形，甲將 A 地所有權移轉登記予丙，該移轉登記行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何？

(二) 裁定主文

非原住民乙欲購買原住民甲所有原住民保留地經營民宿，為規避山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙名義與甲簽訂買賣契約，甲以該地為乙設定地上權後，將所有權移轉登記予丙。乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得原住民保留地所有權之效果，自違反上開禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效。

(三) 簡評

1. 違憲審查操作過程恐有疑義

由上述法律爭點可知，民事大法庭主要處理相關法律行為(借名登記契約、買賣契約、設定地上權、移轉登記所有權)是否因違反禁止規定，依民法第 71 條之規定而無效。所謂的「禁止規定」，指的是山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項⁶和原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項⁷(以下合稱系爭規定)。在論理上，民事大法庭先在理由第一段說明憲法增修條文第 10 條第 11 項⁸、第 12 項前段⁹之基本國策為有拘束力之憲法規範，並強調司法機關有遵守之義務；進而於第二段透過「原保地乃文化經濟發展之載體，與原住民族文化及經濟生活保障，密不可分。」之說明，強調系爭規定係「為確保原保地永續供原住民族(集體及個人)所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權而制定之法規」，此種透過探究原住民族權利的憲法價值作為法律解釋適用(即探究系爭規定是否為禁止規定)基礎的論理方式，殊值贊同，亦與憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決理由稱憲法增修條文之原住民族條款為「特別保障¹⁰」之意旨相符。

承上，既然要透過憲法價值來論證系爭規定為「禁止規定」，系爭裁定緊接著在理由第三段針對系爭規定進行違憲審查，論理上也堪稱合理。蓋若系爭規定本身有高度違憲可能，在判斷其性質是否屬於「禁止規定」時，自難以嚴格貫徹立法意旨使法律行為無效，而應盡量尊重當事人間的私法自治¹¹。然而，系爭裁定僅透過一個段落同時進行平等原則與比例原則的操作，相關論述實有欠妥適，使得上述探究原住民族權利憲法價值的美意大打折扣，詳述如下。

首先是關於法律保留的問題，雖然系爭裁定內文並未提及，但民事大法庭在依法院組織法第 51-8 條第 4 項¹²規定徵詢專家學者意見時，詢問的問題就包括系爭規定「有無違反法律保留及授權明確性要求¹³」。雖然專家學者對此意見一致，

⁶ 山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項：原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限。

⁷ 原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限。

⁸ 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。

⁹ 憲法增修條文第 10 條第 12 項前段：國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。

¹⁰ 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決理由第 26 段：就上開目的之後者而言：考量我國原住民族之特殊歷史地位及憲法增修條文之特別保障，上開追求文化認同之目的應認係特別重要公益。

¹¹ 林泓均，原住民保留地違法使用問題-以身分限制及使用限制為中心，國立臺灣大學法律學院國際整合法律學研究所碩士論文，2021 年 8 月，第 36 頁。

¹² 法院組織法第 51-8 條第 4 項：民事大法庭、刑事大法庭認有必要時，得依職權或依當事人、其代理人或辯護人之聲請，就專業法律問題選任專家學者，以書面或於言詞辯論時到場陳述其法律上意見。

¹³ 民事大法庭提出法律問題如下(參林明昕，最高法院 108 年度台上大字第 1636 號事件書面法

均認為系爭規定並未違反法律保留原則之要求，惟本文認為仍有待商榷。蓋依山坡地保育利用條例第 3 條規定「本條例所稱山坡地，係指國有林事業區、試驗用林地及保安林地以外，經中央或直轄市主管機關參照自然形勢、行政區域或保育、利用之需要，就合於左列情形之一者劃定範圍，報請行政院核定公告之公、私有土地：一、標高在一百公尺以上者。二、標高未滿一百公尺，而其平均坡度在百分之五以上者。」因此，無論係山坡地保育利用條例第 37 條關於原住民保留地之規定，抑或依山坡地保育利用條例第 37 條第 6 項規定授權之原住民保留地開發管理辦法，其範圍均應以「山坡地」為限。事實上，系爭裁定並不是沒有注意到這個問題，最高法院民事大法庭在系爭裁定理由第三段曾提及「而依山坡地條例第 3 條規定，原保地係國有林事業區、試驗用林地及保安林地以外，經中央或直轄市主管機關參照自然形勢、行政區域或保育、利用之需要，就標高在 100 公尺以上，或標高未滿 100 公尺，而其平均坡度在百分之 5 以上所劃定之山坡地。」等語，可見其顯然知道系爭規定之適用範圍限於「山坡地」，卻未在理由中敘明不在「山坡地」範圍內之原住民保留地該如何處理，甚為可惜。換句話說，不在「山坡地」範圍內之原住民保留地，若仍適用系爭規定或適用系爭裁定之法律見解，恐怕就有違反法律保留原則之虞。也難怪曾有論者對此提出「近年許多部落申請增劃編的原保地，實際上位於平地，但政府卻仍然用山坡地保育的子法《原開辦法》來管理，『這不是精神錯亂嗎？』」之嚴厲批評¹⁴。

其次，有論者認為系爭裁定有關平等原則與比例原則的論述，如「於形式上固有差別待遇」、「系爭規定自為合於保障原住民族國策公益目的所採取之必要手段」等，似乎僅從「非原住民權利受到限制」的角度出發，卻忽略系爭規定同

律意見)：

- 一、憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項規定，是否屬基本國策性質？是否為原住民文化（集體）權之保障依據？
- 二、憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項規定，得否為違憲審查之審查標準？其與基本權規定就原住民保留地（下稱保留地）之相關法規範，有無衝突？
- 三、山坡地保育利用條例（下稱山坡地條例）第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法（下稱保留地辦法）第 15 條第 1 項、第 18 條第 1 項規定，形式是否合憲？有無違反法律保留及授權明確性要求？是否符合實質合憲性之要求？
- 四、山坡地條例第 37 條第 2 項、保留地辦法第 15 條第 1 項、第 18 條第 1 項規定，是否符合原住民族基本法（下稱基本法）之規範意旨？
- 五、與保留地有關之國際公約（含兩公約與一般性意見、原住民族權利宣言等），其內容及其意旨為何？該國際公約於我國有無內國法效力？如何適用於我國？
- 六、禁止非原住民購買或取得保留地，有無違反原住民生存權、財產權或其他基本權之保障？禁止非原住民購買或取得保留地，有無違反非原住民之財產權或其他基本權之保障？
- 七、尚未禁止非原住民購買或取得保留地，有無違反憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項或基本法規定？
- 八、對本件法律問題之意見。

¹⁴ 參報導者，「記者化身採訪，『原保地假買賣』一條龍手法大揭露」，2021 年 8 月 17 日，網址 <https://www.twreporter.org/a/aboriginal-reserve-sale-land-loss-technique>

時也限制有意將原保地所有權移轉予非原住民之「原住民」¹⁵。事實上，民事大法庭同樣曾在徵詢專家學者法律意見時，提出「禁止非原住民購買或取得保留地，有無違反原住民生存權、財產權或其他基本權之保障？」之問題，然而上開問題語焉不詳，並未強調此處的原住民指的是「有意將原保地所有權移轉予非原住民之『原住民』」，難怪被徵詢的鄧衍森教授也僅能委婉表示「至於禁止非原住民購買或取得保留地，雖於現實上有可能不利於特定原住民之生存權、財產權之自由使用、收益及處分權能，以及工作自由之選擇權等基本權保障，但就命題『禁止非原住民購買或取得保留地，有無違反原住民生存權、財產權或其他基本權保障』之條件關係而言，論理上並無規範上之因果關係¹⁶。」但無論如何，從上述說明可知，系爭規定所造成之影響並不僅限於非原住民，尚包括特定原住民(尤其是有意將原保地所有權移轉予非原住民者)在內；因此，在進行違憲審查時，仍應同時確認系爭規定不得過度限制個別原住民或非原住民之生存權、財產權或其他基本權利，以致於違反憲法第 23 條比例原則的要求¹⁷。

再者，系爭規定之立法目的亦有待商榷。從系爭裁定理由第三段可知，系爭規定之目的為「保障原住民族文化權與經濟土地發展，落實保障原住民族國策，俾承載原住民族集體文化之原保地」，似在強調系爭規定的「集體權」性質，而未將「個別原住民」納入立法目的之考量。然細查民國 74 年山坡地保育利用條例修正過程，當時審查報告記載略以：「審查會認為：山地保留地旨在保障山胞權益，若修正為『優先』輔導山胞開發，無異容許保留地可移轉與非山胞；若平地同胞挾經濟之優勢，大肆取得山地保留地，則山胞必無法與之抗衡，致使生活失去保障，故其移轉時似應以山胞為限。」等語¹⁸，可知當時立法者主要是著眼於「個別原住民」的權益保障，而非「集體權」；原住民保留地之目的也僅止於維護原住民生計，所謂「承載原住民族集體文化」並不在當時立法者考量的範圍。再以原住民保留地開發管理辦法第 3 條¹⁹為例，立法者也僅揭示「保障原住民生計」、「推行原住民行政」之立法目的，並未提及「集體權」或「承載原住民族集體文化」。換句話說，系爭規定之立法目的究竟如何從「保障個別原住民生計」過渡到「保障原住民族文化權與經濟土地發展之制度性保障」，系爭裁定對此隻字未提，恐有僭越立法權之嫌，有欠妥適。最高法院之論理方式，讓人不免懷疑其是否擔心以「個別原住民」之權益保障作為立法目的，恐怕無法通過平等原則

¹⁵ 李建良，原住民保留地「借名登記契約」的效力—公法規定的私法效力，或私法自治的公法限制？，台灣法律人，6 期，2021 年 12 月，第 3 頁。

¹⁶ 參鄧衍森，最高法院 108 年度台上大字第 1636 號事件書面法律意見

¹⁷ 參林明昕，最高法院 108 年度台上大字第 1636 號事件書面法律意見，第 10 頁。

¹⁸ 參立法院第一屆第七十六會期第十九次會議議案關係文書，第 207 頁。

¹⁹ 原住民保留地開發管理辦法第 3 條：本辦法所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地。

之合理關聯性審查，在不得已之下只好另闢蹊徑，另行創造原保地的集體權性質²⁰。更甚者，曾有論者指出，原保地制度某種程度甚至可以認為這樣的制度是日治時期「理蕃」政策的延續，只不過統治者從日本政府改變為中華民國政府，統治的手段做了更為細膩化的修飾而已²¹。亦有認為原保地制度原本就不是為了原住民傳統文化生活而設計，導致這種殖民者對於被殖民者的態度，在現今原住民保留地的運作下，仍可看出端倪²²；甚至認為如果此等統治、恩給之制度目的迄今並未改變，則此一措施之目的正當性甚為可疑²³。從上開論點以觀，最高法院對於原保地制度的闡述，毋寧淡化、甚至扭轉原住民保留地制度的殖民色彩，儘管結論殊值認同，惟此制度轉型是否適合由司法權為之，非無疑義。後續立法機關如何填補前揭法制上的缺漏，亦有待進一步觀察。

最後，系爭裁定在理由第三段進行比例原則操作時，也僅簡單敘明「佐諸原保地乃為承載原住民族集體文化，以達成『維護發展原住民族文化，保障扶助原住民族之經濟發展』之憲法價值，系爭規定自為合於保障原住民族國策公益目的所採取之必要手段。」等語，並未分別就目的合憲性、違憲審查標準、適合原則、必要原則和狹義比例原則等進行審查與說明，直接從「憲法價值」推論出「必要手段」，如此言簡意賅、理所當然的論理方式，恐怕難以服眾，甚至讓人誤以為「原住民個人權利」必須無條件向「集體權」低頭、讓步。尤其前面提到，有意將原保地所有權移轉予非原住民之原住民，其受憲法保障之財產權，也將因為系爭規定受到限制；大法庭在系爭裁定選擇迴避這個問題，未來恐將治絲益棼²⁴。尤有甚者，系爭裁定在理由第三段曾表示「確定由以原住民族文化與身分認同為基礎之原住民族掌握」等語，但諷刺的是，原保地之所有權人不但無法自由處分其名下原保地所有權，甚至可能連用益物權、擔保物權都受到嚴重限制，所謂的「掌握」宛如空中樓閣般，毫無益處。

2. 援引相關規範論述不足且意義不明

²⁰ 即有論者指出，原住民保留地制度如果僅以經濟目的作為其正當化之基礎，恐怕因為制度實行並未確實改善原住民之經濟狀況，難以論斷符合憲法第七條之平等權保障之要求。參吳秦雯，從憲法保障原住民的觀點論原住民保留地的取得及移轉限制，臺灣原住民族法學，第六期，第99-100頁。

²¹ 辛年豐，原住民保留地的制度困境與革新芻議：法規範面的檢討，科技部補助專題研究計畫成果報告(期末報告)，第31-32頁。

²² 許育典，原住民文化集體權在憲法的保障：以原住民保留地為例，台灣法學雜誌，第379期，2019年11月14日，第33頁。

²³ 吳秦雯，前揭註20，第99頁。

²⁴ 例如原本與系爭裁定併案審理的最高法院110年度台上字第709號，其中具原住民身分之當事人即主張系爭裁定並非一體適用於所有個案。

系爭裁定理由第四段援引原住民族基本法、公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）、聯合國人權事務委員會一般性意見，在沒有任何說明下，就直接推導出「堪認系爭規定禁止原保地所有權移轉予非原住民，符合原民基本法、公政公約之相關規範意旨。」之結論，也教人摸不著頭緒。

首先，因為在相關規範與段落結論中間沒有任何論述，吾人根本無從知悉這些規範到底和「禁止原保地所有權移轉予非原住民」有何關聯，反而讓人有種先射箭、再畫靶的錯覺。

其次，最高法院在前面操作違憲審查時，就已經不附理由擅自取代立法者為原保地制度加上「集體權」和「承載原住民族集體文化」之立法目的；在理由第四段又試圖連結原住民族基本法關於「政府承認原住民族土地及自然資源權利」、「政府應尊重原住民族選擇生活方式……社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利」之規定，希望藉此增加系爭規定限制移轉對象身分的正當性。然而，原保地制度實為日治時期「理蕃」政策的延續，就此以觀，此處最高法院的論理方式彷彿可解讀為「政府承認理蕃政策是原住民族的權利」、「政府應尊重原住民族因理蕃政策取得土地之權利」，豈不令人莞爾。上述解讀並非筆者刻意扭曲或醜化最高法院欲透過原保地制度保障原住民(族)之美意，而係要提醒幾件事情：(1)最高法院論理過程過於簡化問題、忽略歷史脈絡；(2)原保地制度本身並非理所當然地「保障」原住民(族)；(3)最高法院在解讀系爭規定之立法目的時，已經僭越立法者權力。

再者，最高法院緊接著又援用公政公約第 27 條：「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之」，以及聯合國人權事務委員會就上開公約所作之第 23 號一般性意見第 7 點：「關於第 27 條所保障的文化權利的行使，委員會認為，文化本身以多種形式表現出來，包括與土地資源的使用有聯繫的特定生活方式，原住民族的情況更是這樣。這種權利可能包括漁獵等傳統活動和受到法律保障的住在保留區內的權利。為了享受上述權利，可能需要採取積極的法律保障措施和確保少數族群的成員確實參與涉及他們的決定」之用意同樣不明，且缺乏進一步的論述。例如最高法院如果是要強調土地和原住民族文化之連結，那麼最高法院在援用「共同享受其固有文化」之權利時，不知是否曾探究台灣原住民族的固有土地文化或慣俗？進一步言，本案既然是要處理原保地所有權轉讓的問題，倘若在原住民族的固有文化中允許土地所有權轉讓給異族²⁵的話，最高法院援用上述規定豈不存在若干矛盾？例如曾有論者說明

²⁵ 泛指該族群以外之其他原住民族或非原住民族之人。

泰雅族在國家法律介入之前的土地產權狀態，其中在承認土地私有的部族中，私有地的所有人有任意使用、收益或處分該地的權利，若讓渡給異族時，必須先經過族眾的同意²⁶，即不當然排除私有地轉讓給所屬族群以外之人。

3. 前後矛盾的法律明確性原則

系爭裁定理由第五段開頭表示「系爭規定之內容，自立法目的與法體系整體觀察，並非難以理解，且個案事實是否屬系爭規定欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷。」等語，因其用字遣詞實與大法官釋字第 690 號解釋理由書有高度雷同，因此不難推論上述理由是在審查系爭規定是否符合「法律明確性」之要求。較有疑義的是，既然是要處理系爭規定形式合憲性的問題，為何在體系上不和前述「實質合憲性」一起論述，反而要放在理由第五段作為論述系爭規定及其衍伸法律效果之開頭，最高法院是否有其特殊考量，在系爭裁定有限的文字下，實在難以判斷。

更讓人難以理解的是，最高法院既然已經明確揭示「個案事實是否屬系爭規定欲規範之對象，為一般受規範者所得預見」為法律明確性原則的判斷依據，卻在明顯超出法條文義射程的情況下，逕自將系爭規定之效力從「所有權移轉的物權行為」擴大及於「設定地上權」之物權行為，以及屬於債權性質的「借名登記契約」、「買賣契約」，其審查標準恐有前後矛盾之嫌。退步言，縱使在個案操作上確實「有可能」透過認事用法的過程，認定系爭規定為一般受規範者所得預見，但系爭裁定理由這種「理所當然」的創新法學方法，恐無法達成統一法律見解的之目標，反而留下更多難解的謎團。

4. 匪夷所思的「綜合考量」

緊接在法律明確性原則的審查之後，系爭裁定在「綜合考量系爭規定之規範目的、倫理性質、實效性、法益衝突情形、締約相對人期待、信賴保護利益與交易安全，暨契約當事人之誠信公平等相關事項」後，同樣省略中間的論述過程，就直接得到「自應否認違反系爭規定之私法行為效力，始得落實其規範目的，以維保障原住民族國策之公共利益，故違反系爭規定者，應屬無效」之結論。即有論者認為系爭裁定其實是運用一種以「規範目的」進行套套邏輯的循環論證形式（亦即：因為考量規範目的……自應否認私法行為之效力，始得落實規範目的），富含較少的實質理由²⁷。

²⁶ 參林淑雅，解、重構台灣原住民族土地政策，國立臺灣大學博士論文，144-146 頁。

²⁷ 吳從周，「原住民保留地買賣予非原住民」案-評最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定，月旦裁判時報，第 113 期，2021 年 11 月，第 24 頁。

除了幾近空白的「綜合考量」外，更令人擔心的是這些考量因素恐無法支撐該無效結論的法律見解。以「規範目的」來說，系爭裁定取代立法權重新詮釋原住民保留地之立法目的，逕自為過去的理蕃政策增添「集體權」或「承載原住民族集體文化」的美麗外衣，其正當性實有待商榷。再就「實效性」而言，如果最高法院認為系爭規定之目的在防止原保地「所有權」移轉給非原住民，則在現行規範下，即使依借名登記契約移轉所有權，土地所有權人還是原住民，實無須透過民法第 71 條之規定，進一步否認其他法律行為之效力；反過來說，如果最高法院認為系爭規定之目的在杜絕原保地為非原住民「所用」，則在現行規範文字僅限於「所有權」的情況下，非原住民還是可以透過其他法律未禁止之手段(例如單純²⁸設定地上權、典權或抵押權)來使用原保地，系爭裁定將禁止效力擴大及於所有權以外之法律行為，其實益有限。

另從「法益衝突情形、締約相對人期待、信賴保護利益與交易安全，暨契約當事人之誠信公平」來看，更是與系爭裁定之結果完全背道而馳，最高法院究竟是如何「綜合考量」，進而否定上述同為憲法價值的基本權利與原則，也未見任何說明，甚為可惜。事實上，最高法院並非沒有注意到系爭裁定將對交易安全造成巨大衝擊，一方面在裁定主文加入對於事實及法律的敘述，表現出大法庭希望將本件法律見解限縮、再限縮適用的意圖²⁹；另一方面又在最後一段說明：「本院 109 年度台上字第 1302 號、110 年度台上字第 709 號之併案事實與提案基礎事實有異，且其所涉法律爭議與本案法律爭議不同，應由併案庭另行處理」，避免本件法律見解之射程範圍過分溢出。然而，大法庭試圖限縮本件法律見解的用心，在實務上並無顯著效果，例如在系爭裁定的本案裁判(即 108 年台上字 1636 號裁定)中，最高法院繼續額外加碼認定設定抵押權的法律行為無效(詳如後述)。又例如在 110 年度台上字第 709 號的案件中，具原住民身分之當事人極力主張相關法律行為應為有效，並強調系爭裁定不能一體適用於所有個案；惟不具原住民身分者反而主張無效，希望藉此要求原住民返還不當得利；該案件發回更審後，法院仍援用系爭裁定之見解，認定相關法律行為無效，反而有損害原住民利益之虞，交易安全蕩然無存(詳如後述)。

5. 無效範圍擴大及於「設定地上權」，恐有違反法律保留原則之嫌。

²⁸ 此處強調「單純」，係因為系爭裁定認為若係為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，則設定地上權之行為亦屬無效；反面言之，若當事人間並無意移轉所有權，只是單純設定地上權，即無系爭裁定之適用。

²⁹ 吳從周，「原住民保留地買賣予非原住民」案-評最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定，月旦裁判時報，第 113 期，2021 年 11 月，第 24 頁。

在綜合考量各項因素後，大法庭認為：「自應否認違反系爭規定之私法行為效力，始得落實其規範目的，以維保障原住民族國策之公共利益，故違反系爭規定者，應屬無效。當事人為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反系爭規定意旨，依民法第 71 條本文規定，亦屬無效。」上開文字從形式上來看會產生一個問題，為何「違反系爭規定者」是直接無效，「以迂迴方法違反系爭規定者」，則必須依民法第 71 條本文規定，始認定為無效？事實上，系爭規定本身並未直接規範法律效果，從行政法的角度以觀，縱使違反系爭規定之行政法上義務，也僅生行政處分是否無效或得撤銷之效果，並無法直接推導出法律行為無效之結論；亦即法律行為「違反系爭規定者」，理論上仍須透過民法第 71 條之規定，始生無效之法律效果，系爭裁定此處似有所疏漏。換言之，民法第 71 條作為聯繫公法與私法的管道，法律行為無論係「違反系爭規定者」或「以迂迴方法違反系爭規定者」，都必須透過民法第 71 條之規定，始能賦予無效之法律效果。

至於上述法律效果之結論，雖然筆者提出上述若干批判，惟從系爭規定之文義、立法目的以觀，仍應值得贊同。例如論者即有提出適用民法第 71 條之判斷標準，可先探求法規之文義，通常使用「不應」、「不得」或「不許」者，可解釋為禁止規定；接著再探求該法規之目的，如果該規定之目的是要去否定一個法律行為的「內容」（內容禁止）或者該法律行為之締結（締結禁止），以保護形式或實質法律行為之個別當事人，則其為禁止規定³⁰。就文義以觀，系爭規定之文字為「如有移轉，以原住民為限」、「其移轉之承受人以原住民為限」，顯示立法者並不允許原保地所有權有移轉至非原住民之可能。再從原保地制度之發展脈絡來看，不論它是否為日治時期「理蕃」政策的延續，又或者是「為保障原住民生計，推行原住民行政所保留」，都可以確認立法者係刻意將原保地鎖定在原住民社群當中，而無意讓非原住民得以取得所有權；換句話說，如果原保地被移轉登記在非原住民名下，試問要如何「理蕃」？要如何「推行原住民行政所保留」？

系爭裁定最大的爭議，在於大法庭在涵攝個案事實的時候，最後得到「則乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得 A 地所有權之效果，自違反系爭規定之禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效。」之結論，除「所有權移轉登記」外，一併宣告個案中「設定地上權」、「借名登記契約」及「買賣契約」均屬無效。對此，本件大法庭林恩山法官在其部分不同意見書即明確指出系爭規定

³⁰ 吳從周，「原住民保留地買賣予非原住民」案-評最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定，頁 24，月旦裁判時報，第 113 期，2021 年 11 月，第 24 頁。

「僅禁止非原住民取得保留地之所有權，並未禁止其取得保留地之地上權。上揭立法並無法律漏洞或違憲問題，大法庭裁定將其擴張解釋為禁止取得地上權，有侵犯立法權之虞」。論者亦指出，地上權的設定與土地所有權的移轉，乃屬不同的兩種法律行為，系爭規定並未禁止原住民將其所有之原保地為非原住民設定權利或提供非原住民使用。系爭裁定若以此規定作為認定「甲為乙設定地上權」無效之依據，不無違反法律保留原則之嫌³¹。亦有認為就地上權或抵押權設定契約而言，系爭大法庭裁定概括地認定此等物權契約亦屬無效，顯然逾越系爭規定「原住民取得原住民保留地所有權後……其移轉之承受人以原住民為限」之條文文義（最大可能文義範圍顯然限於「所有權移轉行為」），辜負最高法院之裁判所應承擔之「法律續造」的任務³²。甚至亦有抨擊大法庭不應以統一法律見解或其具有原則重要性為理由，而裁定採納此種超越現行法，而屬於修法層次的見解³³。

三、 大法庭裁定對於法院實務之影響

(一) 最高法院 108 年度台上字第 1636 號民事裁定

按法院組織法第 51-10 條規定：「民事大法庭、刑事大法庭之裁定，對提案庭提交之案件有拘束力。」系爭裁定當然拘束原提案庭提交之案件，因此最高法院 108 年度台上字第 1636 號民事裁定當事人間借名登記契約、買賣契約，及地上權、所有權之移轉登記行為，皆屬為規避系爭規定之法律行為，依民法第 71 條本文規定，均為無效，尚符合大法庭制度之旨趣。

較有疑義的是，最高法院 108 年度台上字第 1636 號民事裁定在「借名登記契約、買賣契約，及地上權、所有權之移轉登記行為」之外，自行「加碼」認為抵押權之設定行為亦屬無效，其理由謂：「又系爭抵押權之設定，乃欲實現洪明龍取得系爭土地所有權效果之一部分作為，亦屬規避系爭規定之法律行為，此與一般交易行為，為供抵押債權擔保，而於原保地上設定抵押權之情形有別，故應否定其效力。」然如前述，系爭規定僅限制原保地「所有權」之移轉對象，並未禁止原住民將其所有之原保地為非原住民設定權利或提供非原住民使用，最高法院逕認抵押權設定行為無效，實有違反法律保留原則之嫌。

附帶一提的是，倘若最高法院原本就認為原因案件中設定抵押權之行為，亦

³¹ 李建良，原住民保留地「借名登記契約」的效力-公法規定的私法效力，或私法自治的公法限制？，台灣法律人，6期，2021年12月，第6頁。

³² 吳從周，「原住民保留地買賣予非原住民」案-評最高法院108年度台上大字第1636號裁定，月旦裁判時報，第113期，2021年11月，第25頁。

³³ 陳容傳，原住民保留地的借名登記-大法庭裁定的商榷，月旦法學教室，第237期，2022年7月，第14頁。

因違反禁止規定而無效，大可在 108 年 11 月 27 日裁定提案民事大法庭審判時，將設定抵押權之行為列入爭議的法律問題，讓大法庭對此一併表示意見。然提案庭捨此不為，卻又在終局裁判追加抵押權之設定行為亦屬無效，其真實用意為何，實在令人費解。

(二) 系爭裁定表示應另行處理之案件

系爭裁定最後附帶說明：「本院 109 年度台上字第 1302 號、110 年度台上字第 709 號之併案事實與提案基礎事實有異，且其所涉法律爭議與本案法律爭議不同，應由併案庭另行處理」，可見「基礎事實」之差異可能影響法律的解釋³⁴。然併案庭就上述二案件另行處理之結果，雖未直接引用系爭大法庭裁定之「案號」，但細究其判決理由，實仍深受系爭大法庭裁定之影響，說明如下：

1. 最高法院 109 年度台上字第 1302 號

(1) 基礎事實

原住民甲向政府承租原保地（下稱原土地），於民國 66 年間與原住民乙成立換地契約，約定由乙取得原土地承租權，乙於 67 年間將原土地承租權讓渡予非原住民丙，並約定原土地於政府放領時，乙將原土地所有權移轉登記予丙；丙於同年將原土地承租權（含待放領之原土地所有權）讓渡予非原住民之原告，並交付原告種植水蜜桃。惟甲於 79 年間將原土地承租權 1/2 贈與登記予原住民丁，經丙另案訴請撤銷該贈與登記、丁塗銷該贈與登記並回復為甲名義租用，獲勝訴判決確定後，甲、丁於 82 年間另出具覺書予原告，表明維持其等名義承租，待政府放領後，將原土地過戶予原告或所指定有權受讓之人。嗣甲、丁於 97 年間依原住民保留地開發管理辦法之規定，取得原土地所有權應有部分各 1/2，丁於 101 年 2 月間將其應有部分贈與被告戊。嗣原土地於 102 年 10 月間分割出 A、B 二地，戊經由與他人交換贈與而取得 A 地所有權全部。丁已死亡，其繼承人為全體被告。原告依借名登記契約、民法第 242 條第 1 項、第 113 條、第 541 條、第 1153 條等規定，請求(一)確認丁、戊就原土地於 101 年 2 月間所為贈與登記之債權、物權行為均無效，戊應塗銷該贈與移轉登記並回復登記為全體被告所有；(二)全體被告將 A 地連帶移轉登記予原告或原告指定之人。

(2) 併提案之法律問題

原住民將承租原住民保留地之租賃權(含待放領之該保留地所有權)讓渡(出

³⁴ 李建良，原住民保留地「借名登記契約」的效力-公法規定的私法效力，或私法自治的公法限制？，台灣法律人，6 期，2021 年 12 月，第 5 頁。

賣)予非原住民,約定仍由該原住民出名承租,俟取得該地所有權後,即移轉登記予該非原住民或有權受讓之人。該買賣契約、借名登記契約有無違反原民地管理辦法第 15 條第 1 項、第 18 條第 1 項規定而無效?

(3) 簡評

- A. 雖然該判決並未引用系爭大法庭裁定之案號,惟從其判決理由載明:「(前略)其意旨均在保障依法受配原住民之權益,俾承載原住民族集體文化之原保地,確定由以原住民族文化與身分認同為基礎之原住民族掌握,所形成之制度性保障規範,使原保地能永續供原住民族(集體及個人)所用,以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權之憲法價值,避免非原住民脫法取巧,使原住民流離失所而制定之法規,自屬禁止規定,如有違反,依民法第 71 條本文規定,應屬無效。又當事人為規避上開規定之適用,以迂迴方法達成該規定所禁止相同效果之行為,既違反其規定意旨,亦屬無效。」等語可知,該判決之理由與論述方式並未逸脫系爭大法庭裁定之見解。
- B. 跟系爭大法庭裁定最大的差別在於,本件個案事實爭議之權利標的為「租賃權」,牽涉之規定為原住民保留地開發管理辦法第 15 條第 1 項³⁵之規定。姑且不論系爭大法庭裁定自創「集體權」或「承載原住民族集體文化」之立法目的有欠妥適,單就標的之差異本身來說,本文亦認為本件判決繼續沿用大法庭裁定的論理方式,並不妥當。蓋以 54 年修正施行之臺灣省山地保留地管理辦法第 7 條第 1 項第 1 款規定:「地籍測量完竣地區,山地人民對其所使用之山地保留地,應按左列規定取得土地權利:一、農地登記耕作權,於登記後繼續耕作滿十年時,無償取得土地所有權,並於登記後八年內准予免納土地稅或田賦。」、第 8 條第 1 項規定:「山地人民依前條規定取得或使用之土地及權利暨基地林地上之土地改良物,除合法繼承或贈與於得為繼承之人外,不得讓與轉租或設定其他負擔,並不得在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權。」為例,顯然立法者當初設計原保地他項權利之本旨,一方面係尊重並保障原住民長期使用土地之事實,另一方面更係作為將來進一步登記取得所有權之前提條件,因此該他項權利本質上僅限於該長期使用土地之原住民所有;縱有移轉,也僅限於「合法繼承或贈與於得為繼承之人」。換句話說,本件最高法院若要論證原住民保留地開發管理辦法第 15 條第 1 項為禁止規定,大可不必無限上綱到「集體權」或「承載原住民族集體文化」,

³⁵ 原住民保留地開發管理辦法第 15 條規定:原住民於原住民保留地取得承租權、無償使用權或依法已設定之耕作權、地上權、農育權,除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外,不得轉讓或出租。

- 單以上述制度沿革、體系解釋和立法者明示之「保障原住民生計」立法目的為基礎即可。這樣的解釋方法也和現行山坡地保育利用條例第 37 條第 1 項規範意旨相符，蓋他項權利之設計本身就是為輔導原住民取得所有權而設，就此目的外之轉讓行為並不在目的範圍內，因此認定其為禁止規定符合立法本旨和秩序。
- C. 其次，該判決另外表示臺灣省山地保留地管理辦法關於撤銷耕作權或地上權之規定，以及原保地管理辦法關於訴請法院塗銷耕作權或地上權登記，均係規定主管機關對原住民違反規定者應處理之原則，不得遽認上開保障原住民權益之規定非禁止規定，其結論殊值贊同。蓋如同前述，系爭規定係課予原住民保留地他項權利人公法上之義務，限制其轉讓之對象，並揭示其違反之法律效果，由鄉（鎮、市、區）撤銷、塗銷或收回原保地。上開違反公法上義務之法律效果，並不妨礙民法第 71 條作為銜接公、私法領域，維持法律秩序一致性的規範目的；尤其以本件個案事實為例，其中的法律關係錯綜複雜，實難為鄉（鎮、市、區）所知悉，亦無從主動發動撤銷、塗銷或收回原保地之動作。倘因此認為原住民保留地開發管理辦法第 15 條第 1 項為取締規定，將無法有效貫徹立法目的，顯非立法者之本意。
- D. 另外，本件基礎事實也會牽涉到系爭大法庭裁定的另一個問題，也就是系爭規定限制原保地所有權移轉的對象，其立法目的究係著重在原住民的「身分」？抑或是原保地的「用途」？若是前者，則在「借名登記契約」下移轉原保地，土地所有權人仍是「原住民」，何以和系爭規定相牴觸？反之，若為後者，固可作為禁止「脫法行為」之理據，然原保地的「用途」有無及如何「限定」？何謂本裁定所稱「承載原住民族集體文化」、「由以原住民族文化與身分認同為基礎之原住民族掌握」³⁶？從基礎事實來看，同樣是在原土地種植水蜜桃，為何非原住民「實際」使用會被評價為違反禁止規定，原住民「虛偽」使用卻反而是「承載原住民族集體文化」？
- E. 最後，令筆者感到疑惑的是，從上開基礎事實以觀，原住民甲違法換地(對象為原住民乙)在先，接著擅自將原土地承租權二分之一擅自贈與給原住民丁，二人未實際使用原土地卻利用非原住民在原土地種植水蜜桃之農業成果登記取得原土地之所有權；後來原住民丁又把系爭土地贈與給原住民戊，二人不但拒絕履行合約，甚至還向原告提起拆屋還地之訴。上述關於甲、丁疑似違法取得原保地所有權的部分，固然是屬於所有權登記應否撤銷之行政處分

³⁶ 李建良，原住民保留地「借名登記契約」的效力-公法規定的私法效力，或私法自治的公法限制？，台灣法律人，6期，2021年12月，第5頁。



問題；但若回顧系爭大法庭裁定之理由曾揭示「倫理性質」作為判斷之因素，本件原住民甲、丁、戊一連串違法、違約之行為，何以未見最高法院有所斟酌？然而，上述諸多疑點隨著案件當事人於發回更審時撤回上訴，都將告一段落，無法進一步釐清，甚為可惜。

2. 最高法院 110 年度台上字第 709 號

(1) 基礎事實

被上訴人張兆綦即張翠華、江子信（下稱張兆綦等 2 人）於民國 94 年間分別取得坐落南投縣○○鄉○○段○○○○○○○○○○○○○○○○○○號土地（下稱系爭土地）之地上權，於 102 年間因地上權期間屆滿取得系爭土地所有權。訴外人黃辰隆與被上訴人蔡明聖（與張兆綦等 2 人合稱被上訴人）於張兆綦等 2 人取得系爭土地所有權前，即共同出資向該 2 人購得其等將來取得系爭土地所有權利，嗣黃辰隆與被上訴人將前揭所有權利讓與訴外人吳瑟貞，吳瑟貞則於 98 年 5 月 20 日再將前揭所有權利讓與上訴人。上訴人為確認取得前揭所有權利，乃於 102 年 1 月 30 日與被上訴人簽立買賣契約書（下稱系爭契約），約定以張兆綦等 2 人將來取得之系爭土地所有權，及蔡明聖對張兆綦等 2 人取得之前揭所有權利，出售予上訴人，並約定買賣價金為新臺幣（下同）1600 萬元，第一期款 600 萬元以上訴人交予吳瑟貞之 600 萬元充之。然系爭土地為原住民保留地，基於原住民保留地之立法目的，對原住民保留地移轉，自應限制。系爭契約以迂迴方法規避原住民保留地開發管理辦法（下稱原民地管理辦法）第 18 條第 1 項規定，當屬脫法行為，則系爭契約以不能之給付為契約標的，且違反原民地管理辦法第 18 條之禁止規定，依民法第 71 條前段規定，自屬無效。系爭契約既屬無效，則被上訴人受領上訴人交付予吳瑟貞之 600 萬元，即屬無法律上原因，依民法第 179 條不當得利之法律關係，求為命被上訴人返還 600 萬元及法定遲延利息之判決。第一審法院判決駁回上訴人之請求，上訴人不服提起上訴，第二審法院判決駁回其上訴，上訴人提起本件上訴。

(2) 併提案之法律問題

系爭土地為原住民保留地，非原住民之上訴人與原住民之張兆綦等 2 人成立系爭契約，並約定登記於上訴人所指定有原住民身份之人，系爭契約有無違反禁止規定之情形？其效力如何？

(3) 簡評

A. 基礎事實與法律爭議不同無法併案？

首先，雖然系爭大法庭裁定認為其與最高法院 110 年度台上字第 709 號的基礎事實與法律爭議不同，因此無法併案。然而，最高法院 110 年度台上字第 709 號的基礎事實為「非原住民與原住民成立契約，約定登記於非原住民所指定有原住民身份之人」，與系爭大法庭裁定之基礎事實並無二致，主要差別僅在於後者之當事人有實際完成「登記於非原住民所指定有原住民身份之人」；至於法律爭議部分，最高法院 110 年度台上字第 709 號所提法律問題也僅限於「買賣契約」，同樣也是系爭大法庭裁定之法律行為標的，何以大法庭未將最高法院 110 年度台上字第 709 號併案處理？所謂「併案事實與提案基礎事實有異，且其所涉法律爭議與本案法律爭議不同」究指為何，實在令人玩味。

對此，論者推測大法庭或許擔心個案見解將來影響範圍會過廣，因此裁定主文才會破天荒地加入對於事實及法律的敘述，表現出大法庭希望將本件法律見解限縮、再限縮適用的意圖³⁷。然而，無論從前揭最高法院 109 年度台上字第 1302 號或最高法院 110 年度台上字第 709 號之論理和結果來看，大法庭之法律見解並沒有被限縮適用，甚至被進一步延伸、擴大適用。

B. 簡化問題將批判對象限於非原住民？

從前述系爭大法庭裁定之分析可知，大法庭似乎有意「忽略」系爭規定同時也限制有意將原保地所有權移轉予非原住民之「原住民」的問題；孰料，最高法院在 110 年度台上字第 709 號進一步指出「其意旨均在保障依法受配原住民之權益，俾承載原住民族集體文化之原保地，確定由以原住民族文化與身分認同為基礎之原住民族掌握，所形成之制度性保障規範，使原保地能永續供原住民族（集體及個人）所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權之憲法價值，**避免非原住民脫法取巧**，使原住民流離失所而制定之法規，自屬禁止規定，如有違反，依民法第 71 條本文規定，應屬無效。又當事人為規避上開規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止相同效果之行為，既違反其規定意旨，亦屬無效。」等語，顯然再次忽略系爭規定對有意將原保地所有權移轉予非原住民之「原住民」之影響，並將問題簡化為「非原住民脫法取巧」。儘管筆者對於最高法院對社會現象勇於進行批判深感敬佩，但將問題過度簡化為「原住民 V.S 非原住民」，並無助於解決當事人間的爭端。以此案為例，事實上極力主張相關法律行為有效者，反而是有意將原保地所有權移轉予非原住民之「原住民」；至於脫法取巧的「非原住民」反而主張法律行為無效，進而不再履行契約、甚至請求返還

³⁷ 吳從周，「原住民保留地買賣予非原住民」案-評最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定，月旦裁判時報，第 113 期，2021 年 11 月，第 24 頁。

不當得利。如此一來，受配原住民之權益真的有受到保障嗎？

C. 判決理由未察原保地制度脈絡，恐有前後矛盾之嫌

最高法院在最高法院 110 年度台上字第 709 號案件中，雖未明揭援用系爭大法庭裁定之意旨，但從其判決理由援引憲法增修條文、原住民族基本法、公民與政治權利國際公約及其第 23 號一般性意見、原住民族權利宣言等，作為裁判之基礎，其基本論述方法並無二致。然而，最高法院在該判決謂：「本條旨趣，足徵：避免『強行同化』及『文化毀滅』之有效預防手段（預防功能），是權利宣言課予國家主權者之義務，目的正是阻止原民族文化非自願性的被以任何方式『同化』與『文化毀滅』。我國雖非聯合國原住民族權利宣言簽約國，惟宣言之作用正足以證立，原住民族文化權之多樣性、永續性發展，仍為目前世界各國之主流思潮。為完成憲法任務及原民基本法有關原住民族文化永續發展目的，原民地之設置取得，需具體化於各法規命令，形成制度性保障。」更一步顯示最高法院忽略原保地制度脈絡之窘境。

如前所述，原保地制度某種程度是日治時期「理蕃」政策的延續，事實上這套制度一開始就是作為「強行同化」及「文化毀滅」的手段，蓋過去原住民並沒有土地私有權的概念，日治時期，日本政府為了管理原住民，引進土地私有權觀念，劃定「番人所要地」，限制原住民只能在劃定的範圍居住、耕種，徹底改變了原住民過往燒墾的生活方式，也造成原住民與土地的斷裂³⁸。換句話說，原保地其實是統治者按照平地人的想像，將定耕制度強加在原住民身上的制度；最高法院無視制度的歷史脈絡，在立法者未明確幫原保地制度轉型以前，逕自透過判決為該制度華麗轉身，恐怕有欠妥適。

D. 非原住民不能「使用」原保地？

最高法院在最高法院 110 年度台上字第 709 號謂：「(前略)因此非原民無論直接以自己名義或以借用原住民之名義，所為原民地買賣債之行為，縱尚未及於原民地所有權之移轉登記，因買受人或借名人之占有使用買受之土地，法之解釋面，係有正當法律權源，非無權占有人，非原民仍可透過該方式取得實質控制權能。而民法第 71 條所指之法律行為，並未限於物權行為，自無將債之行為排除之理，況此亦造成對原民地之實質利用與控制，將使根植於原民地之文化，因具主流文化之非原民文化之擴張，產生非自願性之同化作用，原民地設置目的即喪失。是從規範目的解釋，當事人所為買賣法律關係亦屬無效。」透過集體權、文化權作

³⁸ 報導者，護地變炒地？「增劃編」原保地缺乏監督，只是廉價的土地正義，2021 年 8 月 17 日，網址 <https://www.twreporter.org/a/aboriginal-reserve-dispute-designating-land>

為法理基礎，據以認定非原住民所為原保地買賣債之行為亦屬無效，固非無據。

然而，上述判決理由將系爭規定規範之權利標的，從「所有權」進一步擴大衍生至對原民地之使用收益權及實質控制權能，其正當性恐有疑義。首先，何謂「實質控制權能」，民法上並無相關規範，亦未見最高法院有任何說明，實難以界定其範圍，也無從比較「實質控制權能」與「所有權」究竟有何差別。

其次，最高法院似乎認為只要是非原住民所為原民地買賣債之行為，買受人或借名人即有正當法律權源占有使用買受之土地，據以認定買賣法律關係亦屬無效云云。這樣的解釋明顯牴觸立法者原意，蓋原住民取得原保地所有權後，僅受有系爭規定禁止移轉「所有權」給非原住民之限制，無論山坡地保育利用條例或原住民保留地開發管理辦法，均未明文限制非原住民不得透過其他法律行為(例如設定地上權、農育權、租賃)使用原保地。換言之，立法者無非係認為「非原住民有權占有原保地」並未取得實質控制權能；抑或雖取得實質控制權能，但在原住民仍保有所有權的情況下，並非法律所禁止。準此，雖然筆者肯定最高法院積極介入保障原保地之用心，但其藉由「否認債權行為效力」，認定「無權占有」以達到「實質控制權能」的論述方式，顯已違反法律保留原則、違反權力分立原則。

再者，最高法院謂「民法第 71 條所指之法律行為，並未限於物權行為，自無將債之行為排除之理」等語，從民法的角度來看，並無疑義。然而，論者認為民法第 71 條旨在貫徹強制或禁止的法意，維護法律秩序的無矛盾性，並成為連繫私法與公法的管道，具有使公法進入私法領域的功能³⁹。準此，在適用民法第 71 條規定時，無可避免必須探究「法律秩序」的內涵及其範圍，始得為之；若要探究「法律秩序」，就必須回過頭來審視該「強制或禁止規定」，也就是該公法規定(即本案的系爭規定)的規範意旨。準此，最高法院前揭透過「無權占有」將系爭規定禁止範圍擴大及於債權行為的論述方式，既然已經違反立法者原意，則後續補充說明「民法第 71 條所指之法律行為，並未限於物權行為，自無將債之行為排除之理」云云，毋寧只是錦上添花，實際上並無任何意義。

(三) 其他援用系爭裁定案件之觀察

1. 過度擴張大法庭裁定適用範圍

如前所述，系爭大法庭裁定雖然表現出希望將其法律見解限縮、再限縮適用的意圖，但實務上的發展卻未如大法庭所預料般發展。例如臺灣臺南地方法院 110

³⁹ 參王則鑑，民法總則，2008 年修訂版，第 296-297 頁。



年度重訴更一字第 1 號民事判決，該案件涉及農地借名登記之爭議，法院卻援用系爭大法庭裁定作為依據，認為利用契約自由以規避修正前土地法第 30 條第 1 項之強行規定，依民法第 71 條本文規定，應為自始無效。然而，上述案件不但基礎事實與系爭大法庭裁定大相逕庭，法律爭點更係南轅北轍，實無比附援引之餘地，法院見解顯有疑義。

又例如在臺灣花蓮地方法院 109 年度訴字第 385 號民事判決中，借名人 A(非原住民)和出名人 B(非原住民)本來是同居關係，約定 A 死後該土地及其上之地上物權利歸屬於 B 所有；後來 A、B 兩人分手，A 改與 C(原住民)同居交往。A 死後，C 繼續占有使用該房地，B 遂向 C 提起遷讓房屋之訴。上述案件單純只是借名登記後，當事人之間對於原保地之使用發生爭執，根本和大法庭裁定強調要保障「確保原保地永續供原住民族（集體及個人）所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權」毫無關連。再者，由於民事確定判決之效力，除有對世效之形成判決之訴外，依民事訴訟法第 401 條之規定，僅在相關當事人之間發生效力，在上述案件中是否有必要透過系爭大法庭裁定介入調整當事人間的法律關係，非無疑義。進一步言，上述案件 A、B、C 三位當事人中，只有 B 是原住民，假如沒有其他法律上利害關係人(例如系爭土地之前手)介入，判決結果將使得 C 可以繼續使用房地，原住民 B 反而無法取回土地，完全和立法目的背道而馳。

2. 借名申請原保地所有權並不適用大法庭裁定

同樣是借名登記後請求拆屋還地的案件，因為行為態樣的差別，恐無適用系爭大法庭裁定之餘地。在臺灣臺東地方法院 108 年度簡上字第 29 號中，實際使用土地人 A(非原住民)、B(喪失原住民身分)以原住民 C 之名義，向國家申請取得原住民保留地之所有權；A、B 另將土地及坐落其上之房屋轉讓給姪兒 D(原住民)。A、B 過世後，C 遂向 D 提起拆屋還地之訴。僅管 D 在訴訟中主張 C 取得該土地所有權之過程與借名登記無異，臺東縣政府移轉土地所有權予 C 之法律行為應屬無效；然最後法院仍以行政處分未經撤銷為由，判決 C 勝訴。較為可惜的是，判決理由未具體說明本件不適用系爭大法庭裁定之理由，因此無從得知「借名申請原保地」的案件是否在系爭大法庭的影響範圍內。

3. 原住民之間借名登記行為是否有效？

另外和系爭大法庭裁定有關的問題是，原住民能否借其他原住民的名義，向政府申請登記取得原保地所有權？對此，臺灣高等法院花蓮分院 110 年度原上字第 4 號民事判決認為：「本件被上訴人同為排灣族，有其全戶戶籍謄本可參，將



系爭地耕作權借名登記在被上訴人名下，無違原保地永續供原住民族(集體或個人)所用之目的，合於中華民國憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項保障原住民族國策之意旨」可資借鏡，法院並未將系爭大法庭裁定之範圍擴大及於原住民之間的借名登記行為，應屬合理。

4. 不當得利消滅時效的起算時點

至於在系爭大法庭裁定中，林恩山法官於其不同意見書中曾提及：「倘締結之買賣契約超過 15 年，買方之價金返還請求權已罹於時效；而有登記保留地之返還及塗銷登記請求權，卻無消滅時效之適用，對非原住民之買方當事人已相當不利。」之疑慮，實務上對此有不同見解。例如臺灣橋頭地方法院 110 年度原訴字第 10 號民事判決即認為：「惟上開讓渡書係在訂約之初即自始無效，故原告代位楊鑫鍾行使之不當得利返還請求權應自 78 年 10 月 31 日起算消滅時效，自斯時起，其行使請求權，客觀上即未見法律上之障礙，故至遲於 93 年 10 月 31 日，楊鑫鍾對於高正雄之不當得利請求權即已罹於時效，原告對楊鑫鍾之不當得利請求權亦於 93 年 11 月 14 日時效即已完成（此參見最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定林恩山法官不同意見書，提及：『倘締結之買賣契約超過 15 年，買方之價金返還請求權已罹於時效；而有登記保留地之返還及塗銷登記請求權，卻無消滅時效之適用，對非原住民之買方當事人已相當不利...』」等語，益見民事大法庭已見此旨，仍作出上開民事裁定），而原告迄至 110 年 2 月 17 日始為本件請求，顯逾時效期間，被告自得為時效抗辯拒絕給付。」即以林恩山法官所提不同意見為據，認為非原住民買受人之不當得利返還請求權消滅時效應自契約成立時起算，逾 15 年者，原住民出賣人得行使實效抗辯。

相反意見如臺灣臺東地方法院 109 年度原訴字第 10 號民事判決，該判決認為在系爭大法庭裁定作成以前，難以後見之明溯及認定自當事人於 85 年 1 月 8 日簽訂系爭買賣契約時起，即已知悉買賣契約無效，可行使不當得利返還請求權而不行使；法院據此認為不得逕以簽訂契約時起主張契約無效，並用以起算不當得利返還請求權消滅時效。法院更強調：「況被告已取回系爭土地所有權並轉賣第三人，讓被告仍得行使時效抗辯保有系爭買賣契約價金，豈非容任被告有重複獲利可能，兩造間因系爭買賣契約所形成之利益狀態顯相失衡，法律評價上難謂妥適。」等語，本文認為，後者認定非原住民之買方當事人仍可向賣方請求返還價金，以免過度侵害其權利、緩和系爭大法庭裁定對私法自治之衝擊，洵屬的論。

四、簡評《原住民族保留地管理利用條例》草案

在大法庭做成系爭裁定後不久，行政院於 111 年 3 月 17 日通過「原住民族

保留地管理利用條例草案」，送交立法院審議。雖然草案曾於 3 月 28、31 日由立法院內政委員會進行審查，但當時僅討論完 12 條的條文內容，且多半未獲共識均予以保留，全案送朝野協商⁴⁰，截至目前為止尚未三讀通過立法。然草案中有若干條文直接或間接涉及原住民保留地借名登記之問題，部分內容甚至有助於回應、補正大法庭裁定之不足，本文簡要說明分析如下。

(一) 清楚說明制度脈絡並明揭落實原基法保障原住民族土地權利之精神

由於系爭規定立法目的未明確揭示原保地的「集體權」或「承載原住民族集體文化」之面向，且政策之延續也無法擺脫該制度源自日治時期的殖民色彩，導致大法庭裁定想要藉由民法第 71 條之規定確保原保地不致流失之想法，顯得左支右絀，始終無法擺脫違反法律保留原則、僭越立法者權力之指摘。

然而，在行政院提出的「原住民族保留地管理利用條例草案」的總說明中，行政院坦誠說明原保地政策濫觴於日治時期的理蕃政策，並為國民政府延續使用；更重要的是，行政院緊接著為這個充滿殖民遺緒的制度，透過憲法增修條文第 10 條第 12 項、原住民族基本法第 20 條及第 23 條、聯合國原住民族權利宣言、總統蔡英文提出原住民族政策等依據，重新賦予其意義，確認原保地屬於原住民族土地權利的一部分，且必須透過立法保障，以解決長期以來原住民族土地實質流失與建地不足之問題及落實原基法保障原住民族土地權利之精神⁴¹。

再者，草案第 1 條規定：「為承認及回復原住民族對於原住民族土地之權利，規劃原住民族保留地之合理利用，促進原住民族之生存發展，依憲法增修條文第十條第十二項及原住民族基本法第二十條第三項規定，制定本條例。」等語，更明確揭示原保地制度的集體性；在草案第 4 條關於定義的部分，也將「原住民族保留地」和「原住民保留地」分列，從體系上可以清楚知道個人權利性質的「原住民保留地」係從集體權性質的「原住民族保留地」發展而來，增加後續在限制「原住民保留地」處分對象的正當性。如此一來，若要針對「限制原住民保留地處分對象」進行違憲審查時，才要對話的空間，不至於落入大法庭只能片面強調「集體權」的窘境。

另外，草案第 1 條關於立法目的之規定，徹底放棄現行原住民保留地開發管理辦法第 3 條⁴²「保障原住民生計」、「推行原住民行政」之規定，殊值贊同。

⁴⁰ 參立法院公報第 111 卷第 51 期委員會紀錄，第 232 頁。

⁴¹ 詳參行政院版原住民族保留地管理利用條例草案總說明。

⁴² 原住民保留地開發管理辦法第 3 條：本辦法所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地。

事實上，過去即有論者對此提出批評，認為如果原住民保留地將其制度目的定位於「保障原住民生計」、「推行原住民行政」，在原住民保留地的具體運作下會產生許多爭議；並主張制度目的應設定在原住民族集體傳統文化的存續與保護⁴³。上開見解實與系爭大法庭裁定認為原保地具有「承載原住民族集體文化」之功能，不謀而合；然而，草案僅強調「合理利用」與「生存發展」，卻未將「集體文化之保障」列為立法目的，甚為可惜。

(二) 解決山坡地保育利用條例第 37 條作為授權依據的問題

如前所述，山坡地保育利用條例規範客體為「山坡地」，並不足以涵蓋全部原保地；且山坡地保育利用條例之立法目的為山坡地之「保育、利用」，並不足以支撐系爭大法庭裁定所要強調的「集體權」或「承載原住民族集體文化」。然在行政院提出的「原住民族保留地管理利用條例草案」的總說明中，行政院亦自承早期法令未臻完備，並表示「於法律位階層次僅有山坡地保育利用條例第三十七條單一條文，依該條授權訂定之原住民保留地開發管理辦法則屬法規命令層次，基於法律保留原則僅能對原住民保留地作最低限度之規制，且山坡地保育利用條例非以保障原住民使用原住民族土地權益為主要立法目的，未能完全回應原住民族要求土地權利之主張」等語，也讓長期依附在山坡地保育利用條例的原保地制度得以正名，無須再借殼上市。

(三) 明定原保地違法轉讓、借名登記之法律效果

草案跟系爭大法庭裁定關係最密切者，莫過於第 13 條規定：「(第 1 項)原住民保留地所有權之移轉，除本條例或其他法律另有規定外，其承受人以原住民為限；違反者，其所有權之移轉無效。(第 2 項)原住民保留地讓與人及受讓人應具結確實未與他人約定將自己名義借與未具原住民身分之他人登記，且未由未具原住民身分之他人實質管理、使用、收益、處分情事，經鄉（鎮、市、區）公所審核並出具同意函，始得向登記機關辦理所有權移轉登記。(第 3 項)原住民保留地所有權之移轉違反前項具結內容者，經鄉（鎮、市、區）公所撤銷其同意函後，囑託登記機關塗銷登記。」在第 1 項明確規範違法移轉所有權之法律效果，即可避免論者拿舊土地法第 30 條⁴⁴規定作為比較，認為立法上此種刻意省略似係將其定性為取締規定，而非使法律行為無效的效力規定⁴⁵。

⁴³ 許育典，原住民族文化集體權在憲法的保障：以原住民保留地為例，台灣法學雜誌，第 379 期，2019 年 11 月 14 日，第 25-26、29 頁。

⁴⁴ 舊土地法第 30 條：(第 1 項)私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，並不得移轉為共有。但因繼承而移轉者，得為共有。(第 2 項)違反前項規定者，其所有權之移轉無效。

⁴⁵ 陳榮傳，原住民保留地的借名登記-大法庭裁定的商榷，月旦法學教室，第 237 期，2022 年 7

較為可惜的是，草案立法理由僅簡單敘明「為落實原住民保留地僅限原住民承受之基本政策」之立法目的，還是忽略該規定同時也限制「有意將原保地所有權移轉予非原住民之『原住民』」之財產權，立法者究竟基於何種考量在「個別原住民財產權 V.S 集體原住民族土地權利」進行取捨，猶未可知。筆者認為，既然大法庭已從相關規範自行推導出「原保地乃文化經濟發展之載體，與原住民族文化及經濟生活保障，密不可分」，立法者不妨將其列入立法理由，以強化限制個別原住民財產權之正當性。

值得注意的是，草案在第 2 項新增當事人負有「具結義務」，再結合鄉（鎮、市、區）公所審核與同意函機制，等於在民事法律關係之外，再透過行政管制手段避免非原住民藉由脫法行為取得原住民保留地使用權利。本文認為，由於原保地借名登記買賣行為本質上都是當事人之間的合意行為，履約過程只要沒有發生衝突，抑或類似最高法院 108 年度台上大字第 1636 號個案事實牽涉遺產分配之糾紛，在沒有產生訟爭的情況下，縱使法律片面規定法律行為之效果為無效，也不足以避免脫法行為持續發生。因此，為貫徹「原住民保留地僅限原住民承受」之立法目的，上開草案包含前段的具結義務、中段的審查與同意機制、後段的職權撤銷等設計，應有其必要性。只是上開規範明定執行單位為鄉（鎮、市、區）公所，是否妥適，未來恐怕仍有討論空間。蓋從立法院 110 年 3 月 31 日之會議紀錄以觀，當時擔任主席的鄭天財(阿美族)立法委員即直言：「因為你們是授權給原處分機關，基本上就是鄉鎮市公所，直接就撤銷行政處分，我覺得還是要審慎一下，大家對鄉鎮公所還是有疑慮。⁴⁶」顯示過去由鄉（鎮、市、區）公所擔任原保地業務的執行機關，無論係鄉鎮市區原住民保留地土地權利審查委員會之公正性、承辦人員異動頻繁、欠缺實質審查能力等問題，都無法取得民眾的信賴。

延續鄉（鎮、市、區）公所擔任執行機關的問題，草案第 13 條第 2 項僅規定原保地讓與人及受讓人具結相關內容後，即由鄉（鎮、市、區）公所審核並出具同意函。然而，鄉（鎮、市、區）公所究竟只要「形式上」審核具結之文書即可，抑或必須針對具結之內容進行「實質上」的審核，上開規定容易使人產生誤會。蓋從現行原保地實務運作情形以觀，鄉（鎮、市、區）公所對於申請案件多半僅為書面的形式審查，若涉及糾紛則往往怠於進行實質審查⁴⁷；但若要求鄉（鎮、市、區）公所必須實質審查每一筆原保地的移轉過程，相關人力能否負荷，也將有待考驗。若從立法目的來看，行政院在立法說明稱「為避免……

月，第 13 頁。

⁴⁶ 參立法院公報第 111 卷第 51 期委員會紀錄，第 232 頁。

⁴⁷ 例如臺北高等行政法院 108 年度原訴字第 4 號判決

(略)，定明原住民保留地辦理所有權移轉登記前應先經公所審查，並由讓與人及受讓人具結無由不具原住民身分之第三人實質使用收益等情形，作為同意辦理移轉登記行政處分之附款。」等語，顯然係以鄉（鎮、市、區）公所之審查與同意權為主，「具結」只是要作為行政處分之附款，用來銜接第 3 項撤銷同意函的法律效果而已。準此，本文認為鄉（鎮、市、區）公所對於原保地所有權移轉之審查，應負有實質審查義務，較為合理。

較有爭議的是，鄉（鎮、市、區）公所必須實質審查「受讓人未與他人約定將自己名義借與未具原住民身分之他人登記」，以及「未由未具原住民身分之他人實質管理、使用、收益、處分情事」二事，前者將約定範圍具體描述、限縮在「將自己名義借與未具原住民身分之他人登記」，文義尚稱明確；然後者卻在管理、使用、收益、處分前面加上「實質」二字，恐會造成判斷上的困難。例如林文瑞立法委員在審查草案時就曾經提到：「所謂實質使用、管理、收益，是否應該要有更明確的定義？要不然，我們如何進行事實的判定？」，孰料原住民族委員會不但未正面回答「定義」的問題，反而答覆「公所都會非常瞭解實際在用的是誰，公所就近就可以幫我們瞭解」等語⁴⁸，形同空白授權給實務上爭議極大的鄉（鎮、市、區）公所，上開規定一但立法通過，實務該如何運作，將面臨重大考驗。舉例來說，在最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定的個案中，因為出名人自己承認為系爭土地之人頭，並無經營民宿，且未提出出名人分配民宿盈虧之相關資料⁴⁹，因此要認定為借名登記，尚無疑義。但如果當事人之間形式上確實存在共同經營民宿的約定，且登記名義人也確實參與民宿經營並分配盈虧，此時該如何認定符合「實質」管理、使用、收益、處分之要件，從目前草案規定及立法說明來看，恐怕無法得到明確的答案。在法律要件如此不明確的情況下，毋寧將嚴重損害原保地交易市場的安定性。

另外附帶一提的是，雖然從文義和體系解釋來看，仍不難理解草案第 13 條應為立法者禁止原保地「未具原住民身分之他人『實質』管理、使用、收益、處分」之限制，但立法技術上是否只能透過「具結」的方式來呈現上開禁止意旨，應有討論空間。例如若將條文改寫為「(第 2 項)原住民保留地所有權之移轉，受讓人不得與他人約定將自己名義借與未具原住民身分之他人登記，亦不得由未具原住民身分之他人實質管理、使用、收益、處分。(第 3 項)前項規定，應經讓與人及受讓人具結，並經鄉（鎮、市、區）公所審核並出具同意函，始得向登記機關辦理所有權移轉登記。」將行政管制的實體要件和「具結」的程

⁴⁸ 參立法院公報，第 111 卷第 51 期，委員會紀錄，第 32 頁。

⁴⁹ 詳參臺灣高等法院花蓮分院 105 年度上字第 46 號民事判決。



序要件分列，似更符合立法之原意。

(四) 增列原住民保留地不得設定地上權、典權、農育權或抵押權予非原住民之規定

誠如行政院版草案所述：「現行有關保障原住民族生計及維護其使用原住民族土地之規定，於法律位階層次僅有山坡地保育利用條例第三十七條單一條文，依該條授權訂定之原住民保留地開發管理辦法則屬法規命令層次，基於法律保留原則僅能對原住民保留地作最低限度之規制」，過去礙於山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項規定僅限制原保地「所有權」轉讓之對象，原住民保留地開發管理辦法自不得將限制範圍擴大及於地上權、典權、農育權或抵押權等他項權利。因此，行政院版草案特別在第 17 條規定：「(第 1 項)原住民保留地不得設定地上權、典權、農育權或抵押權予非原住民。但向金融機構或原住民族儲蓄互助社設定抵押權者，不在此限。(第 2 項)前項金融機構或原住民族儲蓄互助社取得原住民保留地抵押權後，不得將抵押權移轉予非原住民。(第 3 項)違反前二項所為之設定或移轉登記無效。」以避免過往實務上常有非原住民藉由設定高額抵押權或地上權等迂迴方式，取得原住民保留地之實質使用權並予開發收益，造成原住民保留地權利流失之情形日益嚴重⁵⁰。和系爭大法庭裁定主文相比，行政院草案限制原保地物權之範圍，除所有權和地上權之外，另外擴大及於典權、農育權和抵押權。若立法者是要貫徹「由原住民實質使用原保地」之目的，上開規定自有其必要性，蓋有論者即認為，現行山坡地保育利用條例和原住民保留地開發管理辦法之規定，並不限制透過形式上看似合法的財產權操作安排，使非原住民處於類似保留地所有權人的地位，同時使原住民所有權人除了土地登記簿上的名義外，不再對保留地的使用、收益、處分享有實質上的權利，形同「人頭」供非原住民使用⁵¹。甚至報章媒體亦曾揭露「原保地假買賣」的一條龍手法⁵²，顯示非原住民如何透過各種形式上合法之手段，達成實質控制原保地的效果。

較有疑義的是，草案第 17 條雖然禁止原住民保留地不得設定他項權利給非原住民，然「取得原住民保留地之實質使用權並予開發收益」並不以設定他項權利為限，透過「租賃」之方式亦可達到相同的效果。然而，「租賃」並不在上開規定範圍之內，是否為草案之疏漏，抑或是行政院刻意之區別，即有探究之餘地。從原住民族委員會在立法院內政委員會進行法案時，與會代表曾提及：

⁵⁰ 行政院版原住民族保留地管理利用條例草案第 17 條立法說明。

⁵¹ 參程明修，原住民保留地土地所有權之空洞化現象，臺灣原住民族法學，第三期，第 25 頁。

⁵² 記者化身採訪，「原保地假買賣」一條龍手法大揭露，報導者，2021 年 8 月 17 日，網址 <https://www.twreporter.org/a/aboriginal-reserve-sale-land-loss-technique>



「原住民保留地的出租是屬於土地使用的方式之一，它沒有所有權流失的疑慮，應該跟一般土地一樣。⁵³」顯然草案是刻意就租賃與他項權利予以區別，並不禁止將原保地出租給非原住民使用。但要留意的是，原民會代表這邊強調的是出租沒有「所有權」流失的疑慮，似乎立法目的又退回到「所有權」的保障，而非「由原住民實質使用原保地」，前後恐不一致。筆者認為，為避免標準不一衍生其他誤會，除非立法者可以清楚說明為何原保地「租賃」不會有非原住民掌握實質使用權的問題，否則即應堅守「由原住民實質使用原保地」之立法目的，將原保地「租賃」一併列入管制範圍，較為合理。

五、 結語

近期關於原保地的爭議，透過媒體的完整報導而被揭露，甚至發揮「臨門一腳」的功能，成為大法庭評議最高法院 108 年度台上大字第 1636 號案件的重要參考⁵⁴。系爭大法庭裁定從憲法基本價值出發，認為基本國策對司法機關有拘束力，再進一步就系爭規定進行違憲審查，並援用原住民族基本法、公民與政治權利國際公約作為論證基礎，最後認定系爭規定為禁止規定，因此當事人之間的借名登記契約、買賣契約、設定地上權及將所有權移轉登記等行為無效，其對於原住民族權利論述堪稱完整，在我國原住民族法制未臻完備的現況下，更顯難能可貴。然而，原保地制度濫觴於日治時期的理蕃政策，其政策目的之正當性自始即有疑慮；中華民國繼受該制度後，不但未能改弦易轍、將日本強行收回國有的土地返還給原住民，反而更進一步建立原住民個別所有保留地產權制度，為日後原保地交易問題埋下伏筆。換言之，本文認為在立法者重建原保地制度目的、重新賦予原保地集體權性質以前，最高法院自行附加各種目的或價值，都會跟現行立法者明文揭示之目的--「保障原住民生計」、「推行原住民族行政」格格不入，進而忽略個別原住民財產權保障的問題，有欠妥適。

另外，學說對於最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定意旨多有疑義，儘管大法庭裁定具有統一法律見解之效力，但涉及違反法律保留、過度侵害「有意將原保地所有權移轉予非原住民之『原住民』」權利、違反契約自由與信賴保護等諸多疑義，未來仍有可能透過憲法訴訟再次進行討論。

至於行政院日前提出之《原住民族保留地管理利用條例》草案，雖然某種程度呼應大法庭裁定之見解，但主管機關似乎仍未確認其立法目的，使得限制

⁵³ 參立法院公報，第 111 卷，第 51 期，委員會紀錄，第 228 頁。

⁵⁴ 最高法院大法庭裁定：原保地假人頭買賣無效，報導者，2021 年 10 月 21 日，網址 <https://www.twreporter.org/a/aboriginal-reserve-grand-court-ruling>。報導稱：「最高法院民事庭副發言人、大法庭成員鍾任賜接受專訪時指出，《報導者》這項報導發揮了「臨門一腳」，大法庭在評議此案時，每位法官手上都有這項報導做為重要參考。」



範圍在原保地之「所有權」與「實質使用」之間擺盪不明，允宜在未來立法過程中說清楚、講明白，以免徒留爭議。另外在行政管制的部分，主管機關似乎相當信賴鄉（鎮、市、區）公所作為執行機關的功能，惟此部分恐與事實不符，未來仍應從人力配置、審查標準明確化、作業標準化等方向努力，以免在執法的過程中，衍生更多爭議。



**【主題討論（一）原住民保留地借名登記買賣】原住民保留地 2020
年大法庭裁定實例解析**

吳從周 教授 | 國立臺灣大學法律學院



原住民保留地民事大法庭裁定實例解析



*於國立東華大學法律學系舉辦「第九屆原住民傳統習慣與國家法制研討會」

[報告論文初稿，非經同意請勿引用]

報告人：吳從周（臺大法律學院教授兼副院長）

大綱

壹、原住民保留地借名登記買賣案（最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定）

一、基本事實

二、提案爭點

三、裁定理由

貳、實例解析

一、系爭規定禁止之射程範圍？

（一）包括設定地上權之物權契約？

（二）包括買賣契約及借名登記之債權契約？

1.關於買賣契約

2.關於借名登記契約

（三）「所有權移轉之物權契約」是否符合系爭規定（禁止規定）之判斷標準

二、小結

參、系爭裁定作成後之法院裁判觀察（代結論）

一、完全適用

二、限制適用效力或加以區辨適用

（一）限制適用至農地買賣借名登記？

（二）區辨適用「非原住民保留地」

¹⁰⁰ 本報告係以筆者曾發表於月旦裁判時報第 113 期，頁 15-25 之文章「民事大法庭裁定選評之一：原住民保留地買賣予非原住民案—評最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定」為底稿，修改並增補其後之文獻與實務見解而來。

(三) 區辨適用兩岸條例禁止大陸地區人民取得台灣不動產

摘要

最高法院大法庭於 108 年度台上大字第 1636 號裁定宣示，有關原住民保留地借名登記買賣予非原住民之行為，不論是買賣契約、借名登記契約、地上權設定契約或者所有權移轉契約，均屬違反山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項及原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項之「效力規定」而無效。此一宣示之見解影響深遠，值得研析。本文分別法學方法論之角度分別對各該法律行為之效力進行討論，並且觀察該裁定做成後一年的時間，對於下級法院裁判之影響如何。

關鍵字：原住民保留地、借名登記、農地買賣

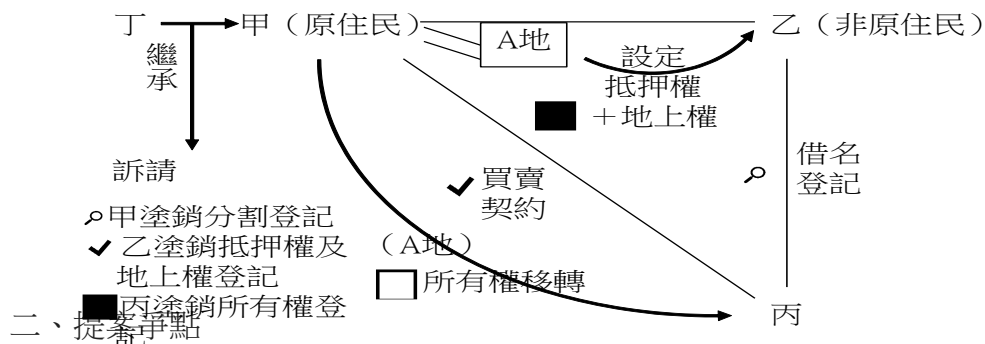
壹、原住民保留地借名登記買賣案(最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定)

101

一、基本事實

甲(原住民)以未經全體繼承人同意之協議書，於辦理繼承分割登記後，將屬原住民保留地之遺產 A 地登記為其所有。嗣非原住民乙為經營民宿，出資購買 A 地及興建 B 屋，且為擔保該出資及取得 B 屋之占有權源，由甲處取得 A 地之抵押權、地上權後，繼與原住民丙成立借名登記契約，再以丙之名義與甲簽訂 A 地買賣契約，甲即將 A 地所有權移轉登記予丙(以上為原審認定之事實)。丁為繼承人之一，依民法第 828 條第 2 項準用第 821 條本文及第 767 條第 1 項中段等相關規定(其餘請求權暫略)起訴請求：丙應塗銷 A 地之所有權登記；乙應塗銷 A 地之抵押權暨地上權登記；甲應塗銷分割繼承登記。

簡單圖示法律關係如下：(來源：筆者自製)



¹⁰¹ 本件之基本事實、三個提案之法律問題及對應之法律見解，可再自行詳見本件之提案裁定(最高法院 108 年度台上字第 1636 號民事裁定)。

本件裁定提案，將法律爭議列出有三點：

(一) A地原為甲所有之原保地，非原住民乙為經營民宿而出資購買A地，並與原住民丙成立借名登記契約，而以丙之名義與甲簽訂買賣契約，該借名登記契約、買賣契約有無違反禁止規定之情形？其效力如何？

(二) 同上(一)之情形，甲於A地為乙設定地上權，該設定行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何？

(三) 同上(一)之情形，甲將A地所有權移轉登記予丙，該移轉登記行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何？

簡單地說，就是本件涉及的四個法律行為：1.借名登記契約、2.買賣契約、3.地上權設定契約、4.所有權移轉登記契約，效力是否因違反民法第71條強行規定而無效？

本件大法庭之提案依據，提案裁定顯示為「陸、依據：法院組織法第51條之3」，可見大法庭並非以法律見解歧異而提案（法院組織法第51條之2規定之提案予大法庭裁判的第一種類型），係以「採為裁判基礎之法律見解具有原則上重要性」而提案（即，法院組織法第51條之3規定之提案予大法庭裁判的第二種類型），就此而言，最高法院應係注意及於目前實務上重要的原住民保留地買賣、借名登記予非原住民的脫法行為，而似乎打算在「涉及該問題之首件裁判做成前」先表示具有原則上重要性之法律見解¹⁰²。此項提案爭點確實具有實務即時而重要之意義，值得肯定！

三、裁定理由

細繹本件之裁定理由共有五點，第六點則是結論。但其實理由的第(一)點至第(四)點，多是集中在闡述本件案例事實所涉及是否違反山坡地保育利用條例第37條第2項及該條例授權制定之原住民保留地開發管理辦法第18條第1項（下稱「系爭規定」），是否合憲等問題。包括：憲法增修條文之規定內容及其對於原住民文化經濟保護之基本國策與憲法價值、「系爭規定」係為落實此等價值之制度性保障、系爭規定限制原住民保留地所有權之移轉對象以原住民為限之形式差別待遇是合於此等國策目的之必要手段、系爭規定禁止原保地所有權移轉

¹⁰² 法院組織法第51條之3增訂理由謂：「本條規定提案予大法庭之第二種類型，即『原則重要性法律見解之提案』。最高法院民事庭…各庭於評議後，倘認採為裁判基礎之法律見解有原則重要性，為促進法律之續造並增進最高法院見解之安定性及可預測性，亦得由各庭以裁定敘明理由，提案予大法庭裁判。所謂法律見解具有原則重要性，係指法律見解有促使法律續造之價值，或因屬新興、重大且普遍性之法律問題，乃有即時、預為統一見解之必要性而言」。筆者臆測，本件提案或係考量「屬新興、重大且普遍性之法律問題，有即時、預為統一見解之必要性」而發。

予非原住民符合原住民族基本法、公政公約之相關規範意旨等等。與本裁定有關前揭 1 至 4 之法律行為是否牴觸民法第 71 條而無效之主要爭點，並無直接關聯。

因此，本件裁定唯一涉及本件爭點，對於本件事實有無違反禁止規定之理由，主要僅有第（五）點：「系爭規定之內容，自立法目的與法體系整體觀察，並非難以理解，且個案事實是否屬系爭規定欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷。再綜合考量系爭規定之規範目的、倫理性質、實效性、法益衝突情形、締約相對人期待、信賴保護利益與交易安全，暨契約當事人之誠信公平等相關事項，自應否認違反系爭規定之私法行為效力，始得落實其規範目的，以維保障原住民族國策之公共利益，故違反系爭規定者，應屬無效。當事人為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反系爭規定意旨，依民法第 71 條本文規定，亦屬無效」！

如同以下對最高法院此點理由之分析所述者，其論證理由之邏輯，一言以蔽之即簡化為：「不難理解…自應否認」！

貳、實例解析

從上面這段簡要的裁判理由，本件大法庭裁定在論證理由上至少還有以下的疑點，似乎沒有被完全回答。

一、系爭規定禁止之射程範圍？

（一）包括設定地上權之物權契約？

作為本裁定被檢驗是否違反的「系爭規定」（禁止規定）山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項及該條例授權制定之原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項，都是明文規定「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限」、「原住民取得原住民保留地所有權後…其移轉之承受人以原住民為限」，系爭「禁止規定」禁止之行為，條文記載為「所有權…移轉」，看起來文義應僅及於「物權行為」中之「所有權移轉行為」，則何以本件提案裁定所提及地上權等物權設定行為，也一併無效？特別是所有權移轉以外的用益物權設定，何以也無效？均未見說明。

筆者臆測，是否是因為提案庭認為，其在提案裁定中已經整理如下述之甲說、乙說，並且已經於提案裁定中表示就該爭點採取「擬採其甲說（無效說）之法律見解」，所以系爭大法庭裁定沒有再說明理由之必要，不得而知。不過，上開意見，畢竟是提案庭本身擬採取之意見，並非系爭大法庭表示之意見，更何況該提案裁定也明白表示，就此一問題經徵詢其他各庭之結果，「就法律問題三，民事

第七庭二位同意本庭見解，民事第一庭、第三庭、第五庭、第八庭及第七庭二位不同意本庭見解，民事第二庭認宜以潛在歧異提出徵詢為宜，民事第六庭認應依具體個案審酌，可見此一問題爭議頗大，且各庭中反對意見看起來多過採取無效說之提案庭，

大法庭此點肯定結論，同樣亦受到本件唯一的部分不同意見書撰寫人林恩山法官的高度質疑¹⁰³！

在系爭大法庭之提案裁定提案法律問題三，有關地上權設定行為有無違反禁止規定之效力疑義時，所整理的無效說（甲說）理由，主要是引用原住民保留地開發管理辦法第 15 條第 1 項規定：「原住民於原住民保留地取得承租權、無償使用權或依法已設定之耕作權、地上權、農育權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。」故因違反民法第 71 條規定而無效。有效說（乙說）之理由則從被違反之系爭規定僅規定「移轉之承受人以原住民為限」，故「得於原住民保留地設定地上權者，非以原住民為限」，該設定地上權行為自未違反系爭規定。

學說上有認為地上權設定登記與所有權移轉登記行為、買賣契約及借名登記契約等行為連結緊密，故應評價為同一法律行為而無效者¹⁰⁴。亦有認為應該區分「身分限制」與「使用限制」作不同思考，在「保障原住民生計」目的下，開放地上權設定，賦予土地更多的使用彈性，對於處分權已受到限制之保留地，更能保障所有權人生計，故應認為違反「使用限制」之法律行為效力，應屬有效¹⁰⁵。

本文認為，系爭規定之共同文義既僅規定為「原住民保留地所有權…移轉…以原住民為限」，限於「所有權移轉」，相較於民法其他條文，立法者如欲在所有權變動以外另外包括限制物權之設定，則多規定為「不動產物權之移轉、設定或變更」（民法第 166 條之 1 第 1 項），或者「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者」（民法第 758 條第 1 項參照），蓋不動產物權之「移轉」與「設定」，在法律上本屬兩個不同概念。

提案裁定無效說之依據所引用的原住民保留地開發管理辦法第 15 條第 1 項規定，如將其簡化對應本件案件情形，則是規定「原住民於原住民保留地取得…依法已設定之…地上權…，除繼承或贈與於…原住民外，不得轉讓…」，簡言之，

¹⁰³觀諸文獻上多均係針對地上權設定契約而發，對於抵押權設定契約之有效性，似較無爭論？！

¹⁰⁴參見謝哲勝，原住民保留地借名登記契約無效—最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定評釋，載月旦裁判時報第 122 期，2022 年 8 月，頁 7 以下。

¹⁰⁵參見林泓均，原住民保留地違法使用問題：以所有權移轉身分限制及用益權利設定限制為中心，2021 年臺灣大學法律學院科際整合法律研究所碩士論文，頁 31、101。



是指原住民不得「將其取得之地上權」轉讓於非原住民，與本件情形是將系爭土地「設定地上權」於非原住民，並不相同，將其逕行引用，亦難認正確妥適。準此，如果從文義出發，應該很難認為系爭規定包括禁止原住民設定地上權予非原住民。

問題在於：此時應該逕行為「反面推論」認為系爭規定不包括禁止「設定地上權」與非原住民，抑或要認定其有法律漏洞而予以填補規範不足之漏洞？查系爭規定之歷史的立法者明確的立法意旨為何，似不甚明確。然而如果從原住民保留地之意涵是指「為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地」（原住民保留地開發管理辦法第3條），而系爭規定目的則在於「確保原保地永續供原住民族（集體及個人）所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權」、「為保障原住民族文化權與經濟土地發展，落實保障原住民族國策，俾承載原住民族集體文化之原保地，確定由以原住民族文化與身分認同為基礎之原住民族掌握」，則看來原住民保留地之目的恐不僅止於只是身分限制，也應該包括使用限制在內。亦即，其確實與農地買賣當時之政策不可同日而語，亦不可類比農地持有政策先後變化為「農地農有」、「農地農用」之區分，立法者應該是要求「原住民保留地原住民所有」、「原住民保留地原住民使用」（或可對應簡稱「原民地原有」、「原民地原用」）。準此以解，本文認為系爭規定僅使用「移轉」二字，文義範圍即過於狹窄，應該有透過「目的性擴張」，或者認定此部分為法律漏洞而「類推適用」系爭規定之方式，進行法官造法，以填補此部分規定之漏洞，將系爭規定禁止範圍包括地上權之設定在內。

（二）包括買賣契約及借名登記之債權契約？

1. 關於買賣契約

原住民保留地出賣與非原住民身分之人[即本件：原住民保留地買賣予非原住民]，並且借用原住民名義登記之類型，法律人應該都還記憶猶新，早在民國89年1月26日法律規定被廢止前，就有與系爭規定極為類似的舊土地法第30條規定：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，並不得移轉為共有。但因繼承而移轉者，得為共有。違反前項規定者，其所有權之移轉無效。」而引發實務上對其相關法律行為效力之爭論。

在該[農地買賣予非自耕農]類型中，誠如本件提案裁定中所針對「借名登記契約、買賣契約有無違反禁止規定之情形？其效力如何？」所整理之有效說見解所示：「非原住民購買原住民保留地，其約定之給付（所有權移轉登記），係屬法

律上之給付不能，依民法第 246 條第 1 項本文規定，應屬無效。惟如約定由承買人指定登記與任何有原住民身分之第三人，或具體約定登記與具原住民身分之特定第三人，即非民法第 246 條第 1 項本文以不能之給付為契約之標的，其契約自屬有效（102 台上 2189 判決意旨參照）。」

申言之，在[農地買賣予非自耕農]類型，最高法院 65 年第 9 次民庭庭推決議曾詳述：「土地法第三十條係就私有農地所有權移轉之物權行為所作之強制規定，關於約定負擔移轉該項土地所有權之債務之債權行為（如買賣、互易、贈與等契約），並不在限制之列，故約定出售私有農地於無自耕能力之人者，其所定之農地買賣契約（債權契約），尚不能認係違反強制規定，依民法第七十一條前段應屬無效。惟此項買賣契約所約定之給付，既為移轉私有農地之所有權於無自耕能力之人，屬於違反強制規定之行為，即屬法律上之給付不能，亦即客觀的給付不能（自始不能），依民法第二百四十六條第一項規定以不能給付為契約標的者，其契約為無效。因之此項約定出售私有農地於無自耕能力之人之買賣契約，除有民法第二百四十六條第一項但書及第二項之情形外，其契約應屬無效¹⁰⁶」。認為：

- 1.違反舊土地法第 30 條規定，「農地所有權移轉之物權行為」固因違反強行規定（中之禁止規定）而依民法第 71 條無效；
- 2.不過，買賣契約等債權行為，則係因違反民法第 246 條第 1 項規定而無效。
- 3.但是，如果有民法第 246 條第 1 項但書及第 2 項之情形，則債權行為仍非無效。

相應於此，最高法院進一步做成 73 年度第 5 次民事庭會議決定：「關於耕地之買賣，承買人雖係無自耕能力之人，惟如約定由承買人指定登記與任何有自耕能力之第三人，或具體約定登記與有自耕能力之特定第三人，即非民法第二百四十六條第一項以不能之給付為契約之標的，難認其契約為無效。又在立約當時承買人雖無自耕能力，而約定待承買人自己有自耕能力時方為移轉登記，或約定該項耕地之所有權移轉與無自耕能力之特定第三人，待該第三人有自耕能力時再為移轉登記者，依同條項但書規定，其契約仍為有效。¹⁰⁷」

本件提案裁定中引用之最高法院 102 年度台上字第 2189 號判決意旨謂：「按原住民保留地之買賣，承買人雖非原住民，惟如約定由承買人指定登記與任何具

¹⁰⁶ 本則決議，雖然因為「土地法第 30 條已於民國 89 年 1 月 26 日公布刪除」而為最高法院民國 92 年 5 月 13 日 92 年度第 8 次民事庭會議決議，不再供參考。但乃是最高法院對於此一類型問題，明確表達過可供對照之法律思維。

¹⁰⁷ 本則決議，廢止之情形，同前揭註 4。對此等農地買賣契約約定，得因構成民法第 246 條第 1 項但書而有效之經典論述與介紹，參見詹森林，約定移轉私有農地所有權之債權契約與給付不能，月旦法學雜誌，1995 年 3 月 15 日，頁 61-62。

有原住民身分之第三人，或具體約定登記與具有原住民身分之特定第三人，即非民法第二百四十六條第一項以不能之給付為契約之標的，其契約自屬有效。系爭土地為原住民保留地，金中玉與張美英訂立系爭土地買賣契約時，已同時約定將系爭土地移轉登記與具有原住民身分之陳玉女，為原審合法確定之事實，金中玉與張美英間之買賣契約，自為有效。」其實只是最高法院將此一決議中有關[農地買賣予非自耕農]案型之見解內容，具體適用於[原住民保留地買賣予非原住民]案型之見解延伸而已。

抑有進者，本件大法庭裁定案件之歷審，包括第一審及第二審判決，亦均引用最高法院 102 年度台上字第 2189 號判決意旨而認定系爭買賣契約有效¹⁰⁸，則本件大法庭裁定何以認定其不符合最高法院 102 年度台上字第 2189 號判決之見解而不採之，似未見本件裁定理由有所交代¹⁰⁹！？

有趣的是，系爭大法庭林恩山法官的部分不同意見書，已經注意到了最高法院此種有關[農地買賣予非自耕農]案型，買賣契約可能因符合民法第 246 條第 1

¹⁰⁸ 第一審臺灣臺東地方法院 104 年度訴字第 234 號判決，針對甲、丙間土地買賣行為是否違反民法第 71 條規定而為無效，引用最高法院 102 年度台上字第 2189 號判決意旨予以否定。理由略謂：「(四)原告主張被告廖○菱與簡○平間系爭土地買賣行為是否違反民法第 71 條規定而為無效：1.按原住民保留地之買賣，承買人雖非原住民，惟如約定由承買人指定登記與任何具有原住民身分之第三人，或具體約定登記與具有原住民身分之特定第三人，即非民法第 246 條第 1 項以不能之給付為契約之標的，其契約自屬有效，最高法院 102 年度台上字第 2189 號判決意旨參照。2.查簡○平於 101 年 12 月 19 日出售系爭土地，係由被告洪○龍代理具原住民身分之被告廖○菱與簡○平簽訂不動產買賣契約書，簡○平並於 102 年 1 月 14 日移轉系爭土地所有權登記予被告廖○菱所有，故系爭土地買賣行為之當事人為具原住民身分之被告廖○菱，於法尚無不合，堪以認定。」

第二審臺灣高等法院花蓮分院 105 年度上字第 46 號判決，同樣引用最高法院 102 年度台上字第 2189 號判決認為系爭買賣契約，並未違反民法第 246 條規定而無效。理由略謂：「三、上訴人主張廖○菱與簡○平間系爭土地買賣行為違反民法第 71 條規定而為無效，是否可採：(一)按法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限；以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。但其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效，民法第 71 條、第 246 條第 1 項定有明文。又山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限，山坡地保育利用條例第 37 條、原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項亦有規定。而原住民保留地之買賣，承買人雖非原住民，惟如約定由承買人指定登記與任何具有原住民身分之第三人，或具體約定登記與具有原住民身分之特定第三人，即非民法第 246 條第 1 項以不能之給付為契約之標的，其契約自屬有效(最高法院 102 年度台上字第 2189 號判決意旨參照)。(二)查簡○平於 101 年 12 月 19 日(見原審卷一第 23 頁土地登記謄本所載原因發生日期)出售系爭土地，係由洪○龍代理具原住民身分之廖○菱與簡○平簽訂系爭土地之不動產買賣契約書(簽約日期係 101 年 9 月 10 日)，簡○平並依系爭土地買賣契約於 102 年 1 月 14 日移轉登記系爭土地所有權予廖○菱，故系爭土地買賣契約締約之當事人為具有原住民身分之廖○菱，可堪認定」

¹⁰⁹ 就此點而言，本件大法庭之見解，應係與之前的最高法院 102 年度台上字第 2189 號判決之見解有所歧異才對，故其以法院組織法第 51 條之 3 規定之「採為裁判基礎之法律見解具有原則上重要性」而為提案依據(提案予大法庭裁判的第二種類型)，而非法院組織法第 51 條之 2 規定之大法庭以法律見解歧異而提案(提案予大法庭裁判的第一種類型)，嚴格而言似亦非無疑。

項但書而例外有效之見解：「憲法第 143 條第 4 項規定：『國家對於土地之分配與整理，應以扶植自耕農及自行使用土地人為原則，並規定其適當經營之面積』，是農地與原住民保留地相同，亦有其憲法上之依據。在民國 89 年 1 月 26 日刪除土地法第 30 條規定前之農地買賣，本院 95 年度台上字第 1682 號民事判決即謂：『私有農地所有權之移轉，依 89 年 1 月 26 日修正刪除前之土地法第 30 條規定，其承受人以能自耕者為限，如承買人當時係無自耕能力之人，須於訂約時明白約定由承買人指定登記與任何有自耕能力之第三人，或具體約定登記於有自耕能力之特定第三人，或約定待承買人自己有自耕能力時為移轉登記，或其他預期於不能之情形除去後為給付者，其契約始為有效，否則，即係以不能之給付為契約標的，依民法第 246 條第 1 項前段規定為無效』。就取得私有農地所有權應具備之『自耕能力』，採取寬鬆立場。實務見解雖亦認為規避法律之農地買賣契約與借名登記契約應屬無效，但對於何謂「規避法律」採取嚴格標準，故法院判決買賣、借名契約無效之案例並不多見。非原住民之當事人參酌過去有關農地買賣之實務見解，產生錯誤期待，予以類推援引買受原住民保留地。」，但較可惜的是，結論僅以「非原住民之當事人參酌過去有關農地買賣之實務見解，產生錯誤期待，予以類推援引買受原住民保留地」，否定此種案型之類比，但何以此處大法庭不願類比於[農地買賣予非自耕農]案型而「不採取寬鬆立場」、何以「非原住民之當事人參酌過去有關農地買賣之實務見解」所產生者為「錯誤期待」，則並未見進一步論述。

就「類型化之案型比較」(der typisierende Fallvergleich)之法學方法而言¹¹⁰，此種將[農地買賣予非自耕農]案型與系爭[原住民保留地買賣予非原住民]案型相互比較之結果，不僅是邏輯思維上所使然，而且在法律之解釋適用上自然會發生如下疑義：何以本件原住民甲與非原住民乙之間透過之原住民丙訂立之買賣契約，且係具體約定直接登記予有原住民身分之丙，無上開 73 年度第 5 次民事庭會議決定情形暨同院 102 年度台上字第 2189 號判決見解之適用，而必須逕行適用民法第 71 條規定而無效？此點，在本件大法庭裁定中似均未能找到答案。

2.關於借名登記契約

相應於買賣契約，第一審及第二審均認為借名登記契約有效，但本件大法

¹¹⁰ 類型化的案型比較，其基本思想在於相同案件得以相同處理，不同案件則不同處理，乃相同處理與相同評價之平等原則的表現。學說上認為具有以下幾種功能：一、可以作為法律解釋或法律漏洞補充之方法。二、其不僅是邏輯思維上之方法，也可以與其他法律解釋之方法例如文義解釋、體系解釋、法規之目的論解釋等共同協力，澄清法律適用之疑義。三、對於規範有疑義之處，可以透過案型比較「精確化」法律規定之構成要件與法律效果。詳請參見 Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 10. Aufl., Muenchen 2006, S.71-78。



庭裁定則同樣認其違反禁止規定而無效，特別是強調：「當事人為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反系爭規定意旨，依民法第 71 條本文規定，亦屬無效」。

應特別說明者係，關於借名登記契約之效力如何，最高法院經過數十年的發展，已經形成穩定之見解，本件大法庭裁定論述[原住民保留地買賣予非原住民]案型之借名登記契約，邏輯上應該要回到一般性的借名登記契約之見解架構中，進行最高法院「原則有效、例外無效」見解的架構討論，才不致於紊亂現有的借名登記體系，並且在穩定的見解中繼續前進發展。

關於借名登記契約之內部效力，最高法院所確立之基本命題殆為¹¹¹：只要借名登記契約之「目的或內容無違強制、禁止規定或悖於公序良俗，且原因正當」，在此前提下，「依契約自由原則」，應為有效(最高法院 92 年度台上字第 1054 號、97 年度台上字第 2445 號判決參照)。所謂原因不正當，實務上長期以來認為係屬於脫法行為之案型，則主要是針對「規避已修正之舊土地法第 30 條第 1 項之禁止規定」而訂立之借名登記契約。

例如最高法院 97 年度台上字第 879 號判決謂：「再退而言之，縱認金○公司係基於信託或借名登記關係，將系爭土地登記於被上訴人名下，惟按私有農地所有權之移轉，依修正前土地法第三十條第一項規定，其承受人以能自耕者為限，旨在防止非農民承受農地，造成土地投機壟斷之情形。從而，契約約定將農地移轉由無自耕能力之人承受者，其契約標的即有法律上不能而無效之情形。本件系爭土地買賣當時，金○公司並無自耕能力，欲購買農地供興建廠房之用，乃借用有自耕能力之被上訴人名義登記，此為上訴人主張之事實，顯係以迂迴方法逃避土地法第三十條第一項禁止規定，且自始由該公司占有興建廠房，不論金○公司係以信託或借名登記為之，當時係以不正當方式規避強制規定之脫法行為，應屬無效。無效之法律行為，係自始、當然、絕對無效，不能因嗣後土地法之修正，取消農地承受人之資格限制，而認為有效。綜上所述，金○公司或受讓該權利之上訴人，本於信託或借名登記關係終止後之返還請求權，請求被上訴人將系爭土地所有權移轉登記於伊，為無理由，應予駁回¹¹²。

又最高法院 104 年度台上字第 65 號判決亦謂：「按當事人為規避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果行為，其事實上之效果違反

¹¹¹ 以下整理論述並參見吳從周，台灣不動產借名登記之發展現狀，收錄於：民事實務之當前論爭課題（民事法學與法學方法第八冊），2019 年 1 月元照，頁 98-100。

¹¹² 在此之前之判決，另參見最高法院 73 年度台上字第 4072 號、80 年台上字第 2284 號、93 年度台上字第 919 號、94 年度台上字第 907 號等判決；但似採不同認定：95 年度台上字第 1037 號判決！

法律規定之意旨，屬脫法行為，應非法之所許，自屬無效。系爭土地使用分區、使用地類別為『山坡地保育區、農牧用地』，屬農業發展條例第三條第一項第十一款所規定之耕地。上訴人無自耕能力，依修正前土地法第三十條第一項規定，不得取得系爭土地所有權，系爭六十七年間借名登記契約，係為規避上開法律之限制。又依農業發展條例第三十三條前段規定，私法人不得承受耕地。上訴人為私法人，系爭九十年契約書亦為規避上開規定之脫法行為，均為原審合法確定之事實。依上說明，該借名登記契約自屬無效。原審本此見解，就上訴人先位聲明請求被上訴人辦理系爭土地繼承登記及移轉所有權部分，為其敗訴之判決，經核於法洵無違誤。」

準此以解，最高法院只須要在這個自己見解之原有脈絡下，比較舊土地法第30條第1項之[農地買賣予非自耕農]案型，而將此種例外認定其無效之見解，同樣延伸用以評價[原住民保留地買賣予非原住民]案型，即可解決問題，亦不至於貿然造成在本大法庭裁定出現宣示：[原住民保留地買賣予非原住民]案型之借名登記契約因違反強行規定而無效之見解時，引發最高法院是否變更見解認為「借名登記契約均為脫法行為，無效」之整體圖像的疑慮¹¹³！

(三)「所有權移轉之物權契約」是否符合系爭規定（禁止規定）之判斷標準？

本件最高法院認為系爭規定為民法第71條強行規定中之「禁止規定」，「所有權移轉之物權契約」違反系爭規定而無效。其判斷標準固然認為是：「綜合考量系爭規定之規範目的、倫理性質、實效性、法益衝突情形、締約相對人期待、信賴保護利益與交易安全，暨契約當事人之誠信公平等相關事項，自應否認違反系爭規定之私法行為效力，始得落實其規範目的，以維保障原住民族國策之公共利益」，但鋪陳完此等包括從規範目的到誠信公平等八個高度抽象的「大前提」之後，接下來並沒有就本件事實之「小前提」論述何以符合此等標準，而使其具有大前提之「涵攝能力」因而可以得出無效的「結論」。

如果仔細檢視本件的說理思維，似乎是在寫完大前提後，直接就寫「自應」否認違反系爭規定之私法行為效力，始得落實其規範目的，其實是運用一種以「規範目的」進行套套邏輯的循環論證形式（亦即：因為考量規範目的…自應否認私法行為之效力，始得落實規範目的），富含較少的實質理由。看起來毋寧更接近只是為了「將移轉原住民保留地予非原住民之行為」直接宣示為無效的一種說理方式，判決理由頗稱素樸。

¹¹³ 關於脫法行為理論之基本內涵、判斷標準及案例評析，最近重新反思而具有啟發性之研究，參見楊舒涵，脫法行為與法律解釋，2021年台大法律研究所碩士論文，特別是頁115以下。

但是無論如何，系爭大法庭中有關於「所有權移轉之物權契約」應屬違反系爭禁止規定而無效之結論，應值得贊同。筆者曾經提出法律行為是否違反禁止規定相對簡要之判斷標準，認為某一規定是否為禁止規定中之效力規定，端視其是否含有「禁止」之意而定，可先探求法規之文義，通常使用「不應」、「不得」或「不許」者，可解釋為禁止規定。接著則可探求該法規之目的，如果該規定之目的要去否定一個法律行為的「內容」（內容禁止）或者該法律行為之締結（締結禁止），以保護形式或實質法律行為之個別當事人，則其為禁止規定。相對於此，如果只是要去否定或取締一個法律行為之「外部狀況」，亦即立法者並非要阻止法律行為發生，而只是要創設一個法律秩序框架，以保護一般社會大眾之利益，則其並非效力規定，而僅係一種取締規定¹¹⁴。

此外，或許是因為這樣的原因擔心本件個案見解將來影響範圍會過廣，系爭大法庭的裁定主文，也破天荒地加入對於事實及法律的敘述，表現出大法庭希望將本件法律見解限縮、再限縮適用的意圖，而記載為：「非原住民乙欲購買原住民甲所有原住民保留地經營民宿，為規避山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙名義與甲簽訂買賣契約，甲以該地為乙設定地上權後，將所有權移轉登記予丙。乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得原住民保留地所有權之效果，自違反上開禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效。」此種將案件事實也全部變成法律見解的內容的裁判結論＝「主文」，確實頗為少見。

二、小結

綜上所述，本文認為系爭最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定所宣示、有關[原住民保留地買賣予非原住民]案型之具有原則重要性之見解，有以下幾點值得再思考：

一、就地上權設定契約而言，系爭大法庭裁定概括地認定此等物權契約亦屬無效，顯然逾越系爭規定「原住民取得原住民保留地所有權後…其移轉之承受人以原住民為限」之條文文義（最大可能文義範圍顯然限於「所有權移轉行為」）。

如果從原住民保留地之意涵及系爭規定是為「確保原保地永續供原住民族（集體及個人）所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權」之目的以

¹¹⁴ 參見吳從周，再訪違章建築，收錄於民事實務之當前論爭課題（民事法學與法學方法第八冊），2019 年 1 月元照，頁 143-144。在該處，筆者據以認定違章建築是一種「四分之三禁制物」，違章建築之買賣契約及物權移轉行為均違反建築法相關之效力規定而無效。



觀，立法者應是要求「原住民保留地原住民所有」、「原住民保留地原住民使用」（或可對應簡稱「原民地原有」、「原民地原用」）。在方法論上，有必要透過「目的性擴張」，或者認定此部分為法律漏洞而「類推適用」系爭規定之方式，進行法官造法，以填補此部分規定之漏洞。

二、就買賣契約而言，在邏輯思維與方法論上，系爭大法庭裁定忽略將[原住民保留地買賣予非原住民]案型類比於最高法院在[農地買賣予非自耕農]類型上曾經表示過之見解，也忽略與最高法院自己曾宣示過之 102 年度台上字第 2189 號判決見解：「按原住民保留地之買賣，承買人雖非原住民，惟如約定由承買人指定登記與任何具有原住民身分之第三人，或具體約定登記與具有原住民身分之特定第三人，即非民法第二百四十六條第一項以不能之給付為契約之標的，其契約自屬有效」，進行對話，以區辨說明何以本案不適用該判決。

三、就借名登記契約之效力而言，最高法院經過數十年的發展，已經形成穩定之見解，本件大法庭裁定論述[原住民保留地買賣予非原住民]案型之借名登記契約，邏輯上應該要回到一般性的借名登記契約之見解架構中，進行「原則有效、例外無效」的架構討論，才不致於紊亂現有的借名登記體系，並且在穩定的見解中「與自己之見解」對話，繼續辯證，前進發展。

四、就所有權移轉登記契約而言，結論無效之見解可資贊同，但抽象判斷標準或要素過多，實際上不易操作，或有再簡化之必要。在方法上，可再加強引述學說見解及且「不吝引註學說出處」，與學說對話！

參、系爭裁定作成後之法院裁判觀察（代結論）

系爭裁定於 110 年 9 月 17 日作成，如果以「108 年度台上大字第 1636 號」為關鍵字，查詢司法院法學資料檢索系統（最後查詢日 111.9.25），在其後將近 1 年的時間，可以找到共 39 筆裁判，其中最高法院有 3 筆，其餘 36 筆則為下級法院之裁判。

最高法院的 3 則裁判中，扣掉本件大法庭裁定及提案庭依據大法庭裁定所作之本案判決外，只有一個該院 111 年度台上字第 1433 號判決採取系爭大法庭裁定見解，並強調：「上訴人所引本院 102 年度台上字第 2189 號判決，業經本院民事大法庭以 108 年度台上大字第 1636 號裁定統一法律見解…本院前審關於修正前土地法第 30 條規定私有農地所有權移轉限制部分之發回意旨，業與本件之論斷無涉，均難比附援用，併此敘明。」

此外，該大法庭裁定對於其餘下級法院裁判之影響，扣除不是涉及實際適用



系爭大法庭裁定見解之裁判者，大致可初步歸納成以下兩個適用趨勢，加以觀察：

一、完全適用

例如在與系爭大法庭裁定幾近相同事實的臺灣高等法院臺中分院 110 年度原上易字第 5 號民事判決，即完全遵循適用系爭大法庭裁定見解：「按法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效，民法第 71 條前段定有明文。復按非原住民乙欲購買原住民甲所有原住民保留地經營民宿，為規避山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙名義與甲簽訂買賣契約，甲以該地為乙設定地上權後，將所有權移轉登記予丙。乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得原住民保留地所有權之效果，自違反上開禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效（參照最高法院大法庭 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定意旨）。」

相當精簡地復述大法庭裁定意旨者，則可再重讀臺灣屏東地方法院 110 年度訴字第 468 號民事判決如下要旨：「按國家應保障原住民族之地位，對其經濟土地予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之，此觀憲法增修條文第 10 條第 12 項規定自明。又原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限。本辦法所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地。原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限。山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項，及依該條第 6 項授權原住民族委員會訂定之原住民保留地開發管理辦法第 3 條、第 18 條第 1 項分別定有明文。蓋原住民保留地乃文化經濟發展之載體，與原住民族文化及經濟生活保障，密不可分；立法者為維護、保障原住民族文化與經濟土地權利，延續文化多元性，自得制定保障原住民族權益之相關法規，以賦與制度性之保障。前揭山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項及原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定（以下合稱系爭規定），乃為確保原住民保留地永續供原住民（族）所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權而制定之法規，係基於國家保障原住民族地位之政策，權衡各方利益後所為之特別立法，屬於民法第 71 條之禁止規定。從而，當事人為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反系爭規定意旨，依民法第 71 條本文規定，自屬無效（最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定、89 年度台上字第 1714 號民事判決意旨參照）。」

此外，臺灣高等法院臺中分院 110 年度原上更一字第 1 號民事判決亦同，

並且強調適用系爭大法庭之見解，無違私法自治、契約自由、誠信原則等原則。判決要旨謂：「1.按法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效，民法第 71 條前段定有明文。復按非原住民乙欲購買原住民甲所有原住民保留地經營民宿，為規避山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙名義與甲簽訂買賣契約，甲以該地為乙設定地上權後，將所有權移轉登記予丙。乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得原住民保留地所有權之效果，自違反上開禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效（最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號裁定參照）。… 3.又被上訴人另辯稱本件基於衡平法則，不適用最高法院大法庭 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定意旨，以免有違私法自治、契約自由、誠信原則等民法原則；且原民地管理辦法第 18 條第 1 項不適用於出賣人資格之限制，並依民法第 111 條但書規定，系爭契約除去此部分，其餘部分仍屬有效，不影響系爭契約效力云云。然按為維繫、實踐與傳承原住民族特有之傳統文化，確保其永續發展，並參照當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢，中華民國憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段分別明定：「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」，以之作為基本國策（下稱保障原住民族國策）。此為憲法之價值選擇，具公益目的，為有拘束力之憲法規範，司法機關有遵守之義務，並據以判斷相關法令是否符合「積極維護發展原住民族文化，保障扶助原住民族之經濟土地並促其發展」之憲法價值；而山坡地保育利用條例（下稱山坡地條例）第 37 條第 2 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限」，及依該條第 6 項授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限」（以下合稱系爭規定），乃為確保原保地永續供原住民族（集體及個人）所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權而制定之法規。且系爭規定限制原保地所有權之移轉對象以原住民為限，於形式上固有差別待遇。惟為保障原住民族文化權與經濟土地發展，落實保障原住民族國策，俾承載原住民族集體文化之原保地，確定由以原住民族文化與身分認同為基礎之原住民族掌握，所形成之制度性保障規範，其所採取之分類與達成該差別待遇之目的間，具有合理之關聯性，無違憲法之平等原則，並合於保障原住民族國策公益目的所採取之必要手段。系爭規定之內容，自立法目的與法體系整體觀察，並非難以理解，且個案事實是否屬系爭規定欲規範之對象，為一般受



規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷。再綜合考量系爭規定之規範目的、倫理性質、實效性、法益衝突情形、締約相對人期待、信賴保護利益與交易安全，暨契約當事人之誠信公平等相關事項，自應否認違反系爭規定之私法行為效力，始得落實其規範目的，以維保障原住民族國策之公共利益，故違反系爭規定者，應屬無效。當事人為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反系爭規定意旨，依民法第 71 條本文規定，亦屬無效（最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定所揭示意旨）。承前所述，甲（當事人為黃○隆及蔡明聖與張兆綦 2 人）、乙（當事人為吳○貞與黃○隆及被上訴人）、丙契約（當事人為上訴人與吳○貞）及系爭契約（當事人為上訴人與被上訴人）就系爭土地所為相關債權行為及物權行為，均違反山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原林地管理辦法第 18 條第 1 項之禁止規定，企圖以多次買賣及債權讓與之迂迴方式，盼由上訴人取得系爭土地之所有權，足認兩造間尚無超越原住民族文化權與經濟土地發展保障，而應值得保護之合法利益存在，則上訴人提起本件訴訟尚無違反私法自治、契約自由、誠信原則等民法原則，被上訴人上開所辯，並無足採。¹¹⁵」

較無爭議者係，臺灣高等法院花蓮分院 110 年度原上字第 4 號民事判決中，法院強調如果是原住民借名登記在同為原住民名下，則並未違反系爭大法庭裁定意旨。判決要旨謂：「(2)又山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項：『原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限。』原林地管理辦法第 18 條第 1 項：『原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限。』上開條文乃民法第 71 條本文之禁止規定，考其規範意旨係為確保原保地永續供原住民族(集體及個人)所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權(最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定理由參照)。然而，本件被上訴人同為排灣族，有其全戶戶籍謄本可參(本院卷二第 61 頁)，將系爭地耕作權借名登記在被上訴人名下，無違原保地永續供原住民族(集體或個人)所用之目的，合於中華民國憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項保障原住民族國策之意旨。此外，復查無禁止原保地耕作權於同為原住民族間借名登記之規定。(3)基上，原保地耕作權登記得經實際開墾人或耕作人同意後登記在其同為原住民族之 3 親等(含姻親)名下之實務作業慣例，既行之有年，而原保地耕作權於同為原住民族間借名登記之約定，復無違反憲法或民法第 71 條本文所

¹¹⁵ 此外，完全遵循適用者尚有臺灣高等法院臺中分院 110 年度原上字第 2 號民事判決、臺灣高等法院花蓮分院 111 年度抗字第 17 號民事裁定、臺灣桃園地方法院 110 年度訴字第 1484 號民事判決、臺灣臺中地方法院 108 年度原重訴字第 3 號民事判決、臺灣花蓮地方法院 109 年度訴字第 385 號民事判決等。



稱之禁止規定，則溫 O 勳與被上訴人約定借用被上訴人之名義，出名登記為系爭地耕作權人，應屬有效。」

二、限制適用效力或加以區辨適用

(一) 限制適用至農地買賣借名登記？

如前所述，系爭大法庭並不認為農地買賣借名登記之情形可以援用至原住民保留地之借名登記，而使其例外有效，因而宣告原住民保留地借名登記契約全面無效。觀察的問題重點是：此項宣示是否僅限於原住民保留地，抑或者因而會回頭影響法院對於農地買賣借名登記亦因此無效？

對此，有採限制適用之角度者。在臺灣高等法院 109 年度重上字第 745 號民事判決有關農地買賣借名登記契約效力之爭議事件中，當事人雖提出系爭農地買賣借名登記關係已違反修正前土地法第 30 條第 1 項之強制規定，應屬無效之抗辯。但就此爭點，高院判決認為：「89 年 1 月 26 日修正公布前之土地法第 30 條第 1 項前段規定：私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限。然依系爭契約第 11 條第 2 項約定：『本約 62 之 13 地號土地（即系爭土地）為山坡地保育區為陳石柱所有，其移轉登記承受人由甲方（即被上訴人）指定人名義登記』…，可知系爭土地係由被上訴人購買，買賣雙方並具體約定系爭土地登記予自耕能力之特定第三人…。上訴人執最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定，辯以上開借名登記契約關係違反修正前土地法第 30 條規定，屬脫法行為而自始、當然且確定無效云云。按『民事大法庭、刑事大法庭之裁定，對提案庭提交之案件有拘束力』法院組織法第 51 條之 10 定有明文。依上揭規定，大法庭裁定之拘束力，僅針對『提案庭提交之案件』，不及於其他訴訟案件。查上開大法庭裁定乃針對非原住民為購買原住民保留地而借名登記於原住民名下之事實，核與本件所涉農牧用地情形有別，對本件並無拘束力。是上訴人上揭所辯，自非可取。」顯然法院並未打算將系爭裁定宣示原住民保留地買賣借名登記契約無效之意旨，擴張適用農地買賣借名登記亦一併無效¹¹⁶。

¹¹⁶ 類似見解尚可見臺灣屏東地方法院 110 年度原再易字第 3 號民事裁定謂：「按『民事大法庭、刑事大法庭之裁定，對提案庭提交之案件有拘束力』法院組織法第 51 條之 10 定有明文。依上揭規定，大法庭裁定之拘束力，僅針對『提案庭提交之案件』，不及於其他案件，故於其他案件即不能以違背大法庭裁定之法律見解作為再審事由。準此，最高法院 108 年台上大字第 1636 號裁定僅具有個案之法律上效力，依上開規定及說明，本不得援引該大法庭裁定之法律見解，指稱原確定判決適用法規顯有錯誤，則再審原告遲至 110 年 10 月 14 日以原確定判決違背大法庭裁定之法律見解，而有民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款之事由，提起再審之訴，顯逾 30 日之不變期

但似亦可發現有因此採取全面適用之角度者。例如臺灣臺南地方法院 110 年度重訴更一字第 1 號民事判決即謂：「(五) 按私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，並不得移轉為共有。但因繼承而移轉者，得為共有。違反前項規定者，其所有權之移轉無效，89 年 1 月 26 日刪除前之土地法第 30 條定有明文。次按稱「借名登記」者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，在性質上應與委任契約同視，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之相關規定（最高法院 98 年度台上字第 990 號判決可參）。再按當事人為規避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果行為，其事實上之效果違反法律規定之意旨，屬脫法行為，應非法之所許，自屬無效。系爭土地使用分區、使用地類別為「山坡地保育區、農牧用地」，屬農業發展條例第 3 條第 1 項第 11 款所規定之耕地。上訴人無自耕能力，依修正前土地法第 30 條第 1 項規定，不得取得系爭土地所有權，系爭 67 年間借名登記契約，係為規避上開法律之限制。又依農業發展條例第 33 條前段規定，私法人不得承受耕地。上訴人為私法人，系爭 90 年契約書亦為規避上開規定之脫法行為，均為原審合法確定之事實。依上說明，該借名登記契約自屬無效（最高法院 104 年度台上字第 65 號民事判決參照）。又按非原住民乙欲購買原住民甲所有之 A 地（原保地）經營民宿，為規避系爭規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙之名義與甲簽訂買賣契約，甲以 A 地為乙設定地上權後，再將所有權移轉登記予丙。則乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得 A 地所有權之效果，自違反系爭規定之禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效（最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定參照）。**倘兩造與謝吉山間就系爭土地確有借名登記契約關係，惟系爭土地屬農地，於 77 年 9 月 9 日登記在被告名下時，係適用修正前之土地法第 30 條規定，原告與謝吉山不啻以迂迴方法，利用契約自由以規避修正前土地法第 30 條第 1 項之強行規定，使非自耕農身分之原告與謝吉山實質上取得系爭土地之所有權，享有管理、使用及處分農地之權能，揆諸上開最高法院民事判決及大法庭民事裁定要旨，該借名登記契約自屬脫法行為，違反土地法第 30 條之強制規定，依民法第 71 條本文規定，應為自始無效，該條文固於 89 年 1 月 26 日刪除，亦不因而溯及既往而使該借名登記契約為有效成立，附此敘明。」**

（二）區辨適用「非原住民保留地」

間，其再審之訴自非合法，應予駁回。」

又如臺灣高等法院 110 年度抗字第 1286 號民事判決亦限制系爭大法庭裁定僅適用於原住民保留地，與「非原住民保留地」無關。裁判要旨謂：「至原裁定以最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定意旨，認定抗告人主張之借名登記契約縱使存在，亦屬無效而不能據以請求相對人履行契約或給付損害賠償云云，惟最高法院上開裁定係針對非原住民乙欲購買原住民甲所有原住民保留地經營民宿，為規避山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙名義與甲簽訂買賣契約，甲以該地為乙設定地上權後，將所有權移轉登記予丙之事實，認定乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，違反上開禁止規定，應屬無效。然系爭房地並非坐落原住民保留地，尚難逕依最高法院前開裁定認定抗告人主張之借名登記契約為無效。」

（三）區辨適用兩岸條例禁止大陸地區人民取得台灣不動產

臺灣高等法院高雄分院 109 年度重上字第 57 號民事判決針對夫妻間一方為大陸配偶而以台灣配偶名義借名登記取得不動產之情形，亦區辨：不僅兩岸條例禁止大陸地區人民取得臺灣不動產並非效力規定，而且其身分限制亦與系爭大法庭裁定是針對原住民身分不同。判決要旨謂：「系爭規定（按：兩岸條例第 69 條第 1 項本文「大陸地區人民...，非經主管機關許可，不得在臺灣地區取得、設定或移轉不動產物權」）既以防範陸資炒作房地產、影響社會安定或產生國安疑慮為立法目的，則政府機關之審核，僅在排除前開情形之陸資取得臺灣不動產之手段，而非法規範之目的，是依前開說明，關於大陸地區人民在臺取得不動產物權，須向政府機關申請審核之規定，應屬禁止規定中之取締規定，而非效力規定，自無民法第 71 條前段規定之適用。如有違反，應補行申請程序，而不影響系爭借名契約之效力。是被上訴人以系爭借名契約違反大陸地區人民不得取得臺灣不動產，或迴避政府機關審核之規定，係違反法律禁止規定，且違反公共秩序，依民法第 71、72 條規定應屬無效云云（見本院卷一第 389 頁），要不足採。又系爭規定並未禁止大陸地區人民取得臺灣不動產，已如前述，而與山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限」，及依該條第 6 項授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限」，禁止非原住民取得原住民保留地之情形顯有不同。是被上訴人援引最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁判意旨，抗辯：非原住民，而以與原住民成立借名登記契約之方式，使用原住民之名義購買原住民保留地，則借名登記契約依民法第 71 條規定應屬無效，本件應採同一見解云云，亦非可



採。」



【主題討論（二）原住民身分法的釋憲影響】原住民身分的憲法意義：從憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決談起

賴俊兆 Semaylay i Kakubaw 處長 | 行政院人權及轉型正義處



原住民身分的憲法意義： 從憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決談起

賴俊兆 Semaylay i Kakubaw*

摘要

原住民身分在「法律」上遭到否定，在「憲法」上應如何評價？憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決，以「原住民身分認同權」及「平等權」作為據以審查的憲法權利，宣告原住民身分法系爭規定違憲，且於判決理由併此敘明「原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定」。按原住民身分法以「認定原住民身分，保障原住民權益」為名，決定原住民「個人」能否取得法律上原住民身分，同時影響原住民族「集體」的邊界、規模及範圍，在 1997 年「原住民族條款」入憲的價值拘束及課予各部門之憲法義務下，如何詮釋理解原住民身分有何憲法上的意義？原住民身分是否、如何成為憲法上的權利？透過上述問題的探究，本文析論本件判決對於原住民族權利發展的可能影響。

關鍵詞：原住民身分法、原住民身分認同權、姓名綁身分、憲法原住民族條款、

壹、前言

原住民身分法第 4 條第 2 項規定：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」（下稱系爭規定）憲法法庭於 2022 年 4 月 1 日就【原住民與非原住民結婚所生子女之原住民身分案】作成 111 年憲判字第 4 號判決¹，將「姓名綁身分」之系爭規定宣告違憲。

本案作為憲法訴訟新制上路後第一件行言詞辯論的案件，從法規範憲法審查案件的本質來看，即原住民身分在「法律」上遭到否定，在「憲法」上應如何評價？在理由論述部分，本件判決係以「原住民身分認同權」及「平等權」作為據以審查的憲法權利，以手段審查違憲為由，將系爭規定宣告違憲。值得注意的是，判決理由以併此敘明的訴外傍論方式，就未來立法方向，特別指出「原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定」。

按 2001 年制定之原住民身分法，以「認定原住民身分，保障原住民權益」

* 卑南族巴布麓部落族人，國立臺灣大學法律學系博士生，行政院人權及轉型正義處處長（本文僅為作者研究性質之探討論述，不代表任職單位意見）

¹ 參憲法法庭網站：<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=38&id=309908>（最後瀏覽日：2022 年 10 月 11 日）。本件判決全文及個別大法官提出之意見書，刊於司法院公報，第 64 卷第 4 期，2022 年 4 月，頁 75-159（為便於查閱，以下引用以司法院公報為準）。附帶說明，本件判決宣判時，司法院網站公布之本件判決以 A01、A02、A03 代號取代聲請人吳若韶及其法定代理人吳欣陽、鄭川如，2022 年 4 月底發行之司法院公報亦然，惟目前憲法法庭網站公布之本件判決，已取消姓名遮掩。

為立法目的，決定原住民「個人」能否取得法律上原住民身分，同時影響原住民族「集體」的邊界、規模及範圍。此於 1997 年憲法增修條文第 10 條「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。…」²即「原住民族條款」入憲的價值拘束及課予各部門之憲法義務下，如何詮釋理解原住民身分有何憲法上的意義？原住民身分是否、如何成為憲法上的權利？從本件判決理由論述及各大法官所提意見書³之梳理歸納出發，透過上述問題的探究，本文析論本件判決對於原住民族權利發展的可能影響。⁴

貳、本件判決要旨

本件判決以「原住民身分認同權」及「平等權」（種族平等）作為據以審查的憲法權利，審查後認定系爭規定之限制手段「非適合且必要，顯非最小侵害手段，其限制不符憲法第 23 條比例原則」、「手段與其目的間難認係絕對必要且無可替代，難以通過嚴格審查」，故宣告系爭規定違憲。並要求相關機關應於判決宣示之日起 2 年內，依判決意旨完成修法。

一、原住民身分認同權的審查

就「原住民身分認同權」而言，判決先援引原住民身分法第 1 條第 1 項規定指出：原住民身分法係取得原住民身分之法規範，其認定目的則在保障原住民之權益等。⁵判決進一步認為，系爭規定於血統主義之外，另附加「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」等原住民文化認同要件。對不符上開附加要件之原住民與非原住民結婚所生子女言，其原本依其所具原住民血統，而有之得因自我認同而具原住民身分之權利，於系爭規定一附加上開要件之結果，其原住民身分遭到否定。⁶換言之，系爭規定「就原住民與非原住民結婚所生子女之原住民身分之取得，所附加之要件係對於具原住民血統者之身分認同權之限制」⁷。

² 此二項規定於 1997 年 7 月 21 日修正公布憲法增修條文列於第 10 條第 9 項及第 10 項，於 2000 年 4 月 25 日修正公布憲法增修條文移列為第 10 條第 11 項及第 12 項。

³ 本件判決共有 6 份意見書：黃虹霞大法官（蔡明誠大法官加入）、許志雄大法官（詹森林大法官加入）、黃瑞明大法官（詹森林大法官加入）、黃昭元大法官（許宗力大法官、謝銘洋大法官加入，楊惠欽大法官加入一至四部分）分別提出協同意見書；呂太郎大法官、蔡宗珍大法官（吳陳鑽大法官、林俊益大法官、張瓊文大法官加入）分別提出不同意見書（以下引用本件判決之意見書，不另註明加入該意見書之大法官）。

⁴ 憲法法庭審理 109 年度憲三字第 17 號聲請人臺北高等行政法院第三庭聲請案（西拉雅案），因尚待宣判，不在本文討論範圍。

⁵ 判決理由第 20 段。

⁶ 判決理由第 21 段。

⁷ 判決理由第 32 段。

上述規範狀態的描述，可謂以系爭規定的內容為基礎，亦即系爭規定適用對象是「原住民與非原住民結婚所生子女」（下或稱原漢通婚⁸子女），法律效果為「取得原住民身分」，而適用對象是否發生法律效果，取決於其是否符合「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」的附加要件。因此，判決著重於「具原住民血統者」之原住民身分遭到否定時，是否侵害其何種憲法權利之探討。

有關「原住民身分認同權」之憲法依據及權利構成，判決強調「人之血統係先於憲法、法律存在之自然事實，與個人及所屬群體之身分認同密切相關」，並援引憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定及司法院釋字第 803 號解釋，同時指出「原住民之地位較特殊，其身分原則上係依自我認同原則」，進而承認原住民之身分認同權應受憲法第 22 條規定高度保障，乃原住民特殊人格權利。⁹故系爭規定「涉及受憲法保障之原住民身分認同權之限制，與憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項等規定均相關」¹⁰。

就原住民身分認同權的審查標準，判決認為，系爭規定對於原漢通婚子女加諸取用姓名之要求（即「從具原住民身分父或母之姓」或「取用原住民傳統名字」），此附加要件係對於「具原住民血統者」之重要基本權利之限制，應採嚴格審查。

11

在目的審查部分，判決以「確認國家給付行政之範圍」涉及國家資源分配，尚難認係特別重要公益，故認非屬合憲目的，但考量我國原住民族之特殊歷史地位及憲法增修條文之特別保障，認為「追求、促進、保護文化認同」之目的合憲。

12

手段審查部分，判決就系爭規定「從具原住民身分之父或母之姓」及「取用原住民傳統名字」2 種方式分別論斷，認為「取用原住民傳統名字」固確有助於促進認同，但要求子女須從其原父或原母之漢姓，始得取得原住民身分之限制手段，是否真有助於促進原住民文化認同，實有疑問，不應逕以不符上開附加要件為由，否定其為原住民，致其無從以原住民之身分，以其他侵害較小之方式（例如申請登記為原住民、「先承認其身分，再要求培養認同」、「要求再從非原住民父或母之漢姓、漢名之外，另並列所屬原住民族傳統意義之名字」），客觀表達其對所屬原住民族文化之認同。故以系爭規定的限制手段非適合且必要，顯非最小侵害手段，其限制不符憲法第 23 條比例原則，認定系爭規定違反憲法第 22 條保

⁸ 本文所稱「原漢通婚」，概指原住民與非原住民（不限於漢族）結婚之情形；其子女之「原父漢母」或「原母漢父」，亦指稱父母之一為原住民、另一為非原住民（不限於漢族）而言。

⁹ 判決理由第 17 段。

¹⁰ 判決理由第 22 段。

¹¹ 判決理由第 18、23 段。

¹² 判決理由第 26 段。

障原住民身分認同權之意旨。¹³

二、平等權的審查

就「平等權」而言，判決認為，系爭規定直接在「原住民與原住民結婚所生子女」、「原住民與非原住民結婚所生子女」間形成是否須另符合上開附加要件之差別待遇；此項差別待遇係對具原住民血統者，以其父、母是否具原住民身分為分類，就父母僅有一方為原住民者，附加姓名之要求。此以「種族或族群分類」且涉及重要基本權利之差別待遇，應適用嚴格審查標準。¹⁴

判決認為「促進原住民文化認同」之目的合憲，就手段審查部分，則認附加上開要件之手段違憲，其理由在於：「原住民與原住民結婚所生子女」、「原住民與非原住民結婚所生子女」間的分類，就血統或血緣比例與認同之關聯言，前者之血緣比例未必當然高於後者，故系爭規定以「假設原原結婚所生子女，必然有足夠之原住民認同，因此不要求另外有認同之表現」、「原原結婚所生子女可以透過登記而取得原住民身分，且其登記即足以彰顯其認同」為由之差別待遇，是無據且顯然恣意。從而認定，系爭規定附加上開要件之手段與其目的間難認係絕對必要且無可替代，難以通過嚴格審查，牴觸憲法第 7 條保障種族平等之意旨，違憲。¹⁵

此外，判決就聲請人主張系爭規定違反性別平等之指摘，考量系爭規定之適用結果，係受長久以來子女從父姓習慣之影響，僅稱「亦非顯然無據」，並未宣告系爭規定違反性別平等。¹⁶

三、定期失效及併此指明

判決宣告系爭規定違憲定期失效，相關機關應於 2 年內完成修法，如逾期未完成修法，系爭規定失效，且為避免違憲狀態持續及(系爭規定定期失效導致的)規範真空，判決「替代立法」的效力為：原住民與非原住民結婚所生子女，取得原住民身分，並得辦理原住民身分及民族別登記。¹⁷

判決最後以傍論的方式，就未來原住民身分相關修法方向「併此指明」。¹⁸

首先，判決指出原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，

¹³ 判決理由第 28-32 段。

¹⁴ 判決理由第 37 段。

¹⁵ 判決理由第 38-44 段。

¹⁶ 判決理由第 45 段。

¹⁷ 判決理由第 47 段。此一「替代立法」的效力，實際上是呼應判決對於系爭規定的指摘：「如果認為原原結婚所生子女可以透過登記而取得原住民身分，且其登記即足以彰顯其認同，則原與非原結婚所生子女之相同登記，為何就當然不足以彰顯其認同，而須另加姓名之要求？」(判決理由第 43 段)因而在「原原結婚所生子女及原與非原結婚所生子女，應採相同的認同表徵」之前提下，使原漢通婚子女同樣得以登記作為認同表徵，取得原住民身分。

¹⁸ 判決理由第 50 段。

立法者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。

其次，儘管判決前提及「先承認其身分，再要求培養認同」之侵害較小手段¹⁹，於此仍肯認原住民身分取得需具認同表徵，指出「關於原住民族群文化認同之客觀表達方式本屬多元，原住民身分法立法當時決定就系爭規定一之情形，所採用之從姓或原住民傳統名字，充其量僅係其中一種身分認同表徵，並非唯一。且因原住民族地位較為特殊，衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。」

最後，呼應前述就「原住民與原住民結婚所生子女」、「原住民與非原住民結婚所生子女」乃無據且恣意分類之論述²⁰，判決強調認同程度與「父母雙方均為原住民或僅一方為原住民」無必然關聯，各項原住民優惠措施之資源分配，亦不應以「父母雙方均為原住民或僅一方為原住民」作為區別標準，此乃判決所明揭之立法裁量界限。

四、個別大法官之意見書

在違憲結論上採不同意見者，包括呂太郎大法官及蔡宗珍大法官，皆認為系爭規定加諸取用姓名之要求，並不違憲。²¹

在違憲理由方面，黃瑞明大法官認為系爭規定違反比例原則與平等權者僅限於「從具原住民身分父或母之姓」，至於「取用原住民傳統名字」則未違反比例原則。²²黃昭元大法官認為「從具原住民身分父或母之姓」是違反原住民身分認同權，「取用原住民傳統名字」則是違反種族平等。²³

有關平等權的審查，黃虹霞大法官主張系爭規定已造成結果上之間接歧視，違反性別平等。²⁴黃昭元大法官則認為系爭規定適用結果之性別不平等，恐怕是整個社會父姓常規影響下的產物，而不只是系爭規定運作的結果，故難以確定違反性別平等。²⁵此外，就系爭規定與同條第1項規定間，呂太郎大法官及蔡宗珍

¹⁹ 判決理由第29段。

²⁰ 判決理由第43段。

²¹ 參呂太郎大法官不同意見書，同註1，頁139-142；蔡宗珍大法官不同意見書，同註1，頁151-154（蔡宗珍大法官另認為立法者未規定其他方式，使不符合系爭規定之未成年子女亦能取得原住民身分，構成規範不足之違憲，頁154-156）。

²² 參黃瑞明大法官協同意見書，同註1，頁108-112。

²³ 參黃昭元大法官協同意見書，同註1，第[12]段，同註1，頁120。

²⁴ 參黃虹霞大法官協同意見書，同註1，頁96-98。

²⁵ 參黃昭元大法官協同意見書，同註1，第[22]段，同註1，頁126。附帶說明，就「平等權」的審查，究應著重在分類還是分類的效果？遭系爭規定否定原住民身分者，統計上絕大多數為外婚（marry out）之原住民「女性」所生子女，且法規沿革及立法動機都足證系爭規定係針對「與非原住民結婚之原住民『女性』及其子女」建立門檻（參判決理由第51段，引述原民會副主委說明系爭規定立法理由「原住民女子嫁給平地漢人後……」），判決僅論以種族平等，似有不足。陳昭如教授亦就本件判決評述「原住民女性所遭致的歧視只能被以種族歧視看待的困

大法官均認為在「從具原住民身分父或母之姓」要件上並無差異。²⁶

值得注意的是，就判決認為系爭規定構成憲法第 22 條原住民身分認同權限制部分，蔡宗珍、黃昭元、許志雄 3 位大法官各有不同面向的著墨及觀察。

蔡宗珍大法官並不接受原住民身分認同權乃憲法第 22 條所保障之權利，其認為：「原住民」乃是一種法律地位或身分（Status），係附隨於權利主體之法律屬性，其本身尚無涉憲法上之權利概念，而是享有憲法與法律所保障或賦予之相關權利之前提資格，且有待立法具體形成其要件等內涵；未能依法取得原住民身分者，尚難主張其基於憲法人格權之保障，即享有所謂「原住民身分認同權」，或甚至以憲法第 22 條為據直接認定該等權利之存在，進而主張有權取得原住民身分。²⁷

黃昭元大法官則贊同原住民身分認同權為憲法第 22 條所保障之非明文權利，惟進一步批評：多數意見明顯忽略了原住民身分認同權之集體權面向，及其與個人權間之內在密切關聯；也未要求國家法律應適度退讓，以使各原住民族或部落得依其傳統文化及機制，自主決定其成員資格，實有不足。²⁸有別於判決理由「併此指明」的曖昧不明，黃昭元大法官以原住民族是先於國家而存在之特殊群體，且有其獨特的身分識別及認同文化，基於憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項之解釋，明確指出憲法第 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。進而認定，原住民身分法係以國家法律就各族成員設定劃一之相同標準，而沒有容許各原住民族或部落得以依其各自之傳統文化、機制，自主認定其所屬成員，因此系爭規定不僅是因其規範內容過度干預個別原住民之身分認同權而違憲，也會因為剝奪或未賦予各族或部落就其所屬成員資格享有集體之自主決定權，而背離憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項的規範意旨。²⁹

許志雄大法官亦就原住民身分認同權之定位、性質及保障，說明原住民及原住民族之身分與歸屬，於聯合國原住民族權利宣言第 9 條、第 33 條第 1 項前段、國際勞工組織原住民與部落人民公約第 1 條第 1 項第 3 款及憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定，均有自我認同原則之意旨。未來修法，關於原住民之身分認定，應尊重各原住民族及部落之自主決定，而非採一律之標準，方能符合原住民族之自我認同原則。又「原住民族之自我認同」與「原住民之自我認同」

境，種族與性別的交織歧視仍難獲承認」，參陳昭如（2022），〈母姓難從，漢姓難移：原住民身分的性別與族群交織難題〉，《婦研綜橫》，116 期，頁 60。

²⁶ 參呂太郎大法官不同意見書，同註 1，頁 141-142；蔡宗珍大法官不同意見書，同註 1，頁 150。

²⁷ 參蔡宗珍大法官不同意見書，同註 1，頁 146-147。

²⁸ 參黃昭元大法官協同意見書，第[2]段，同註 1，頁 117。

²⁹ 參黃昭元大法官協同意見書，第[3]-[7]段，同註 1，頁 117-118。

未必一致，立法時允宜兼顧。從基本權之保障著眼，原住民族及部落對於其成員認定上之自主決定應有界限，無論如何均不得侵害個別原住民之身分認同權。³⁰

參、討論分析

系爭規定的適用，主要涉及「具原住民血統」之原漢通婚子女能否取得原住民身分，本件判決亦著重於原漢通婚子女之原住民身分遭到法律否定時，是否侵害其何種憲法權利之探討。然而，系爭規定影響的對象及權利，是否以此為限？此外，本件判決中有關「身分 v. 認同」、「姓名 v. 認同」、「血統 v. 認同」、「身分 v. 資源/優惠」的論述，值得進一步討論分析。

一、系爭規定影響的對象及權利

本件判決以「原住民身分認同權」及「平等權」作為據以審查的憲法權利，宣告系爭規定違憲。上述二項憲法權利的審查，可謂以原漢通婚子女為對象，審查重點在於具原住民血統之「個人」能否取得法律上原住民身分，以及其身分遭「法律」否定，如何在「憲法」上予以評價。然而，受到系爭規定影響的對象及權利，是否僅有原漢通婚子女之原住民身分的取得，而別無其他？

按系爭規定之適用對象為「原住民與非原住民結婚所生子女」，法律效果自然發生在「子女」身上，惟要件之該當與否，於子女未成年時，決定權在於「父母」。因為是否採取「從具原住民身分之父或母之姓」及「取用原住民傳統名字」2種方式其中之一，依法³¹是由父母協議。至於父母協議未採上述2種選擇之情形究何所指？具體來說，依「父母子女稱姓不得出現父母姓氏以外第三姓氏」³²

³⁰ 參許志雄大法官協同意見書，同註1，頁101-103。

³¹ 原住民身分法於2001年1月17日制定公布，該法第7條第1項規定：「第四條第二項……子女從具原住民身分之父、母之姓或原住民傳統名字，未成年時得由法定代理人協議……，不受民法第一千零五十九條及姓名條例第一條第二項規定之限制。」之所以要排除民法適用，是因為當時民法第1059條（1985年6月3日修正）規定：「（第1項）子女從父姓。但母無兄弟，約定其子女從母姓者，從其約定。（第2項）贅夫之子女從母姓。但約定其子女從父姓者，從其約定。」採子女從父姓之原則，故於特別法（原住民身分法）明定協議制，以優先普通法（民法）適用。

原住民身分法採取的協議制，也在民法嗣後的修正參採納入，亦即民法第1059條於2007年5月23日修正為：「（第1項）父母於子女出生登記前，應以書面約定子女從父姓或母姓。（第2項）子女經出生登記後，於未成年前，得由父母以書面約定變更為父姓或母姓。……」2010年5月19日再修正為：「（第1項）父母於子女出生登記前，應以書面約定子女從父姓或母姓。未約定或約定不成者，於戶政事務所抽籤決定之。（第2項）子女經出生登記後，於未成年前，得由父母以書面約定變更為父姓或母姓。……」惟在民法第1059條修正後，有關原漢通婚所生子女，其未成年前之從姓或原住民傳統名字，依特別法優先於普通法適用之原則（中央法規標準法第16條後段），仍應適用原住民身分法第7條第1項規定。

³² 父母應約定其未成年子女從父姓或母姓，而不得約定從第三姓；成年人有權利依據自我認同選擇父姓或母姓，而無庸經父母之書面同意，惟仍僅能選擇從父姓或母姓，亦不得從第三姓（法務部100年9月8日法律字第1000015825號、101年5月23日法律決字第10100579260號、102年6月20日法律字第10203506570號、105年8月25日法律字第10503512430號函意

之原則，乃專指「從非原住民之父或母之姓」而言，而不包括其他情形。

據此，「原住民與非原住民結婚所生子女」未成年時，依系爭規定之適用結果為：(一)若父母協議採取「從具原住民身分之父或母之姓」或「取用原住民傳統名字」2種方式其中之一，其子女取得原住民身分；(二)若父母協議「從非原住民之父或母之姓」，其子女則不取得原住民身分。進一步觀察系爭規定於原父漢母、原母漢父之各種適用情形如下：

表 1：系爭規定各種適用情形

適用情形 (代號)	原漢通婚情形	父母協議結果	是否取得 原住民身分	備註
A	原父漢母所 生子女	從原父姓	○	不從漢母姓
B		取用原住民傳統姓名	○	
C		從漢母姓	×	
D	原母漢父所 生子女	從原母姓	○	不從漢父姓
E		取用原住民傳統姓名	○	
F		從漢父姓	×	

資料來源：本文整理

從表 1 可以發現：系爭規定表面上是以「從具原住民身分之父或母之姓」或「取用原住民傳統名字」為並列選擇，惟論其實際，可謂以「放棄從漢父姓/漢母姓」為要件。³³詳言之，原父漢母所生子女要取得原住民身分，須父母協議「子女不從漢母姓」(表 1：A、B)，此無異於以漢母於協議時的讓步為前提；同樣的，原母漢父所生子女要取得原住民身分，須父母協議「子女不從漢父姓」(表 1：D、E)，亦以漢父於協議時的讓步為前提。若漢父或漢母於協議時不讓步(表 1：C、F)，仍協議決定子女從漢父姓或漢母姓，原漢通婚子女即無法取得原住民身分。

本文認為，系爭規定「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」之要件，不應視為 2 種方式選擇或分類標準，而應以原漢通婚子女「是否不從漢父姓或漢母姓」著眼，且實際上此係取決於漢父或漢母於協議時是否讓步(亦即願意放棄子女從漢父姓或漢母姓)而定。而在此理解下，系爭規定的規範核心，不是在於法條要件所明列 2 種方式的「選擇」，而是對於原漢通婚家庭帶來的「選擇困境」³⁴。因為在原漢通婚子女依系爭規定取得身分的情形，實際上是以「放

旨參照)。所謂「從父姓」或「從母姓」，意即為以父或母之姓為姓，且從者之姓必與其所從者完全相同(法務部 92 年 7 月 25 日法律決字第 0920027852 號函參照)。

³³ 原住民與非原住民結婚所生子女如嗣後變更為「非原住民父或母之姓」，亦會喪失原住民身分(原住民身分法第 7 條第 2 項規定參照)。

³⁴ 黃昭元大法官亦有類似的兩難困境描述，其認為在戶籍制度的基礎上，原漢通婚子女「於其子女出生後的短時間內，就需面臨身分抉擇的可能文化衝突與兩難」。參黃昭元大法官協同意見書，第[9]段，同註 1，頁 119。

棄從漢父姓/漢母姓」為代價，但對於漢父或漢母來說，欲將姓氏沿用於子女，可能具有情感、精神、血緣聯繫、家族表徵等意義³⁵，何況法律本已明定由父母協議，此時可能限制漢父或漢母將姓氏沿用於子女之姓名權³⁶或人格權。反之，若漢父或漢母於協議時不願讓步，最後父母協議結果為子女「從漢父姓/漢母姓」，漢父或漢母得償所願所要付出的代價是：子女無法取得原住民身分，以及原父或原母不能將原住民身分傳承子女³⁷，此一身分傳承對原父或原母具有重大的精神和文化價值³⁸，因涉及人格自由發展，故可能構成人格權之限制。

簡言之，系爭規定除了影響原漢通婚子女其原住民身分的取得或遭到否定，尚影響原父或原母能否將其原住民身分傳承給其子女，以及漢父或漢母能否將其姓氏沿用於其子女。

二、身分 v. 認同

有關原住民身分與認同的關係，可能會因每個人的生命經驗不同，而有不同的看法。例如有人說：從自身追尋認同的經驗，「被法律肯認為原住民」是追尋認同的起點。³⁹也有人說：沒有法定原住民的身分，還是可以有對原住民的認同和歸屬，沒有人能剝奪你心中要有什麼認同。⁴⁰另有認為「一般來說，文化認同不會是身分取得的一個先決要件，而是取得身分後，那個文化社群透過一系列的活動，去培養他們的文化認同。原住民身分法第4條第2項的問題是，把文化認

³⁵ 蔡宗珍大法官指出，子女從姓之選擇，象徵從姓一方之父或母血緣傳承之顯現，往往也代表其主要承續之家族系譜或香火傳承關係，具有一般性彰顯父系或母系親族血緣傳承之選擇與認同之意涵與功能。參蔡宗珍大法官不同意見書，同註1，頁152。

³⁶ 學說上有認為，父母為子女決定姓氏是基於親權的行使，個人才是姓名權之權利主體。參廖福特（2014），〈建構選擇姓氏的權利〉，《臺北大學法學論叢》，89期，頁8-11。倘採此見解，則將姓氏沿用於子女之權利，即非憲法所保障之姓名權（釋字第399號解釋參照），而將落入人格權之範疇。附帶說明，原漢通婚子女無論選擇「從具原住民身分之父或母之姓」或「原住民傳統名字」以取得原住民身分，抑或「從漢父姓/漢母姓」而不取得原住民身分，均已行使其姓名權，故似未構成姓名權之限制。

³⁷ 黃昭元大法官就系爭規定與同條第1項，認為是以種族為分類之法律上差別待遇，亦提及原父或原母會因其結婚對象是否具原住民身分，以致受有其子女從姓或取名之不同要求，而不當然能「將其原住民身分傳承給其子女」。參黃昭元大法官協同意見書，第[18]段，同註1，頁124。

³⁸ See *Descheneaux v. Canada (Attorney General)*, 2015 QCCS 3555, at paras. 70-74. (認為將原住民身分傳承給子女的權利(right to transmit Indian status to one's child)，應被視為一種利益，因為一方面讓子女獲致教育補助等經濟利益可以減輕父母的負擔，另一方面，身分的傳承也具有重大的精神和文化價值，可以讓父母感到安慰和自豪，甚至更重於經濟利益。)

³⁹ 參 *Savungaz Valincinan* (2022/3/10)，〈原住民身分法釋憲：一場如同佛地魔對混血巫師的忠誠度追殺〉，<https://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/3855004>（最後瀏覽日：2022年10月11日）。

⁴⁰ 參 *Ljegay Rupeljengan 樂錯.祿璞峻岸* (2022/1/30)，〈為什麼單一案例的釋憲結果要影響到眾族群文化自決與社群秩序？〉，<https://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/3817694>（最後瀏覽日：2022年10月11日）。

同當成是身分取得的先決要件，這會產生一些問題。」⁴¹

身分與認同之間的關係孰先孰後？究竟是先有身分才建立認同？還是要先有認同才有資格擁有身分？國家就原住民身分的認定，應否、如何決定身分與認同的關係？如果法律規定原住民身分的取得應以認同為要件，如何認定有無認同？誰來認定？什麼樣的認同？

儘管判決提及「先承認其身分，再要求培養認同」是侵害較小之限制手段，但又認為「追求文化認同之目的應認係特別重要公益」而屬合憲目的，故似乎贊同將認同表徵當成是身分取得的先決要件。因此，判決最後指出「從姓或原住民傳統名字充其量僅係其中一種身分認同表徵，並非唯一」、「原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。」，也是以肯認原住民身分取得需具認同表徵為前提。

三、姓名 v. 認同

在原住民身分的取得應有認同之前提下，系爭規定形式上是「姓名綁身分」，實質上是以「姓名等於認同」為由，將「姓名等同身分認同」⁴²。

然而，具有文化意義之認同行動，所在多有，例如歲時祭儀及生命儀禮的參與⁴³、族語的學習、部落公共事務的投入等，況且所謂的認同，從來都不是存在於某一個動作或做成決定的那個瞬間，而是在不斷的思考與經驗當中，逐漸累積形成對於這個身分的理解，包括對於自己、家族、部落、民族的意義為何，並且，很可能要用一辈子的時間追尋、行動、修正、再行動，盡力活出祖先所傳承的文化樣貌。系爭規定以從姓及傳統名字作為認同表徵、文化條件，實質上係以「放棄從漢父姓/漢母姓」作為唯一手段，對於認同及文化的理解是否太過偏狹？

判決也指出認同乃持續之過程，姓名非促進認同的唯一手段：「促進原住民認同之方法多端，姓名只是其中之一，而且是相當形式之手段。如欠缺實際之養成過程，單純從原父或原母之姓或傳統名字亦未必真能顯現對原住民文化之認同，因為認同之形成及持續，需要有相關之養成、學習或生活過程。」⁴⁴黃昭元大法官提到：「認同的養成是個動態發展過程，需要自身之學習和體驗，也和民族教

⁴¹ 原住民族電視台（2022/2/16），視世代對話第 47 集，【原住民身分法案言詞辯論：「漢父原母」生不出原住民孩子？】，<https://www.youtube.com/watch?v=klFNn2XK7CA>（最後瀏覽日：2022 年 10 月 11 日，影片 18:15，鄭川如受訪）。

⁴² 參黃昭元大法官協同意見書，第[16]段，同註 1，頁 123。

⁴³ 例如筆者所屬之卑南族巴布麓部落，即有來自外族的女婿透過大獵祭（*mangayaw*）及生命儀禮的施行與轉化，而被納入成為會所（*palakuwan*）的成員。參王勁之（2014），〈誰是「卑南族」？試論 Pinuyumayan 的身分認定〉，林志興、巴代主編，《卑南學資料彙編第一輯：回凝與前瞻》，頁 95-96。

⁴⁴ 判決理由第 29 段。

育、生活環境、成員互動等息息相關，甚至會受到特殊事件的刺激所影響。形式上姓名或法律要求的登記只是起點之一，不應該是身分認同的分界點。」⁴⁵亦同此旨。

不過，系爭規定「從具原住民身分之父或母之姓」及「取用原住民傳統名字」，是否應分別審查？例如，判決於原住民身分認同權的審查，將「從具原住民身分之父或母之姓」或「取用原住民傳統名字」視為2種方式，分別進行手段與目的關聯性之審查，認為後者確有助於促進認同，質疑前者「要求子女從父或母之姓，此姓為漢姓，而非原住民文化傳統之取名」未必有助於認同目的之達成。黃瑞明大法官亦認僅「從具原住民身分父或母之姓」違反比例原則與平等權，黃昭元大法官則分別認為「從具原住民身分父或母之姓」違反原住民身分認同權、「取用原住民傳統名字」違反種族平等。

對於原漢通婚子女而言，即使「從具原住民身分父或母之姓」為漢姓，實質上仍屬「放棄從漢父姓/漢母姓」的行動，在前述原漢通婚家庭的「選擇困境」下，應評價為積極的認同行為（特別是在父姓常規下，原母漢父所生子女從原母之漢姓，需要克服父姓常規，仍應認為有助於表彰對身分及文化之認同），尤其是每一位願意讓步、溫柔成全的漢父或漢母，他們是不可或缺的多元文化推手，憲法面對他們，宜以敬意取代質疑或非難。換言之，「從具原住民身分父或母之姓」與「從漢父姓/漢母姓」，雖同為漢姓，但在促進原住民認同之意義上應有不同。⁴⁶

本文認為，系爭規定的手段審查，應聚焦在系爭規定所蘊涵「放棄從漢父姓/漢母姓」的實質門檻要求（request）對於原漢通婚家庭帶來的上述「選擇困境」是否過苛？亦即，憲法是否容許立法者以「放棄從漢父姓/漢母姓」作為取得原住民身分唯一、必要的前提要件？換言之，應以「從漢父或漢母之漢姓者，必無從取得原住民身分」⁴⁷作為系爭規定的審查重點，而非割裂審查「從具原住民身分之父或母之姓」或「取用原住民傳統名字」2種方式選擇（option）⁴⁸。

⁴⁵ 參黃昭元大法官協同意見書，第[25]段，同註1，頁127-128。聲請人亦認為：「主觀的認同經常是動態的發展過程，對於原住民的主觀認同除了家庭以外，更與民族教育、社會經驗、同儕互動、自身探索息息相關。聲請人並非認為族群認同不重要，而是認為族群認同的追求首要應是環境的建立與文化參與，且個人身分的取得更可能是建立族群認同的起點，立法者不應以動態且不具文化連結必要性的條件限制身分的原始取得，更不應將身分取得建立在歧視的基礎之上。」參吳若韶1110222言詞辯論意旨補充書，頁3。

⁴⁶ 蔡宗珍大法官指出，「從具原住民身分父或母之姓」仍可彰顯原住民父（祖）或母（祖）之血緣傳承關係，以及對其所屬原住民族之連結與認同，因而亦表彰了原住民身分之傳承。參蔡宗珍大法官不同意見書，同註1，頁153。

⁴⁷ 參黃昭元大法官協同意見書，第[15]段，同註1，頁123（註4稱：「即使具原住民血統，如從漢父或漢母之漢姓，亦不取得原住民身分」之法定障礙）。

⁴⁸ 黃昭元大法官認為「取用原住民傳統名字」違反種族平等，理由為：「立法者對於原原結婚所生子女完全沒有設定這項要求，而只對原與非原結婚所生子女才有此要求。原原結婚所生子女，即使只從其原父或原母之漢姓，而不取用原住民傳統名字，也不並列傳統名字之羅馬拼

四、血統 v. 認同

判決強調血統與身分認同密切相關，依血統即具有身分認同權：「人之血統係先於憲法、法律存在之自然事實，與個人及所屬群體之身分認同密切相關。」
「對不符上開附加要件之原住民與非原住民結婚所生子女言，其原本依其所具原住民血統，而有之得因自我認同而具原住民身分之權利，於系爭規定一附加上開要件之結果，其原住民身分遭到否定，系爭規定一自己限制此等原住民與非原住民結婚所生子女身分認同應受肯認之重要人格權。」

另一方面，判決為破除「原住民與原住民結婚所生子女」、「原住民與非原住民結婚所生子女」的恣意分類，以血緣比例與認同之關聯切入，說明原原結婚所生子女之血緣比例未必當然高於原漢通婚子女，進而指出「何以原住民血緣比例還可能較高之原與非原結婚所生子女，卻比血緣比例可能較低之原原結婚所生子女，須有更強、更明顯之認同表現，才能取得原住民身分？」的假設有誤。

這裡存在的前提預設似乎是：血緣比例愈高者，身分認同程度愈高，無需太過要求認同表現；反之，血緣比例較低者，身分認同程度較低，則可要求更強、更明顯之認同表現。然而，這裡關於血統或血緣比例的說法，是否反而可能產生本質論的惡意風險？

有關本質論，筆者聯想到本案行言詞辯論時，詹森林大法官的提問，指出同一家庭中具原住民血統者，因系爭規定而有原住民身分取得與否的差別待遇，他以原母漢父家庭有 3 個小孩為例，「其中 2 個依照系爭規定取得原住民身分的小孩，不管基於什麼原因，就是欠缺原住民特有的一些技能，反而是那個因系爭規定沒有取得原住民身分的小孩，不管他（她）是弟弟、妹妹、哥哥或姐姐，在各方面的表現上，人家若不看他（她）的姓名會以為他（她）是原住民。所以當這 3 個兄弟姐妹站在一起時，依系爭規定取得原住民身分的小孩，不知道他們母親身分的外人，因為看不出來他們是原住民，就會問『為什麼你們有原住民的身分呢？』；而對沒有取得原住民身分的那位小孩，就會問『為什麼你沒有原住民的身分呢？』鑑於這樣的情況，系爭規定有其必要嗎？在 3 個同胞兄弟姊妹之間公

音，均不影響其取得原住民身分。然原與非原結婚所生子女，若不從原父或原母之漢姓，就只有取用原住民傳統名字為其本名之唯一選項，始能據以取得原住民身分。」參黃昭元大法官協同意見書，第[20]段，同註 1，頁 125。本文認為，上述說法實已加入是否「從具原住民身分之父或母之姓」的條件預設，且將「取用原住民傳統名字」視為立法者設定的「要求」，似有疑義。

附帶說明，實務上有原母漢父所生子女，將「漢父姓」置於「原住民傳統名字」的第一個字，此案例更反映了系爭規定造成的扭曲及壓迫，亦即法律的設計實際是以漢父為質問對象，逼迫他放棄傳承漢姓的想望，如果不願屈服，就以懲罰原母及子女為代價，在此選擇困境下，為求兩全，才會想出可以符合法律要求又能將漢姓放在第一個字（如同漢姓）的創意命名，然而此命名若與傳統名制有不合之處，反而弱化了「取用原住民傳統名字」的文化認同意義。

平嗎？」⁴⁹在這個舉例中，對於差別待遇之所以不公平、不合理的描述，例如「欠缺原住民特有的一些技能」卻有原住民身分、「在各方面的表現上，人家若不看他（她）的姓名會以為他（她）是原住民」反而無原住民身分，亦隱含本質論的預設。

本文認為，如同「姓名等同身分認同」的窠臼、「原住民與原住民結婚所生子女」、「原住民與非原住民結婚所生子女」的分類應予破除，原住民身分更應避免陷入某種（血緣比例、膚色、容貌、技能）本質論或刻板印象，以原住民就是要符合某種（血統很純、膚色很黑、五官深邃、歌喉好、有運動天賦、海量……）想像，認為不符合想像者「不像是」（甚至「不夠格」當）原住民。

五、身分 v. 資源/優惠

有關原住民身分法是否能以「確認國家給付行政之範圍」作為系爭規定之合憲目的，判決明確指出：「人包括原住民之血統係先於憲法、法律存在之自然事實，應受憲法高度保障。遍查原住民身分法全文，又沒有任一條述及國家給付行政具體內涵，且給付行政之內涵係給與符合給付條件之人民優惠，所涉及者為國家資源之分配，以此目的與本件所涉及原住民身分認同權等受憲法保障之基本權之限制相較，原則上尚難認係特別重要公益。」⁵⁰

本文認為，國家尤不應以資源（有限）為考量，例如為達成「藉由管制取得原住民身分之人數，以維護優惠性保障措施資源」目的而為分類，這種欲限縮原住民人數、不希望原住民人數太多、盡量促使具原住民血統者成為非原住民的立法動機，實已蘊含族群同化的惡意，應是憲法禁止的種族主義。⁵¹

判決認為原住民身分與優惠措施之資源分配可以、也應該脫鉤處理：「原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。」

在近期的個案研究中，透過一位「漢父原母所生子女」改從母姓取得原住民身分的認同發展歷程，提供身分、認同、優惠之間關係的思考，以及不同的制度政策規劃是否會帶來不同（更好或更差）結果的更多想像，該研究結論指出：「原住民身分認定不會直接促成族群認同，但卻在制度層面提供了認同發展的支持，

⁴⁹ 言詞辯論筆錄，頁 33-34。

⁵⁰ 判決理由第 26 段。

⁵¹ 原住民身分限縮從嚴認定的歷史教訓，殷鑒不遠。即有論者指出「光復初期，原住民身分的認定端賴台灣省政府一紙命令據以辦理。……山胞身分的認定充其量是政府界定行使給付行政的邊界，為避免浮濫，採限縮、從嚴做為思考。諸如：原住民女子與非原住民結婚一律喪失原住民身分；原住民被非原住民收養一律喪失原住民身分；非原住民被原住民收養不具有原住民身分等。」參林江義（2011），〈原住民身分認定政策〉，《原教界》，42 期，頁 6-7。

讓她不需如同過去的原住民族前輩，必須與主流文化掙扎及搏鬥中，重塑或修復自己的族群認同，因此小暖正面的認同發展經驗，也是多元文化社會期待的理想。所以原住民身分認定、升學保障政策與族群認同發展之間的可形成正向的連結與循環，政府應繼續透過政策的支持，讓更多像小暖一樣來自通婚家庭的原住民，透過身分權利及教育權利的保障，成為族群發展的重要力量。」⁵²

要成為一個原住民，或者說選擇取得法律上（戶籍登記上）原住民身分的意義，不會只有個人權利（利益、優惠）的層面，還會連帶伴隨這個身分帶來的意義，包括來自於外在（非原住民群體及原住民群體）的想像（例如標籤、污名、歧視的日常）和期待（例如文化義務），以及內在的自覺自省（例如捫心自問：語言文化能力薄弱、與族群母文化及部落連結不夠的自己算是「真的」原住民嗎？）。簡言之，如何著重原住民身分的義務、責任，強化與部落族群的連結，應是未來制度面要予以考量的。

肆、原住民身分的集體權及自決權意涵

系爭規定的法規範憲法審查，涉及具原住民血統之個人，依國家法律能否取得原住民身分，以及同樣具原住民血統之個人間，能否取得原住民身分之比較等問題。

上述「國家 v. 原住民」及「原住民 v. 原住民」之問題，基本上仍屬個人權（自由權及平等權）的範疇。然而，原住民身分的取得與否，也同時涉及「國家 v. 原住民族」、「原住民族 v. 原住民」等不同層面的意義。

原住民身分的「取得」是否為憲法上的權利？原父或原母將原住民身分「傳承」給子女是否為憲法上的權利？憲法如何看待「法律」規定的原住民身分？原住民身分的「憲法」意義為何？2001年制定的原住民身分法，第1條規定：「為認定原住民身分，保障原住民權益，特制定本法。」原住民作為一種「特殊」的國民身分，國家為什麼要去「立法」界定「誰是原住民」，為什麼要將國民一分为二，區別「原住民」與「非原住民」？原住民身分法的立法，完全等同於立法以前之行政命令沿革過程⁵³中的行政上目的嗎？有沒有憲法規範上的目的？

⁵² 參王前龍、卓勤怡、張如慧（2021），〈原住民身分認定、升學保障與族群認同發展：原漢通婚家庭子女的個案研究〉，《高雄師大學報》，51期，頁25-47。

⁵³ 台灣原住民族身分制度，始於臺灣省政府43年2月9日（肆叁）府民四字11197號令，其後則訂有《臺灣省平地山胞認定標準》、《臺灣省山胞身分認定標準》、《山胞身分認定標準》、《原住民身分認定標準》等行政命令，及至2001年1月17日制定公布原住民身分法。參鄭川如（2013），〈「原住民身分法」中「姓氏綁身分」條款的違憲分析〉，《國立中正大學法學集刊》，40期，頁6-15；王前龍（2017），〈原住民身分認定法規沿革與25年兩性原住民人口增加之構成〉，《台灣原住民族研究》，10卷1期，頁113-116；陳叔倬（2018），〈認同的威名：漢父原母子女取得原住民身分的人口研究〉，《台灣原住民研究論叢》，23期，頁4-9；原住民族委員會（2016），《原住民身分法解釋彙編》，頁91-107，新北市：原住民族委員會。



本文認為，系爭規定決定原住民「個人」（具原住民血統者）能否取得法律上原住民身分，同時影響原住民族「集體」的邊界、規模及範圍，在 1997 年「原住民族條款」入憲的價值拘束及課予各部門之憲法義務下，各原住民族及各部落就其所屬成員資格之集體自主決定權，亦應作為本案據以審查的憲法權利。

一、原住民身分的集體權面向

有關原住民身分的取得及傳承，是否為一項獨特的憲法上權利？本文認為，此必須從台灣原漢關係歷史、憲法明文承認原住民（族）特殊地位，作為討論的起點。

2016 年蔡英文總統代表政府向原住民族道歉文⁵⁴，簡要勾勒出原住民（族）於歷史上的特殊性：

臺灣這塊土地，四百年前早有人居住。這些人原本過著自己的生活，有自己的語言、文化、習俗、生活領域。接著，在未經他們同意之下，這塊土地上來了另外一群人。

歷史的發展是，後來的這一群人，剝奪了原先這一群人的一切。讓他們在最熟悉的土地上流離失所，成為異鄉人，成為非主流，成為邊緣。……

荷蘭及鄭成功政權對平埔族群的屠殺和經濟剝削，清朝時代重大的流血衝突及鎮壓，日本統治時期全面而深入的理番政策，一直到戰後中華民國政府施行的山地平地化政策。四百年來，每一個曾經來到臺灣的政權，透過武力征伐、土地掠奪，強烈侵害了原住民族既有的權利。為此，我代表政府向原住民族道歉。

這在樣的歷史發展過程中，應有必要理解原住民（族）作為特殊人群，其範圍及意涵流變：從受荷蘭領主保護的「屬民」、鄭氏政權「特殊化」為不屬於「民」（漢人）的「化外」之「番」、清朝漢化「熟番」並以土牛界線隔離處在境外的「生番」，到日治時期將平埔族人納入本島人、將非平埔族的原住民族稱為「蕃族」（包括蕃地蕃人及平地蕃人），戰後中華民國政府稱為「山地同胞」，分為山地山胞、平地山胞，不承認平埔族，一直到 1991 年後，憲法增修條文陸續將「山胞」、「原住民」、「原住民族」入憲。⁵⁵

本文認為，原住民身分之意義，如僅考量「涉及國家優惠政策對象之資格」

⁵⁴ 中華民國總統府新聞稿（2016/8/1），〈總統代表政府向原住民族道歉〉，<http://www.president.gov.tw/NEWS/20603>（最後瀏覽日：2022 年 10 月 11 日）。

⁵⁵ 參王泰升（2015），〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化〉，《臺大法學論叢》，44 卷 4 期，頁 1639-1704。

56，即忽略了上述「四百年來，每一個曾經來到臺灣的政權」出於統治或治理上的需要，將原住民（族）客體化、特殊化的歷史過程。⁵⁷同時，原住民身分涉及「誰是原住民」、「那些人群是原住民族」的界定，尤應與憲法增修條文明定之「原住民」、「原住民族」的規範意義，相互聯結，而有規範間之連動關係。

從修憲過程來看，1994年修憲條文規定：「國家對於自由地區原住民之地位及政治參與，應予保障；對其教育文化、社會福利及經濟事業，應予扶助並促其發展。」1997年修憲後修正為：「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」二者對照觀之，同樣作為國家應保障對象之「原住民」及「原住民族」，均有意指涉全體原住民族（泛原住民族）。惟1997年修憲時增加「民族意願」，係強調「民族」之自我決定，亦即肯認「民族」得透過其「民族意願」的表達，要求國家保障統括於「原住民族」範疇之該「民族」相關事項。換言之，憲法增修條文「原住民族」係指全體原住民族（泛原住民族）而言，亦即全體原住民族（泛原住民族）都是國家應保障之對象，惟就統括在「原住民族」範疇之各種集體（如原住民各族、各部落）而言，仍得透過其「民族意願」的表達，要求國家保障該「民族」相關事項。

憲法增修條文第10條第11項、第12項前段規定既以「原住民族」為憲法明文保障對象，並明定「國家應依民族意願，保障原住民族之地位……」為國家應追求之重要政策目標及應盡的憲法義務；且身為原住民族成員之個別原住民，其原住民身分之取得及傳承，攸關原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，依憲法第22條、憲法增修條文第10條第11項及第12項前段規定，此一原住民身分之取得及傳承應受國家之尊重與保障，而為個別原住民受憲法保障基本權之一環，並且在「民族意願」之範圍內，具有原住民族集體權的特殊意涵⁵⁸。

二、原住民族自主決定內部成員之自決權

⁵⁶ 參原民會108年3月11日原民綜字第1080011749號函，說明三。

⁵⁷ 亦有論者指出，在原住民族主體性長期被否認的處境下，原住民個人的集體成員身分，淪為「同化過程中加分、優惠、低利、補助與弱勢的代名詞」。參汪明輝（2009），〈原住民研究生的解殖方法：回應 Linda Tuhiwai Smith 的 25 套計畫〉，《原教界》，26 期，頁 10。

⁵⁸ 比較：釋字第 803 號解釋蔡明誠大法官部分不同意見書（認為「原住民狩獵文化權之內涵，宜認為其具有原住民文化保障之個人基本權(Grundrechten)及集體權之雙重權利內涵。」）。另有關原住民族權利的集體性質，參，例如，蔡志偉（Awi Mona）（2011），〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，《臺大法學論叢》，40 卷特刊，頁 1525-1526（指出「在原住民族集體權的思維脈絡下，個人自主的權利係個人基於部族社會網絡中，作為家族成員、氏族成員與部落成員身分所賦權。」）。

1997 年原住民族條款入憲，一方面是原運動員所促成，另一方面揭示國家的自我拘束，以憲法的規範高度及強度，將國家對原住民族的責任和義務寫入憲法增修條文，以拘束包括行政、立法、司法在內的所有國家權力部門（包括職司憲法解釋的大法官/憲法法庭），課予各該權力部門，必須依原住民族各族之民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對原住民族教育文化等事項保障扶助並促請發展的憲法義務。

系爭規定的適用，決定了「具原住民血統」之原漢通婚子女能否取得原住民身分。原住民族各族群部落所認定的成員，與系爭規定所為劃定，未必一致，而有可能發生「涵蓋過窄」或「涵蓋過廣」的情形：部落認定的部落成員，依系爭規定未取得原住民身分；或者，依系爭規定取得原住民身分者，非部落認定的部落成員。⁵⁹此時，原住民族及部落自主決定其內部成員，是否為憲法保障的權利？

本文認為，此涉及憲法解釋迄今尚未承認之原住民族自決權⁶⁰的保障範圍：原住民族本於民族自決權之權利主體地位，依「民族意願」自主認定內部成員，為自決權之核心內容，應受國家之尊重與保障。⁶¹

公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約（下稱兩人權公約）第 1 條之民族自決權，具有國際法上強行法或絕對法（*jus cogens*）的地位，應具等同於憲法之效力，故應可作為憲法解釋的規範依據。⁶²況且憲法本文原來即

⁵⁹ 以筆者所屬的卑南族為例，即有部落認定之成員，與法令認定範圍不一致的情形。相關討論，參，例如，王勁之（2014），〈誰是「卑南族」？試論 Pinuyumayan 的身分認定〉，林志興、巴代主編，《卑南學資料彙編第一輯：回凝與前瞻》，頁 77-107；陳文德（2020），《從社會到社群性的浮現：卑南族的家、部落、族群與地方社會》，頁 259-291，台北市：中央研究院民族學研究所。

⁶⁰ 過去釋憲實務有關原住民族集體權的討論，除了釋字第 803 號解釋外，尚有釋字第 719 號解釋（理由書第 3、5、6 段參照），其不僅提及國家具有保障扶助並促進原住民族發展之「義務」，更指出憲法增修條文對於「原住民族工作權」之保障（「國家仍應透過具體政策與作為，積極實踐上開憲法增修條文對於原住民族工作權之保障，並應就該積極優惠措施，依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需求，定期檢討修正。」）。

⁶¹ 有關身分自我認定原則，參本案聲請人吳若韶 2018 年 10 月 29 日解釋憲法聲請書，頁 5-16。此外，民族、部落成員於實定法上的一個例子是，原住民族傳統智慧創作保護條例第 10 條第 4 項規定：「原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，得使用收益……。」原住民個人欲使用收益某民族、部落之智慧創作，端視其是否「屬」該民族、部落而定。

⁶² 依目前國際法學界的多數見解，兩人權公約第 1 條的自決權，公認已經具有強行法或絕對法（*jus cogens, peremptory norms*）的性質及地位，不僅可直接適用，且應承認其具有最高位階，並為憲法解釋的規範依據。又自決權屬於集體權，而非個人權，故承認自決權為我國憲法權利還有一個重大意涵：我國憲法所保障的人權不限於個人權，也包括集體權。參黃昭元（2015 年 12 月），〈公民與政治權利國際公約與憲法解釋〉，發表於：《司法院大法官 104 年度學術研討會》，司法院（主辦），台北，頁 111-112, 114-115。另有學者指出「各國對於強行國際法或絕對法當然有義務（*obligations erga omnes*）必須予以遵行。……對這些規範內容來說，因為絕對法的定位及性質，縱使兩公約施行法僅賦予國內法律之效力，都應在我國法律體系下被賦予等同於憲法之效力，任何法律均不得予以抵觸。」張文貞（2010），〈國際人權法與內國憲法的匯流：台灣施行兩大人權公約之後〉，社團法人台灣法學會（編），《台灣法學新課題（八）》，頁 4-8，台北市：社團法人台灣法學會。有關民族自決權的規範內涵，參，例如，黃居正（2008），〈聯合國與人民自決權〉，陳隆志、陳文賢（編），《聯合國：體制、功能與發

存有「民族集體權」的解釋空間⁶³，憲法基本權利章，除集體因「事實上」的限制而無法享有者外⁶⁴，各該規定之「人民」應不限於個人，而可視具體情形，將集體包括在內，並因權利主體為集體而有不同內涵。此外，憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項的增訂⁶⁵（即令存有基本國策效力之爭議⁶⁶），應是強化（而

展》，頁 176-180，台北市：台灣新世紀文教基金會；徐揮彥（2019），〈自兩項人權公約之民族自決權論原住民族諮商同意權之規範基礎與實踐〉，《政大法學評論》，158 期，頁 235-244。在兩人權公約歷年實踐上，原住民族可主張第 1 條的自決權。聯合國於 2007 年 9 月 13 日以決議形式通過了原住民族權利宣言（下稱原權宣言），可謂原住民族權利及國際人權法的重大發展。原權宣言最受矚目的部分就是明文揭示原住民族享有自決權，其第 3 條規定：「原住民族享有自決權，根據此項權利，他們可自由決定其政治地位，並自由追求其經濟、社會及文化的發展。」此乃聯合國文件首度明白宣示原住民族享有自決權。See, e.g., Robert T. Coulter, *The U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Historic Change in International Law*, 45 IDAHO L. REV. 539 (2009); Robert T. Coulter, *The Law of Self-Determination and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 15 UCLA J. INT'L L. FOREIGN AFF. 1 (2010); Yousef T. Jabareen, *Redefining Minority Rights: Successes and Shortcomings of the U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 18 U.C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y 119, 136-141 (2011).

⁶³ 參李震山（2007），〈集體權〉，氏著，《多元、寬容與人權保障：以憲法未列舉權之保障為中心》，頁 302-303、312、319，台北市：元照。

⁶⁴ 例如集體本身無法享有憲法第 18 條應考試服公職之權。所謂集體權「事實上」的限制，係指集體是一種有別於個人的權利主體，集體所能享有的權利內容也會與個人權利有所不同。參林淑雅（2000），《第一民族：台灣原住民族運動的憲法意義》，頁 46，台北市：前衛。

⁶⁵ 1997 年修憲將原住民族條款納入憲法，可謂「國家」透過修憲自我拘束之方式，具體回應原住民族作為基本權利主體之必要性，憲法解釋如係以國家權力之行使為之時，自應同受拘束。

⁶⁶ 憲法學說上大多認為，基本權利與基本國策二者涇渭分明：基本權利具有直接效力，而基本國策規定只有間接效力；基本權利具有主觀性，而基本國策規定只有客觀性。參林明騫（1997），〈論基本國策：以環境基本權為中心〉，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會（編），《現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，頁 1469-1470，台北市：月旦。有關基本國策效力於釋憲實務及憲法學理的一般性分析，參王韻茹（2019），〈再探憲法基本國策條款之效力〉，江義雄教授七秩晉五華誕祝壽論文集編輯委員會（編），《民主法治的經驗與見證：江義雄教授七秩晉五華誕祝壽論文集》，頁 77-89，台北市：新學林。

有關憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項（原住民族條款）效力的討論，參，例如，林明軒（2006），〈原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？〉，氏著，《公法學的開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁 16-27，台北市：元照（認為原住民族條款欠缺權利性質的主觀法效力，僅承認其具有兼具「國家目標規定」與「立法委託」之客觀法效力，課予國家各機關，尤其是立法者，努力實現促進原住民族能夠在政治、經濟、社會及文化等各方面，與其他各族群享有實質平等地位之目標的義務）。類似見解，參張嘉尹（2008），〈多元族群、國家認同與台灣的憲政改革〉，《中研院法學期刊》，2 期，頁 148（認為原住民族條款之規範效力類似於德國憲法中的「國家目標規定」，雖未賦予原住民主觀上得以行使的基本權利，但對於包括行政、立法、司法在內之國家權力仍具有拘束性，形成這些公權力在憲法上的客觀義務）；許育典，《文化憲法與文化國》，頁 447-449（認為原住民族條款只是國家的義務，國家有義務創造或維持一個多元開放的社會環境，如果國家沒有盡到這項義務，就是立法怠惰的問題，人民並沒有請求國家給予多元文化環境的主觀公權利）。

憲法學界另有認為，基本國策雖然不等於基本權利，但仍可能成為基本權利的具體規範內容。參，例如，李震山，〈憲法未列舉權保障之多元面貌：以憲法第二十二條為中心〉，頁 28-29（認為基本國策中有關基本權利之規定，若仍在憲法第二章所列舉之基本權利的保障範圍內，「該基本國策之規定，應可逕作為基本權利保障之依據」）；黃舒芃（2010），〈立法者對社會福利政策的形成自由及其界限〉，黃舒芃（編），《憲法解釋之理論與實務》第七輯，頁 174-177，台北市：中央研究院法律研究所籌備處（指出基本國策具有對立法形成自由的拘束意義，其功能在於與基本權利規範相互合作，共同指引立法者利益衡量的標準與方向）；林明軒

非削弱)原住民族權利的存在。⁶⁷

部落乃亙古至今且先於國家存在之政治實體,原住民族權利的保障或促進,旨在「回復」原住民族原本所擁有的地位與權益。⁶⁸聯合國原住民族權利宣言之前言指出:「承認亟需尊重和增進原住民族因其政治、經濟和社會結構及其文化、精神傳統、歷史及哲學而擁有的固有權利(inherent rights)。」原住民族作為基本權利主體,如同個人先於國家而存在,原住民族集體權為固有權,並非憲法賦予,更不是國家恩給之特惠,憲法對原住民族集體權的確認,應視為「回復」權利的過程。⁶⁹

準此,依憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段及兩人權公約第 1 條規定,原住民族自決權的核心內涵在於「民族意願」之體現,亦即「回復」原住民族以個別部落、數部落、個別原住民族、數原住民族、全體原住民族等多種可能之集體作為憲法基本權利主體,擁有自主決定、自我治理之自決自治權。⁷⁰原住民族及部落自主決定其內部成員,即屬原住民族自決權的保障範圍。

三、對於判決及意見書的初步回應

就原住民身分認同權,判決稱「**原住民之地位較特殊,其身分原則上係依自**

(2016),〈基本國策之規範效力及其對社會正義之影響〉,《臺大法學論叢》,45 卷特刊,頁 1330-1334(分析基本國策規定對於基本權利規定有「制約」、「填充」、「回饋」作用;已作為基本權利之填充的相關基本國策規定,除既有的客觀法面向外,是否亦有主觀權利之性質,應依基本權利之相關議題的認定方式作個案判斷,而非全盤否定);王韻茹(2018),〈從公法人理論與實踐發展觀察部落公法人〉,《成大法學》,35 期,頁 20-23(認為憲法增修條文第 10 條第 12 項明白揭示「保障原住民族之地位及政治參與」字詞,就解釋上支持作為集體權利的見解,「上述規定應屬於具體憲法基本國策中原住民族集體權的內涵」)。

⁶⁷ 類似見解:我國憲法第 5 條規定因是以民族(明顯屬於群體的概念)為主體,固有承認群體平等的解釋可能;如再配合憲法增修條文第 10 條第 12 項保障原住民族之地位及政治參與的相關規定,以及公民及政治權利國際公約第 27 條有關少數群體人民權利保障的規定,甚至有進一步發展出群體權的解釋空間。參黃昭元(2017),〈從平等理論的演進檢討實質平等觀在憲法適用上的難題〉,李建良(編),《憲法解釋之理論與實務》第九輯,頁 296,註 42,台北市:中央研究院法律研究所。

⁶⁸ 參李建良(2010),〈憲法變遷中的原住民族權利:原住民族自治權的法理論述〉,氏著,《人權思維的承與變:憲法理論與實踐》,頁 400,台北市:新學林。

⁶⁹ 參李建良、林淑雅(2008),〈台灣原住民族與新憲運動:觀念的提出〉,葉俊榮、張文貞(編),《新興民主的憲政改造》,頁 215,台北市:台灣大學人文社會高等研究院。關於原住民族固有權的討論,可參浦忠勝(2005),〈什麼是原住民族固有權(inherent rights)?〉,憲法原住民族政策制憲推動小組(編),《原住民族憲法專章會議實錄》,頁 73-80,台北市:行政院原住民族委員會。

⁷⁰ 有關原住民族集體權之權利主體範圍為何?透過憲法「民族」規定及修憲過程的觀察、原住民「民族」生成歷史、原住民族運動觀點、原住民族分類認定、集體權的性質及內容之探究,可以發現,原住民族集體權係以「原住民族」為憲法基本權利主體,此一「原住民族」集體的範圍、規模,應包括個別部落、數部落、個別原住民族、數原住民族、全體原住民族等多種可能。參賴俊兆(2014),《原住民族教育權利的憲法建構》,頁 78-89,國立臺灣大學法律學系碩士論文。

我認同原則」；判決理由末段則謂「因原住民族地位較為特殊，衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。」前後對照觀之，實未能清楚說明原住民「個人」之身分自我認同及原住民族「集體」之成員自主決定，二者間有何關聯，遑論就原住民身分的集體權及自決權意涵，有充分的論述。

過去釋憲實務上，就憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項的解釋，其實相當有限。釋字第 803 號【原住民狩獵案】依憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，明確肯認「原住民從事狩獵活動為其文化權利之重要內涵而受憲法保障」⁷¹。許宗力大法官就該號解釋提出之部分不同意見書指出：「釋憲者於解釋適用憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，以建構文化權之內涵時，應對相關規範及用語於憲法變遷中之意涵流變，有充分的憲政歷史意識。亦即，因現代國家建構及運作過程中，對原住民族造成的制度性排除與不利對待，而對其文化傳承延續所產生之負面效應及遺緒，依上開憲法增修條文之要求，國家不能僅止於消極不干預原住民族成員實踐其文化，而更被課予積極義務，應肯定多元文化，且應積極維護發展原住民族之語言與文化，且對原住民族之教育文化，應予以保障扶助並促其發展。」⁷²

以原住民身分制度的歷史沿革及民法子女從姓規定⁷³而言，國家「對原住民族造成的制度性排除與不利對待」，特別是針對外婚（marry out）之原住民「女性」所生子女，歷經「出嫁條款」、子女身分從父系、子女從父姓等經驗，系爭規定之認定目的，與其說是「保障原住民之權益」⁷⁴，倒不如認為，系爭規定的重點並不在於納入（那些人可以取得身分），而是在於作為門檻的排除（使某些

⁷¹ 參釋字第 803 號解釋理由書第 32 段。另解釋理由書第 19、20 段亦指出：「……依憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利。此一文化權利應受國家之尊重與保障，而為個別原住民受憲法保障基本權之一環。狩獵係原住民族利用自然資源之方式之一，乃原住民族長期以來之重要傳統，且係傳統祭儀、部落族群教育之重要活動，而為個別原住民認同其族群文化之重要基礎。藉由狩獵活動，原住民個人不僅得學習並累積其對動物、山林與生態環境之經驗、生活技能與傳統知識，從而形塑其自身對所屬部落族群之認同，並得與其他原住民共同參與、實踐、傳承其部落族群之集體文化，為原住民族文化形成與傳承之重要環節。是原住民依循其文化傳承而從事狩獵活動，乃前述原住民文化權利之重要內涵，應受憲法保障。」

⁷² 參許宗力大法官提出（黃昭元大法官加入）之釋字第 803 號解釋部分不同意見書，司法院公報，第 63 卷第 5 期，2021 年 5 月，頁 139。

⁷³ 民法第 1059 條從原來「子女從父姓」之規定，於 1985 年先修正為「子女從父姓。但母無兄弟，約定其子女從母姓者，從其約定。」2007 年再修正為「父母於子女出生登記前，應以書面約定子女從父姓或母姓。」2010 年進一步增訂「未約定或約定不成者，於戶政事務所抽籤決定之。」之規定。

⁷⁴ 判決理由第 20 段。比較：許志雄大法官協同意見書，同註 1，102 頁（認為原住民身分法規定之原住民文化認同要件，偏重公權力之立場，帶有濃厚之管制色彩，主要形成消極否定原住民身分之效果，而有別於聯合國原住民族權利宣言及國際勞工組織原住民與部落人民公約所揭示之自我認同原則，意在保障原住民之權利）。

人無法取得身分)。

黃昭元大法官以憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項的解釋為基礎，闡述唯有承認原住民族自主認定其成員身分的權利，方能維繫集體發展，避免族群萎縮：

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。如此，始可保障原住民族不因國家權力之任意限制或剝奪其成員資格，以致有族群萎縮甚至消散的危險，同時保障各族得以維繫其成員並求集體發展。⁷⁵

上述說明，足證原住民身分的憲法意義，不應侷限於個人權利的面向，而忽略集體權及自決權意涵，本文贊同。而此也正可回應蔡宗珍大法官的看法，其以原住民身分無涉憲法上權利概念，甚至認為基本權主體對身分屬性之取得權，是主張與論理邏輯的循環⁷⁶，本文認為，所謂「基本權主體」仍是指個人而言，實未能跳脫出個人權的權利系譜框架，且以憲法委託「立法者負有立法形成原住民身分認定法制的義務」為立論，未充分考量台灣原漢關係歷史、憲法明文承認原住民族特殊地位，而輕忽立法者履行義務時可能導致族群消散的風險，恐難謂合於前述「釋憲者於解釋適用憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項，應有充分的憲政歷史意識」之意旨。

至於許志雄大法官所提「原住民族之自我認同」與「原住民之自我認同」未必一致，原住民族及部落對於其成員認定上之自主決定，不得侵害個別原住民之身分認同權一節，實已涉及原住民身分之集體權與個人權衝突的議題。未來修法如在「尊重各自所屬原住民族之自主決定」的方向下，授權或容許各原住民族或部落，依其文化機制自主決定內部成員資格，當具有該族群血統之潛在成員與該族群間，發生成員身分認定之衝突時，究應如何處理？此應與本件所涉由國家直

⁷⁵ 參黃昭元大法官協同意見書，第[4]段，同註 1，頁 117-118。

⁷⁶ 參蔡宗珍大法官不同意見書，同註 1，頁 146-147。

接管制原住民身分要件之爭議有別，為另一憲法問題。⁷⁷

例如，如果原住民族中有部分族群或部落主張，系爭規定排除「從漢父姓/漢母姓」之原漢通婚子女取得原住民身分，符合其內部成員認定之文化傳統，亦即，原住民族或部落自主決定內部成員資格的結果，仍擬維持被宣告違憲之系爭規定，就此情形，本文初步思考：一、原住民族部落先於國家存在，各族群部落名制及內部成員資格的認定，同樣也先於國家法律存在。二、文化傳統非僵固不變，如果血緣（例如婚入之女婿、媳婦或養子女、人類學家）或法律上的身分尚不構成對於族群部落身分認同的障礙，那麼戶籍登記的姓氏（從漢父姓/漢母姓）為什麼會構成障礙？構成如何的障礙？三、如果構成障礙，那這項障礙，是何時形成的？是在國家建立戶籍登記制度之前或之後？亦即，排除「從漢父姓/漢母姓」之原漢通婚子女取得原住民身分，是「何時」形成的文化「傳統」？均有待進一步討論及釐清。

此外，國際人權法就集體權與個人權之關係，聯合國人權委員會在 *Ivan Kitok v. Sweden*⁷⁸ 案例中，即就涉及原住民族對於其成員身分認定之集體權，與原住民基於公民與政治權利國際公約第 27 條所主張之個人權，延續 *Sandra Lovelace v. Canada*⁷⁹ 案所揭示之原則，提出以下見解：「對於少數群體成員之個人所享有權利的限制，必須要有合理客觀之理由（reasonable and objective justification），並且必須是對少數群體全體的存續發展與福祉所必要者。」⁸⁰ 可供參考。

伍、結語

綜上所述，謹就本件判決對於原住民族權利發展的重要意義及影響，摘陳本文初步研究心得如下：

一、原住民個人權利的擴大：本件判決繼司法院釋字第 803 號解釋肯認「原

⁷⁷ 參黃昭元大法官協同意見書，第[11]段，同註 1，頁 120。

⁷⁸ *Ivan Kitok v. Sweden*, Human Rights Committee, Communication No. 197/1985; U.N. Doc. CCPR/C/33/D/197/1985. 中文文獻對此案例之引介討論，參黃居正（2014），〈奇多克告瑞典案：原住民族的自決權 *Ivan Kitok v. Sweden*, Human Rights Committee, August 10, 1988, Communication No. 197/1985, U.N. Doc. CCPR/C/33/D/197/1985〉，《台灣法學雜誌》，252 期，頁 79-88；Awi Mona（蔡志偉）（2011），《原住民族權利的變遷與發展：美國、澳洲、加拿大與國際組織之判決選輯及解說》，頁 337-343，台北市：行政院原住民族委員會。See also Austin Badger, *Collective v. Individual Human Rights in Membership Governance for Indigenous Peoples*, 26 AM. U. INT'L L. REV. 485 (2011).（分析比較 *Lovelace*、*Kitok* 及 *Santa Clara Pueblo v. Martinez*, 436 U.S. 49 (1978) 等案例，並認為聯合國原住民族權利宣言並未提出解決集體權與個人權衝突之基準）

⁷⁹ *Sandra Lovelace v. Canada*, Human Rights Committee, Communication No. 24/1977; U.N. Doc. CCPR/C/13/D/24/1977.

⁸⁰ "a restriction upon the right of an individual member of a minority must be shown to have a reasonable and objective justification and to be necessary for the continued viability and welfare of the minority as a whole."



住民從事狩獵活動為其文化權利之重要內涵而受憲法保障」，再承認原住民之身分認同權應受憲法第 22 條規定高度保障，乃原住民特殊人格權利。

二、本件判決以「原住民身分認同權」及「平等權」作為據以審查的憲法權利，但系爭規定除了影響原漢通婚子女其原住民身分的取得或遭到否定，尚影響原父或原母能否將其原住民身分傳承給其子女，以及漢父或漢母能否將其姓氏沿用於其子女。

三、原住民身分的取得與否，涉及「身分 v. 認同」、「姓名 v. 認同」、「血統 v. 認同」、「身分 v. 資源/優惠」等各面向的討論，同時具有「國家 v. 原住民」、「原住民 v. 原住民」、「國家 v. 原住民族」、「原住民族 v. 原住民」等不同層面的意義。

四、1997 年修憲增訂「原住民族條款」的價值拘束及課予各部門（包含憲法法庭）之憲法義務，應作為 2001 年制定之原住民身分法的規範基礎。該法決定原住民「個人」能否取得法律上原住民身分，同時影響「集體」原住民族的邊界、規模及範圍，原住民身分在憲法上的意義，應基於上述規範脈絡之理解，予以論述詮釋，據此，原住民身分的集體權及自決權意涵，亦應作為本案據以審查的憲法權利。本件判決雖未明確承認「原住民族自主決定內部成員之自決權」，惟判決理由指明「原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定」，仍一定程度開啟了民族自決的實踐空間。

五、本件判決要求相關機關應於判決宣示之日起 2 年內，依判決意旨完成修法。在相關機關就修法工作進行廣泛徵詢的同時，各族群部落應可主動開啟討論，去梳理、形塑、凝聚當代族人們，基於其各族文化脈絡所共同想像、企盼未來的民族/部落成員認定機制和可能的認定標準，進而提出各該族群自主認定成員資格的身分認同表徵為何⁸¹，以納入未來修法參考。這個討論過程，最重要的意義在於，讓「誰是原住民」這件事情，真的回到民族自決，而不是逕由國家或其各部門（例如大法官、原民會、立法委員）決定。

⁸¹ 參，例如，卡大地布部落成員辦法（2022 年 7 月 16 日部落會議決議施行）。



【主題討論（二）原住民身分法的釋憲影響】原住民身分認同與權益保障的釋憲回顧與影響

李荃和 律師 | 大恆國際法律事務所



原住民族身分制度於憲法判決後之路徑與方向

李荃和

一、憲法訴訟法施行後的兩件攸關原住民身分認定之判決簡介

(一) 從姓門檔案：

本案聲請人之一因原住民身分法事件，受敗訴裁判確定，經用盡審級救濟途徑後，主張最高行政法院 106 年度判字第 305 號及第 306 號判決所適用之原住民身分法第 4 條第 2 項規定：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」

（下稱系爭規定 1）有牴觸憲法之疑義，向司法院聲請解釋（後有另案亦因原住民身分法事件，受敗訴裁判確定，經用盡審級救濟途徑後，主張最高行政法院 106 年度判字第 752 號判決所適用之系爭規定 1 有牴觸憲法之疑義而聲請解釋，經併案審理。）。本案在憲法訴訟法施行後，憲法法庭於民國（下同）111 年 1 月 17 日行言詞辯論後，並於同年 4 月 1 日以 111 年憲判字第 4 號判決，作成系爭規定一為違憲之結論

¹。

(二) 西拉雅案：

臺北高等行政法院第三庭為審理臺北高等行政法院 107 年度原訴更一字第 1 號原住民身分法事件，認應適用之原住民身分法第 2 條第 2 款之規定：「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：……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 2）有違反憲法上平等權與身分認同權之疑義，提出聲請

¹ 本件判決主文為：「一、原住民身分法第 4 條第 2 項規定：『原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。』中華民國 97 年 12 月 3 日修正公布同法第 8 條準用第 4 條第 2 項規定部分，暨 110 年 1 月 27 日修正公布同法第 8 條準用第 4 條第 2 項規定部分，違反憲法保障原住民身分認同權及平等權之意旨，均違憲。相關機關應於本判決宣示之日起 2 年內，依本判決意旨修正之。逾期未完成修法者，上開原住民身分法第 4 條第 2 項及 110 年 1 月 27 日修正公布同法第 8 條準用第 4 條第 2 項規定部分失效，原住民與非原住民結婚所生子女，取得原住民身分，並得辦理原住民身分及民族別登記。二、其餘聲請不受理。」

解釋。本案在憲法訴訟法施行後，憲法法庭於 111 年 6 月 28 日行言詞辯論，並同意原因案件之當事人(萬淑娟等人)為關係人為言詞辯論之參與，該案目前正審理中，其結論尚待憲法判決之作成。

二、兩案共同之思考關鍵—什麼是身分的認同？

(一)「認同意志」與「認同行動」之關聯性：

上開兩案雙方之主張與攻防，毋寧圍繞著何謂原住民之「身分認同」？並開展一連串的提問：該身分認同是否為一憲法上權利？如是，應如何確認認同？又由何人（制度）來加以確認？法律又如何彰顯（保護）此一權利？從另一角度而言，國家又得否對該權利基於何種理由為如何之限制？如以立法者對於現行原住民身分法制度設計為出發，其稱該法關於身分認定之規範，係採行「**血緣主義**」兼採「**認同主義**」，那什麼是「認同」主義？這個主義在乎的是何人的「認同」？是自我的認同？他人的認同？文化的認同？族群的認同？抑或是社會的認同？此一問題之探討可謂是進入本案核心討論的關鍵鑰匙。

首先，所有的「認同」前提都是要先涉及本身，因此討論的起手式通常是「我」，也必須是由「我」這個主詞出發—我相信、我希望、我想要、我確信、我想成為 xxx（xxx 可以帶入任何信念、價值或制度）。這樣的「認同」乍看是相當主觀的概念（我信即存在？），卻也往往需有客觀行動或舉措表彰該認同之所在（大家都信才存在！），從而構成「想像的共同體²」。關於認同之主觀性，下文稱為「認同之意志」；而關於展現該意志之客觀表現，則以「認同之行動」表示。不同事項之「認同意志」，所需搭配之「認同行動」表現程度亦不相同，其高低或輕重之分之必要。

有一些認同是高度主觀的，只要有足夠強烈的「認同意志」即足，客觀上是否具備「認同行動」不那麼重要，像是關於宗教信仰的認同，只要我信，不一定要說出口，不一定要說服人，只要發自內心真誠地相信著，自然在我的精神世界裡絕對存在。此種以「認同意志」為重之認同表現，原則上亦不直接影響他人與社會秩序，是以憲法上對宗教信仰與否的本身採絕對保障，國家法律能限制者僅為外顯的宗教活動，而不應涉及宗教信

² 此處借用 Benedict Anderson 著名的社會科學著作用語，其關於「想像共同體」一書主要係針對民族主義的研究，氏認為民族概念是想像的，假定民族主義是現代性的產物，係作為經濟及政治目的的手段而被創造出來的一種「社會建構」。Benedict Anderson，〈想像的共同體：民族主義的起源與散布〉，吳叡人譯，時報出版，2010 年 5 月。

仰與否之內在精神活動（司法院釋字第 573 號解釋參照），此一理論即表現出關於認同主觀意志之高度肯定。

然而，有一些理念、想法、概念、文化或意識形態的認同是很仰賴客觀行動與制度設計的，否則無法實際運作，例如：貨幣或法律制度³；「紙鈔」與「法律」能順暢運作，前提即是社會大眾對於此等制度之存在與運用有所「認同」，此時主觀的「認同意志」與客觀「認同行動」等同重要，唇齒相依、缺一不可。如只強調認同意志而不要求認同行動之存在，相關社會秩序將永難開展，亦失去制度運作不可或缺的預測性、穩定性與適用性。此種不僅僅繫於主觀「認同意志」，而需要相當表現程度之客觀「認同行動」，方得維持運作的「想像的共同體」其實非常之多，諸如政府、公司、貿易、股市、民主制度、國際條約等。而上開兩案所涉及的「族群／身分」概念，都是這樣的產物，皆關乎「認同意志」與「認同行動」之雙重表現⁴。

（二）「認同行動」門檻設計之案例比較：

「身分認同」應該比較重視自我的「認同意志」？他人的「認同意志」？還是形諸於外的「認同行動」？或者不同的身分認同議題應有不同之表現，或可再用另一個觀點說明「認同行動」之於「認同意志」表現程度可能的差異。下文表一比較五個皆具高度可辯論性之案例（其中案例 B 即為「從姓門檻案」，案例 C 即為「西拉雅案」）：

³ 申言之，純就物質表象價值以觀，紙鈔或法典不過就是在幾張價值甚低的紙上印上的數字或文字；然前者卻存在紙鈔的交換價值，後者卻有法律拘束力，幾行文字使欲主張權利之人得據以請求、訴訟甚至執行實現。這些制度開展，靠的不只是個人對紙鈔價值或法律規範主觀上「確信」，也需要「每一個人的確信」，同時亦須仰賴中央銀行、貨幣政策、法院制度以及各憲政部門積極落實之「行動作為」，當然也包括人民於社會生活中不斷互為運用—每一次的買賣行動，都鑲嵌於每個你我對貨幣交易價值與買賣法律關係的確信之中。

⁴ 陳叔倬教授在「認同的威名：漢父原母子女取得原住民身分的人口研究」一文中，亦以另一個觀點闡述「認同行動」（其稱此為「跨越特定門檻」）對於判斷認同存在之重要性：「要確認『認同』存在，有一定的難度。簡單來說，希望偵測認同的內在意識，非常困難，譬如每一個人都可以宣稱認同，但很難驗證某人的認同比較強，而其他人的認同比較弱；或根本口是心非、口說認同心理不認同。此外，內在意識非常容易改變，可以這一刻認同、下一刻立即改變。除非，有一種外在行動，做或不做之間，能夠清楚區辨認不認同，而且做了之後不能隨便改變，此種認同才是真認同。因此，對應於能夠隨著心境任意改變的內在意識，一種遵守特定規則、必須跨越某種門檻、跨越後不得隨意更動的外在行動，更能精準的代表認同。」參陳叔倬，認同的威名：漢父原母子女取得原住民身分的人口研究，台灣原住民研究論叢 23 期，2018 年 6 月。

表一：

	認同意志 (主觀要求)	認同行動 (客觀要求)	認同行動之法律 門檻 (法規依據)	爭議或評價
案例 A. 澎湖、金門、 馬祖人之故 鄉認同 ⁵	對於澎湖、金 門、馬祖有一顆 熱切的心	遷戶口	低 (戶籍法)	該認同行動是 否足以表彰認 同意志？
案例 B. 從姓門檻案	想取得法律上 原住民身分的 意志	1.原即為原住民 父或母方之姓 氏 2.改姓氏 3.改傳統名字 (三選一)	中 (原住民身分法第 4 條第 2 項)	憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決認定為 違憲
案例 C. 西拉雅案	想取得法律上 原住民身分的 意志	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。	中 (原住民身分法第 2 條第 2 款)	憲法法庭審理 中
案例 D. 跨性別者之 性別身分認 同案	想以與自身原 始生理性別不 同之性別為自 我表徵與社會 生活之意志	變性手術	高 (內政部函令?)	認同行動之表 現是否要求過 高而有違憲之 疑慮？
案例 E. 同性婚姻案	想與同性伴侶 締結合法婚姻 關係的意願與 期待	過去：法所不許 現在：登記主義	五案中門檻曾經 最高(為民法所不 許)；目前最低 (門檻已與異性婚 相同)	已由司法院釋 字第 748 號解 釋及其施行法 所突破。

⁵ 此處之所以以澎湖、金門、馬祖等離島地區為案例比較，係因憲法增修條文第 10 條第 12 款規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。」是憲法規定要將澎湖、金門及馬祖地區之國人，與關於原住民之憲法保護並列。惟就立法規範以觀，對於澎湖、金門或馬祖人之認同行動，及對於原住民身分之認同行動，確實有著不同程度之表現要求，饒富比較意義。

1. 表一中五個案例，雖對於人民權利義務與生活安排影響程度不一，然就個人所欲認同之事而言，其主觀認同之意志皆相當重要。例如：案例A君超級喜歡澎湖打算一輩子以澎湖人自居、案例B與C君均有高度意願想取得法律上原住民身分、案例D君正視自我性別之完整認同，想跨出其生命歷程中的勇敢一步，他們的主觀意志均甚為珍貴，強弱難分軒輊，皆值高度尊重。然立法者仍對各式身分或法律關係之認同設計各異之條件門檻，並且要求不同之「認同行動」表現程度。以表一之案例A、B、C、D中所設之條件門檻由低至高（此處之高低評價為各案例間之相對性比較）可推知，立法者在有關身分認同之要件設計上，關鍵似乎不僅僅在於主觀性要件，此並非表示「認同意志」不重要，而是因為主觀意志潛藏內心難以捉摸，然法律制度之要件設計應有其明確性與可預測性；是以關於認同議題之規範設計主要考量者為：此一認同除了涉及本身外，是否會對於他人或社會大眾有所影響？是否有社會連帶性？對公益之影響程度又為何？又立法定制時設計明確之客觀「認同行動」要求，於個案中亦有助於主管機關與社會大眾推知人民主觀「認同意志」之存在，藉此提升法律適用之穩定性與明確性。
2. 以上開觀點進一步觀察表一各案例中，法規如何設計「認同行動」？案例A最為簡單，只要將戶籍遷到澎湖，遷入的當天即成為澎湖地區人民，一旦不想作為澎湖人了，也可自由地將戶籍遷出，如此微弱之「認同行動」（遷戶籍）其實未必能真實反應「認同意志（想當澎湖人）」的存在，但不論A君是否有真的想當澎湖人，所影響者僅為澎湖地區戶籍戶政資料之管理異動，縱有資源給付之問題也事涉非廣；也就是說，個人想要入籍澎湖一事，除涉及本身外，既無需他人或社會對其之認同與理解，更無對他人與公共秩序存有太大之影響，因此無需設計過高之「認同行動」要求⁶。
3. 對比案例D關於跨性別者於法律上之性別認定與註記，則不僅僅涉及自我性別認定之表現，亦可能影響與他人間之互動乃至社會層面，例如：學校男女宿舍之分配，公共場所中關於廁所、更衣室、溫泉澡台等性別區分空間之使用，以及法規中部分以性別為分類之規範適用基礎（兵役法、勞

⁶ 不過，在一些特殊的情況，戶籍登記與戶政管理又顯得相當重要，例如刑法 146 條第 2 項的「虛偽遷徙戶籍投票罪」：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同（同第 1 項效果：處五年以下有期徒刑）」，此時因事涉選舉公平性高度公益事項，遷徙戶籍一事似又非僅僅只是個人之主觀認同或願望，然此一規定亦到不少來自學界與社會的違憲質疑。

動法規等)，均可見得性別認同之議題雖高度涉及本身，但又同時帶有強烈之公共利益與社會連帶性⁷。若將此案與案例 A 為程度之比較，即使均涉自我認同意志之實現，跨性別者之於入籍澎湖，確實必須有較高之認同行動，畢竟性別之認定亦同原住民身分之認定般，雖非必定永恆不變，卻也不適合如同人民可隨意更名導致之「鮭魚之亂⁸」般，僅因個人一時之喜好或娛樂即得輕易改變法律對其性別之判斷。

4. 至於案例 E 則帶出另一個有意義的觀察：事實上，兩人之間的感情，原本應只涉及雙方對彼此的認同一「只要我知道我愛你，你愛我，那就夠了」，愛情的認同是社會的、文化的、情感的而毋庸法律證明，應如宗教信仰般，以主觀之認同意志為重。然而現今法律制度仍存有諸多以婚姻為前提方得適用之規範（例如婚生子女、遺產分配、租稅事項、社會保險等），是以伴侶間確實存有很大之動機或誘因，藉由法律上婚姻制度展現其對彼此關係之確認與期待。司法院大法官解釋過去曾多次提及婚姻制度為憲法的制度性保障，後復強調婚姻制度亦屬穩定社會存續之重要基石（司法院釋字第 748 號解釋參照），則婚姻制度表現關於伴侶兩人彼此之關係，即屬高度兼具主觀「認同意志」與客觀「認同行動」的認同表現，藉此成就了「以兩個人為單位」之無數個「想像的共同體」。過去，同性伴侶想採行更高度的認同行動（即登記結婚）表現彼此關係之認同意志，長年遭法律制度與社會壓力所排拒。同運的漫漫長路，終於在司法院釋字第 748 號解釋開啟了一個新的篇章，但這樣的認同賦予只是中繼站而不是終點，同志族群遭遇的事實上歧視與現實障礙仍有待關注。然藉著同志婚姻平權議題的遞嬗（法律從拒絕到承認），可以得知法律制度對於「認同行動」設計之高低強弱，確實也深刻地影響到人民「自我認同意志」之實現。

三、憲法法庭關於身分認同的論述與併此指明

⁷ 縱使近年公私領域逐步提倡諸如友善宿舍、友善廁所之「友善」空間，但仍無法根本性地解決「個人性別自我認同」與「公共利益與大眾安全疑慮」之衝突。對此，立法者至今似乎仍保持沈默，主管機關內政部以 97 年 11 月 03 日內授中戶字第 0970066240 號令給出了暫時性的答案：對於有強烈性別認同意志而要求改變法律上性別一事，要求高度之認同行動—需實施變性手術後，方得向主管機關申請性別註記之變更。此一函令與見解曾受到臺北高等行政法院 109 年度訴字第 275 號判決之質疑，以及臺北高等行政法院 110 年度訴字第 522 號裁定停止訴訟程序聲請釋憲，目前尚無結果。

⁸ 「鮭魚之亂」係指 2021 年間，跨國迴轉壽司店於臺灣推出的促銷活動：如民眾身分證上姓名有「鮭魚」兩字者則即可免費用餐。此一活動引起部分年輕人相繼至戶政機關辦理改名，前後總計三百多人因此活動改名為「鮭魚」，進而引發一連串的社會新聞與話題，包括食材的潛在浪費、姓名之於人格的表徵、姓名條例關於改名的難易與外部成本，實際身分的確認，以及商家行銷手法對年輕族群的影響等。



(一) 憲法法庭關於身分認同的回應：

回到案例 B，即本文探討之原住民身分認定與認同議題，憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決確實有所回應，該判決理由中有四段饒富意義的論述：

「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（司法院釋字第 399 號、第 587 號、第 603 號及第 664 號等解釋參照）；而人格權保護的是特定人之身分、資格及能力，暨以此所衍生出之諸多與人不可分離之社會利益。又人之血統係先於憲法、法律存在之自然事實，與個人及所屬群體之身分認同密切相關。另憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定保障原住民族多元文化、地位及其政治參與等，又原住民之文化權利乃個別原住民受憲法第 22 條保障之基本權之一環，亦經司法院釋字第 803 號解釋在案；即原住民之地位較特殊，其身分原則上係依自我認同原則。是原住民之身分認同權應受憲法第 22 條規定高度保障，乃原住民特殊人格權利；上開身分認同權復與原住民族之集體發展密切相關，就此而言，亦為應受憲法保障之重要基本權利（司法院釋字第 803 號解釋參照）」（第 17 段）

「原住民身分法就原住民身分之取得，除須登記外（原住民身分法第 11 條規定參照），原則上係採血統或擬制血統主義（同法第 2 條、第 4 條第 1 項及第 5 條規定參照）及自我認同原則（系爭規定二參照）；但於系爭規定一及同法第 6 條第 2 項、第 3 項規定，則於血統主義之外，另附加『從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字』等原住民文化認同要件。對不符上開附加要件之原住民與非原住民結婚所生子女言，其原本依其所具原住民血統，而有之得因自我認同而具原住民身分之權利，於系爭規定一附加上開要件之結果，其原住民身分遭到否定，系爭規定一自己限制此等原住民與非原住民結婚所生子女身分認同應受肯認之重要人格權。」（第 21 段）

「就上開目的之前者而言：查人包括原住民之血統係先於憲法、法律存在之自然事實，應受憲法高度保障。遍查原住民身分法全文，又沒有任一條述及國家給付行政具體內涵，且給付行政之內涵係給與符合給付條件之人民優惠，所涉及者為國家資源之分配，以此目的與本件所涉及原住民身分認同權等受憲法保障之基本權之限制相較，原則上尚難認係特別重要公益。就上開目的之後者而言：考量我國原住民族之特殊歷史地位及憲法

增修條文之特別保障，上開追求文化認同之目的應認係特別重要公益。」
(第 26 段)

「原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。又關於原住民族群文化認同之客觀表達方式本屬多元，原住民身分法立法當時決定就系爭規定一之情形，所採用之從姓或原住民傳統名字，充其量僅係其中一種身分認同表徵，並非唯一。且因原住民族地位較為特殊，衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。再就認同程度言，雖可能因人而異，惟應與父母雙方均為原住民或僅一方為原住民之差異間尚無必然關聯。是如相關機關本於有限資源合理分配考量，欲以族群文化認同強度作為具原住民血統者，所得享有各項原住民優惠措施之高低準據，尚屬立法裁量範疇，但依憲法第 7 條保障平等權之意旨，仍不應以父母雙方均為原住民或僅一方為原住民作為區別標準，均併此敘明。」(第 49 段)

(二) 憲法法庭關於身分認同的立場：

綜觀憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決之理由及其結論，尤其是上開四段論述，釋放了幾個關於原住民身分認同議題的重要訊息：

1. 原住民身分法所採「血統主義」兼採「認同主義」的認同，係指「自我認同原則」，原住民之身分認同權乃特殊人格權利，屬重要之基本權（採嚴格審查標準）。
2. 身分認同權與原住民族之**集體**發展密切相關。
3. 優惠措施之資源分配並非限制原住民身分權之公益目的；而「**保護文化認同**」則屬特別重要之公益目的，是身分認同一事並非不能添加文化條件，然需檢視其手段與目的之關聯性是否合乎比例原則。
4. 原住民身分認定與原住民所得享有之優惠措施應**脫鉤**觀察。

四、「絕對的」身分認同與「相對的」優惠保障間應如何調和一代結論

在憲法法庭作成上開判決後，原住民身分認同議題乃至於未來原住民身分法之修正應採取什麼途徑？本文認為，優惠性或賦權式措施雖皆蘊含著追求族群實質平等與民族多元發展之理念，然不同法規之優惠措施或賦

權制度仍有著各自不同之事物本質與具體目標，於規範設計與現實執行上亦面對著不同之問題與反應，是身分認定與優惠措施究竟是否應完全脫鉤，應不可一概而論。基此，本文初步提出兩個初淺觀點，欲於不同類型的優惠措施制度，思考採取不同身分認定路徑之可能性：

(一) 脫鉤路徑：放棄以身分認定為篩選基礎，於個別法規中精緻化給付或提供條件

當優惠性措施比較貼近個人式的權利保護或資格賦予，確實不需也不應因優惠措施之提供進而反向封鎖或限制原住民族人身分之取得。此類型優惠措施通常與個人之能力與資格認定有關，或屬於國家補助補貼之提供，前者如「定額性」之優惠措施，原住民族特考即屬此類；後者如「遞減性」或「配額性」優惠措施，像是原住民專門人才獎勵，原住民就業代金制度（司法院釋字第 719、810 號解釋參照）等。

此類優惠措施制度，國家基於資源之限定性分配，應有相當程度之立法形成自由，決定何種資源是否需優先分配予原住民族人，且不同族別甚或同族別中不同個體是否得獲此措施，以及如何內容與程度之優惠措施，本可有合理差別待遇之空間。此時人民依原住民身分法取得原住民身分後僅為基礎條件，應同時符合個別法律領域之具體條件，方有獲致該法設計優惠措施之可能。

換言之，對於此類優惠措施的設計重點不在於人民是否具備原住民身分法之要件，亦不應預設人民係為了獲致該類型之優惠內容，才欲取得原住民身分法之身分認定，此時原住民身分與原住民優惠措施間，無論於法規設計或個案執行上確應截然脫鉤。甚者，考慮放棄於原住民身分法中界定此種「個人式」的身分認定概念，而完全於個別專法中基於不同制度之本質特性與規範目的為特殊設計，並於個別法規中精緻化給付資格或提供條件，亦為該路徑的可能處理方式之一。

附帶一言，由於此時原住民身分認定與優惠措施之設計完全脫鉤觀察，則優惠措施規範設計之篩選門檻則不以「文化條件」為限，資源有限性或排擠效應等均可能為重要的公益目的之一，亦得為立法形成時可為之裁量因素，則屬當然。

(二) 併行路徑：集體權性格之優惠措施，應與原住民身分認定結合觀察，並納入族群或部落之「集體身分認定程序」

然而，有些優惠制度或賦權制度，雖可能連結個人，但該制度目的更重視整體族群之保存、發展甚或轉型正義，此種優惠措施存在濃厚之「集體權」性格，則思考時與原住民族之承認，以及個別原住民身分之認定則無法完全脫鉤，規範設計上應有其相互影響、相輔相成之必要性。此種具有集體權性格之優惠制度，例如「文化性」優惠措施：像是原住民語言保存與發展；又或者「矯枉性」優惠措施：例如原住民族之正名、歷史調查、真相和解而生之權利措施即屬此類，上述制度均與原住民族群之肯認，以及原住民身分認同議題高度關聯，且有較高之公益性格與社會連帶性，難以切割觀察。

吾人可進一步參酌憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決黃昭元大法官所提出之協同意見書（許宗力大法官、謝銘洋大法官加入，楊惠欽大法官加入一至四部分），其對於應重視原住民族集體身分之觀點有精闢之闡釋：

「在血統及文化淵源上，每位原住民都有其歸屬的特定原住民族或部落（可能是單一或複數，後者如跨族結婚之後裔），因此個別原住民之身分其實是原住民族集體身分之表現及延伸。就像每一位台灣人之個人地位，也要放在台灣人之集體地位及認同下，才得以理解，並得與其他國族有所區別。在此意義上，個別原住民之身分認同，不僅是個人認同並歸屬於其所屬原住民族或部落的權利，且與其所屬族群或部落之集體身分認同無從切割，也不應切割。如果說個別原住民之身分認同權，係源自原住民族之集體身分認同權，亦不為過。」（段落 5）

「我國原住民身分法第 4 條第 2 項…，以姓名作為原住民與非原住民結婚所生子女取得原住民身分之要件，在比較法上，實屬罕見。各國就原住民身分所定資格要件，除了血統外（可能有一定比例血緣之要求），通常還會要求個人需與其所屬族群有一定的實際關聯（如與族群團體、文化或活動等有持續接觸、參與等；此為個人認同層面的要求），甚至要得到所屬族群之認定及接受（集體認同層面的要求）。有的國家（如美國）甚至授權並承認各（印第安）族群或部落就其成員資格享有自治及自主決定權，而少見如我國般之以國家法律直接設定統一適用於所有原住民族的一致身分標準。」（段落 8）

本文相當同意上開協同意見書之觀點，並進一步認為：就因為「個別原住民之身分認同，與其所屬族群或部落之集體身分認同無從切割，也不應切割」，而帶有集體權性格之優惠措施，即屬保障族群或部落集體身分而生之制度設計，是以與身分認定之問題亦無法完全脫鉤！此類型之優惠

性措施與身分認定之關係，恐無法完全如憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決多數意見所併此指明的「原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…」如此分離觀察。雖多數意見於判決理由略有提及「…身分認同權與原住民族之**集體**發展密切相關。」，惜未能進一步闡明該集體權性格應如何發展，文末又將「身分取得」與「優惠措施」作了摩西紅海式的切割，未能將優惠措施作更為細膩的觀察與比較，此或許是該相關原住民身分法判決後，可再延伸思考的重要課題。

結合上述兩類不同優惠措施制度之觀察與思考路徑，本文進一步認為：原住民身分法應可僅保留集體式原住民族之認定，並加入**集體並納入族群或部落之集體身分認定程序**，用以作為上述第二類法規（集體權性格之優惠措施）適用之前提，此時國家規範管制程度應盡可能的限縮；至於第一類法規之身分認定與要件設計，則可留於個別專法為規範，立法形成空間則應較為寬泛。惟上述不論何類，立法者於規範修正或定制之過程，均應時時深刻謹守憲法增修條文關於「積極維護發展原住民族語言文化」、「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」之重要戒命。

憲法法庭目前處理的兩件原住民案件，均與身分認同議題高度相關，如以宏觀的角度來看，其實是一段關於原住民族人追尋身分的旅程，兼具自我探尋、社會對話、文化思辨與制度反思等多元面向，是一個求得自己與他人，個人與國家間，族群與社會間，甚至是原住民與非原住民間，相互理解的動態過程。身分認同並不只是原住民族人才會面對的難題，臺灣這塊土地上的人們，長時間來都有著身分認同的困境與衝突。盼於憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決，以及不久後的西拉雅案判決作成後，無論是否為原住民族人，各界對於「身分」與「認同」的想法，除了重視與同理外，也能更有「共感」，進而共生與共榮！



**【主題討論（二）原住民身分法的釋憲影響】誰是原住民？——優
惠給付措施之標準與個人身分認同權之拉鋸**

吳秦雯 副教授 | 國立政治大學法律系



誰是原住民？---優惠給付措施之標準與個人身分認同權之拉鋸

(本文尚未完稿，僅會議初稿，切勿援引)

吳秦雯*

摘要

自憲法法庭 111 年憲判字第 4 號作成後，現行原住民身分法第 4 條第 2 項以從具有原住民身分之父或母，或擁有原住民傳統名字作為是否具有原住民身分之標準，將於判決宣示後兩年失效。憲法法庭認為原住民身分法之身分認定，與國家提供原住民給付行政之標準，具有不同目的，且身分認同權所連結之文化認同利益，屬於特別重要之公共利益，而目前採取之法定身分區辨標準，不但非絕對必要且無可取代之手段，且構成種族不平等。本文嘗試探究受到憲法法庭規制效力所及之立法者，如何建構尊重個別原住民各自所屬原住民族之自主決定之法定身分認同標準，並能夠同時兼顧一直以來對於原住民（族）實施之優惠給付措施。

一、前言

我國法學界對於原住民身分之討論，今年可謂為相當「熱鬧」。從已經宣判之憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決，到 6 月底已經完成言詞辯論之 109 年度憲三字第 17 號

¹；從姓氏綁身分之合憲性，到國家「認定」原住民族身分之正當性與適法性，究竟「誰為原住民/族」已經成為憲法層次之權利保障問題，涉及的不僅是原住民個人之自我認同、也包含國家法制對於原住民族認定之範圍、更「動搖」到憲法增修條文第四條第一項第二款「自由地區平地原住民及山地原住民」之分類正當性、當然也連結到現行以原住民身分為分類標準的社會福利、土地、語言三大範疇之優惠措施/積極平權措施相關法律設計。也就是說，原住民身分在國家之立法政策（不僅是立法權，甚至包括修憲權）上，顯然不僅僅是憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決所揭示之原住民個人身分認同權所能完全涵蓋，除了該號判決理由書「併此敘明」論及之優惠措施外，涉及的恐怕是整個「殖民」政權重新檢視國家法制對「民族」「認定」採行標準之「立場」²。不過，本文顯然無法處理這樣「龐大」且牽連甚廣之議題，而僅能以本人較為

¹*國立政治大學法律系副教授。

¹ 惟今年 9 月 16 日已經公告將延期宣判，

<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=77&id=343238>

² 即使 105 年 8 月 1 日總統代表政府向原住民族道歉之全文當中已經宣示若干「立場」，但是截至目前為止，似乎「成效」有限。<https://www.president.gov.tw/news/20603>

熟悉之公法學理論進行相關論述。因此，將限縮本文研究範圍僅及於最新國家有權機關，即憲法法庭對於原住民身分之宣示，從司法權對於權利性質之定性與最高司法機關之相關論述建構，試圖探究現行法律制度以原住民身分連結之各種優惠給付措施，有無檢討之可能，或是可能不再以身分作為措施給付與否之標準，最後再依據本文初步的探究結果提出未來的可能方向作為結論。

一、憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決之權利性質論述

儘管本號判決已經公告並廣受各界關注，但仍先簡單敘述其要旨，再對於本號判決所認定之原住民身分權利性質進行論述。

(一)憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決要旨

以下區分為主文部分與理由部分進行論述：

1.主文

本號判決主要針對原住民身分法第 4 條第 2 項之規定進行審查，法條規定之：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」被憲法法庭宣告違反憲法保障原住民身分認同權及平等權之意旨；憲法法庭同時要求「相關機關應於本判決宣示之日起 2 年內，依本判決意旨修正之。逾期未完成修法者…原住民與非原住民結婚所生子女，取得原住民身分，並得辦理原住民身分及民族別登記。」

本號判決之主文在限期立法要求部分，採取與司法院釋字第 748 號主文類似的規範方式³，都籲知立法者必須在宣示/公布之日起 2 年內，完成修法；若屆期未完成，被宣告違憲之法律條文就會成為有效之法律規範，尤其是主管機關即被課予進行身分登記之法定義務。

這樣的主文規範方式儘管並非罕見，但剛好這兩號憲法決定都與平等權、人格權之基本權利相關，且一方面同樣涉及目前我國法制承認得採取優惠措施之「群體」，另一方面則都與戶政登記事項有關。是否因此使得憲法審判機關認為有必要短期間課予立法者積極義務，並有以憲法意志取代立法意志之正當性，是否未來將形成一種「慣例」或有進一步觀察之必要。

2.理由

³ 「逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記。」



本文先實體理由之條目簡化列出，以利釐清憲法法庭之審查脈絡：

「參、本庭判決實體理由

一、違反比例原則，侵害原住民身分認同權，違憲

(一) 據以審查之憲法權利：原住民身分認同權

(二) 係對受憲法高度保障之重要基本權之限制，本件應採嚴格審查

(三) 不符比例原則，與憲法保障原住民身分認同權之意旨不符，違憲

1、目的審查部分

2、限制手段與規範目的間之關聯性部分

3、小結

二、違反憲法第 7 條對種族平等之保障，違憲

(一) 據以審查之憲法權利及審查標準

(二) 系爭規定…附加上開要件之手段，並非絕對必要且無可替代，違反憲法第 7 條對種族平等之保障

1、目的審查部分

2、限制手段與規範目的間之關聯性部分

三、系爭規定…均違憲，並均應定期失效」

由如此之審查架構可知，本號判決憲法法庭首先創建「原住民身分認同權」此一全新之權利類型，並且採取嚴格審查之審查標準，認定不符比例原則；其次，乃是第一則適用種族平等之保障進行權利審查者，相同採取嚴格審查之審查標準，認定不符平等權保障。以下即以本號判決之理由建構之兩大部分：原住民身分認同權與種族平等兩部分，說明本號判決宣示之權利性質。

(二) 原住民身分認同權之建構

必須先界定者，乃是何謂「身分」？不但在我國憲法條文中並未明文規範，即便查找現行法制，目前也僅有原住民身分法與蒙藏族身分證明條例有相關規定，但相同的並未定義；而每位國民都擁有的國民身分證，其法源來自戶籍法，然而戶籍法內對於身分登記規定之內容，僅有原住民與民族別有關，其餘的身分登記



類別，則屬於法律上資格與狀態之描述⁴；不過，國民身分證之內容卻未於戶籍法中明文確定⁵。而在本件憲法裁判之前，儘管在數則解釋當中曾經出現過「身分」，如釋字第 785 號、第 768 號「因其公務人員身分」，釋字第 756 號「受刑人身分」，釋字第 627 號「代表中華民國之特殊身分」，但「身分」從未有過憲法基本權上之性質認定也沒有明確定義，正如同蔡宗珍大法官等在不同意見書當中指出：「有關原住民之意涵及其資格要件，憲法並未自行定義，而須由立法者制定法律具體形成，正如同中華民國國民資格所繫之中華民國國籍（憲法第 3 條規定參照）、邊疆地區各民族（憲法第 168 條及第 169 條規定參照）、澎湖、金門及馬祖區人民（憲法增修條文第 10 條第 12 項後段規定參照）與僑居國外國民（憲法增修條文第 10 條第 13 項規定參照）等受憲法保障之人民特定身分或地位般，均須由立法者立法形成其身分認定要件，方得落實憲法相關保障意旨。」。

換言之，以往不論是立法者或是憲法事件審理機關，雖然曾經遭逢「身分」關係，但是並未賦予「身分」一個憲法價值之定義或性質。且通常偏向將身分認定為一種資格（如前述相關大法官解釋），從未賦予任何特殊的基本權定位或性質。但本號判決，儘管未明示「身分」的憲法定位，但以憲法第 22 條之人格權作為規範基礎，指出：「人格權保護的是特定人之身分、資格及能力，暨以此所衍生出之諸多與人不可分離之社會利益。」，儘管後續又說明並將個人及所屬群體之「身分」與「認同」連結，創設出「身分認同權」，但其中之基礎論述，即為血統之自然事實與特定人（個人）之特殊人格權，主要乃立基於「個人」而非「集體」。

1.先驗存在之血統

多數意見書從血統出發，確認血統是「先於憲法、法律存在之自然事實」，顯現此一自然事實，不僅一開始非人為創造、也無從後天變更之法律事實，當蘊含著採取與釋字第 748 號解釋理由書，認定「性傾向屬難以改變之個人特徵（immutable characteristics），其成因可能包括生理與心理因素、生活經驗

⁴ 戶籍法第 4 條第一項：「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）輔助登記。
- （七）未成年子女權利義務行使負擔登記。
- （八）死亡、死亡宣告登記。
- （九）原住民身分及民族別登記。」

⁵ 目前係以戶籍法第 52 條授權中央主管機關訂定法規命令「國民身分證及戶口名簿格式內容製發相片影像檔建置管理辦法」進行規範。

及社會環境等」相同之價值脈絡。若再比較第一則論及血統，但係為了確認父子真實身分關係的釋字第 587 號解釋，該號主要以「子女有獲知其血統來源之權利，為聯合國一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child）第七條第一項所揭櫫；確定父子真實身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法第二十二條所保障。」為論據，但並未說明血統之屬性，僅論述屬於人格權之一環。

因此，本號判決不但更清楚地說明，血統所具備的憲法保護意義，亦即屬於人格權保護之內涵，並且特別認定「與個人及所屬群體之身分認同密切相關」。緊接著連結「憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定保障原住民族多元文化、地位及其政治參與等」，似乎有意從集體權的角度賦予原住民身分有別於其他權利性質之意味，不料接下來話鋒一轉，「又原住民之文化權利乃個別原住民受憲法第 22 條保障之基本權之一環」，引述肯認原住民從事狩獵活動文化權利之司法院釋字第 803 號解釋；接著應該是相同以憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項為基礎，而提出「原住民之地位較特殊，其身分原則上係依自我認同原則」。只是，具有自然事實價值之血統，與具有較特殊地位之原住民，因此在身分上應以自我認同原則為據，這彼此間之關連性何在，並不明顯。

2. 連結血統之原住民身分認同權屬於個人之特殊人格權

就單以憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項觀之，此兩項之規範意旨與重心並不完全相同，第 11 項以「原住民族語言及文化」為主軸，在釋字第 803 號解釋加以援引自無疑義，但第 12 項規定之「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」何以與以血統為據之身分認定有關？尤其第 12 項末句尚有「對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同」。如果以憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項共同作為「原住民之地位較特殊」之規範基礎，則恐怕也可以主張「澎湖、金門及馬祖地區人民」也具有較為特殊之地位，是否他們也可以依此主張在身分原則有不同於台灣本島地區人民之處？理由書引述第 12 項應該是為了連結因為原住民身分而在法制上建構的優惠措施，亦即理由書第 25 段「原住民身分法並非處理族群認同問題，而係確認國家給付行政之範圍」，但此一立法目的在第 26 段又以「遍查原住民身分法全文，又沒有任一條述及國家給付行政具體內涵」予以否定。加上理由書同樣兩段中提及之另一目的「係為兼顧血緣及文化因素，係採血統主義輔以文化認同主義」，並受到憲法法官之肯定「考量我國原住民族之特殊歷史地位及憲法增修條文之特別保障，上開追求文化認同之目的應認係特別重要公益」，在理由書條文之引用上，論證原住民身分認同

權，如果想要與優惠措施適當「脫勾」，或許單引用憲法增修條文第 10 條第 11 項會更妥適？尤其，本號判決事實上與釋字第 803 號相同，關於以血統為據之身分認同權，顯然係以原住民「個人」為保障主體，非出自原住民族集體之權利保障主張；尤其，少數族群之語言及文化，往往確實可以由單一個人予以保存與保護⁶，如果不是有權解釋者刻意地將此一權利性質與集體權連結，血統之個人屬性，自不具本質上之謬誤。

詳言之，儘管理由書當中提及血統「與個人及所屬群體」之身分認同密切相關，並且在第 17 段說明「是原住民之身分認同權應受憲法第 22 條規定高度保障，乃原住民特殊人格權利；上開身分認同權復與原住民族之集體發展密切相關，就此而言，亦為應受憲法保障之重要基本權利（司法院釋字第 803 號解釋參照）。」，亦即以原住民個人之身分認同權為出發點，再連結於原住民族之集體發展，但並未正面肯認「集體發展」屬於「集體權」或「集體發展權」⁷，連結於「民族」本身者，似乎僅用以強調原住民身分認同權屬於重要基本權利，因而得以正當化其後適用之嚴格審查標準。

也因為強調原住民身分認同權屬於特別重要之個人特殊人格權，因此，儘管理由書第 28 段肯定「取用原住民傳統名字」，確有助於促進認同，但對於「從具原住民身分之父或母之姓」部分，即以原住民族之取名制度本無姓之概念或傳統，認定「要求子女須從其原父或原母之漢姓，始得取得原住民身分之限制手段，是否真有助於促進原住民文化認同」提出質疑。不過，如果真的考慮到原住民族在台灣受殖民統治時期之文化變遷，或許應考量各族群在殖民政權強制下之取名制度，是否也已經透過從原父或原母之漢姓而獲得一定之遵守並具有各族群認可之正當性，也非無討論空間。當然，確實如理由書第 29 段所云：「促進原住民認同之方法多端，姓名只是其中之一，而且是相當形式之手段」，且「認同之形成及持續，需要有相關之養成、學習或生活過程。」然而，姓名權作為早在釋字第 399 號被承認的人格權之一，「人之姓名為其人格之表現」，就為未成年人取姓名之父母言，正是父母對於子或女原住民身分之價值選擇，自然也影響其相關之養成、學習或生活過程；對於得自行改變姓名之成年人，也屬於其彰顯身分認同權之表彰方式。本號解釋對此並未多所著墨，實有遺珠之憾。

總之，理由書對於「原住民血統 + 身分認同 = 特殊人格權」之概念論述上，儘管如同前述，將「集體發展」一詞帶入，也連結「所屬群體」，但是最終

⁶ 例如：全台最後一位文面國寶林智妹辭世 <https://news.pts.org.tw/article/586304>

⁷ 此由黃昭元大法官與許志雄大法官之意見書亦可對照印證。

仍然選擇與釋字第 803 號建立之個別原住民文化權相同立場，認定屬於原住民個人而非原住民族群體/集體基本權。也因此，在後續決定審查基準上，係以立法者附加「從具原住民身之父或母之姓或原住民傳統名字」等原住民文化認同要件，造成具有原住民血統，但是由原住民與非原住民結婚所生子女不符附加要件者，被否定原住民身分，以連結種族平等之論述方式，認定因為未獲得相同保障構成差別待遇，屬於「個人」重要人格權之侵害。

（二）種族平等論述之集體性？

本號判決確立原住民身分屬於原住民個人之特殊人格權後，接著認定受審查之原住民身分法規定，直接在「原住民與原住民結婚所生子女」與「原住民與非原住民結婚所生子女」之間，又另外要求是否須符合文化認同附加要件，亦即「從具原住民身之父或母之姓或原住民傳統名字」之原住民文化認同要件之差別待遇，且此項差別待遇係以父母之原住民身分為分類，亦即如果父母都是原住民就不需要文化認同之附加要件，僅以血統就足以正當化取得原住民身分。本號判決認為這樣的差別待遇屬種族或族群分類，加上前段論述已經確認原住民身分認同權屬個人人格發展及人性尊嚴之重要基本權利，因而「加強審查，適用嚴格標準，以判斷其合憲性」。

理由書第 43 段表示：「何以原住民血緣比例還可能較高之原與非原結婚所生子女，卻比血緣比例可能較低之原原結婚所生子女，須有更強、更明顯之認同表現，才能取得原住民身分？此等差別待遇之立法，顯然是假設原原結婚所生子女，必然有足夠之原住民認同，因此不要求另外有認同之表現；而原與非原結婚所生子女則必然欠缺足夠之原住民文化認同，因而為差別之待遇。又如果認為原原結婚所生子女可以透過登記而取得原住民身分，且其登記即足以彰顯其認同，則原與非原結婚所生子女之相同登記，為何就當然不足以彰顯其認同，而須另加姓名之要求？系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分所定之差別待遇，甚至是無據且顯然恣意。」此段論述事實上又再次回到血統認定主義，從血緣比例去論斷認同之多寡，並依此認定現行之差別待遇無據且顯然恣意。

然而，正如前已論及之理由書第 29 段所云：「認同之形成及持續，需要有相關之養成、學習或生活過程。」，而相關之養成、學習或生活過程，在父母雙方都是原住民之家庭，顯然與父母一方為原住民者，對於原住民族文化之沉浸，將有所差別。或許這正是關係機關在相關說明中，未能強化論述現行原住民族群之生活模式，也未強調原住民族文化傳承之集體性影響。如果能夠證明，不論是原鄉或都市部落中，原住民文化傳承與認同之形成，與其居住或生

活有關，而父母雙方都是原住民之家庭，或願意從原住民父或母之姓之家庭，其族群認同與文化認同確實強於目前被差別對待者，或許，關係機關的認同行動說，就能夠更有力地說服憲法法庭。也就是說，因為欠缺對於原住民各族群集體形塑文化認同之實證資料，憲法法庭才會認為構成種族間之不平等。

熟悉釋憲制度運作者均明白，審查標準之確立與是否合憲之結果息息相關，除此之外，也將同時指引未來立法者在限制手段之採取上，須尋求到絕對必要且無可替代之程度。本判決提出之，未來不得以父母雙方均為原住民或僅一方為原住民作為區別標準，因為此一手段，以原住民血統或血緣比例與認同進行關聯，無據且顯然恣意。此即為憲法法庭劃下的立法裁量限制。此一標準是否將「天翻地覆」影響到目前我國對於原住民給付行政上之優惠措施，此即為目前原住民族主管機關與所有現在與未來原住民所關切。

二、與原住民身分相連結之優惠給付措施（以下為初步整理稿）

以下初步整理現行法規中，與原住民身分相連結之優惠給付措施。其中區分為三大部分：首先為定義原住民之法規、其次為以「原住民身分」作為條文適用依據之法規、最後則為以原住民身分連結之優惠措施內容。

（一）與認定原住民身分有關法律

僅有原住民族基本法第二條第二款設有規定：「本法用詞定義如下：一、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。二、原住民：係指原住民族之個人。」

（二）以原住民身分設定優惠政策之法規

原住民族委員會組織法第三條	本會置主任委員一人，特任，由原住民擔任；副主任委員三人，其中二人職務比照簡任第十四職等，另一人職務列簡任第十四職等；副主任委員中，二人應由原住民擔任，且職務列簡任第十四職等者，應具原住民身分。
第六條第二項	前項人員，簡任、薦任、委任各官等人員具原住民身分者，均不得低於百分之六十。
財團法人原住民族文化事業基金會設置條	本基金會設董事會，置董事十一人至十五人；置董事長一人，由董事互選之。董事長應具原住民身分。



例第七條第一項	
財團法人原住民族語言研究發展基金會設置條例 第 8 條第一項	董事、監察人人選，由主管機關提請行政院院長遴聘之；董事、監察人之原住民代表比例，各不得少於二分之一，任一性別不得少於三分之一。董事長應具原住民身分。其遴聘辦法由主管機關另定之。
原住民族工作權保障法第二條	本法之保障對象為具有原住民身分者。
第八條	本法第十一條所稱原住民機構、法人或團體，指經政府立案，其負責人為原住民，且原住民社員、會員、理監事、董監事及股東之人數，達百分之八十以上，經所在地直轄市、縣（市）主管機關證明者。但原住民合作社依本法第七條第三項規定認定之。
原住民族文化資產處理辦法第二條	本法第十三條所稱原住民族文化資產，指具原住民族文化特性及價值並經指定或登錄之文化資產。
第九條第三項	前項專案小組，由主管機關會同原住民族主管機關遴聘（派）有關機關人員、專家學者及原住民族代表；其具原住民身分者，不得少於專案小組全體成員二分之一。
原住民保留地禁伐補償條例第三條第一項	原住民保留地有下列情形之一者，其具原住民身分之所有權人或合法使用權人，得申請禁伐補償： 一、經劃定為禁伐區域。 二、受造林獎勵二十年期間屆滿。
原住民族依生活慣俗採取森林產物規則第二條	原住民族依其生活慣俗採取森林產物，依本規則規定。本規則未規定者，適用其他相關法令規定。 前項原住民族包括下列對象： 一、原住民族基本法第二條第二款所稱原住民。 二、原住民族基本法第二條第四款所稱部落。 三、原住民族工作權保障法施行細則第八條規定之原住民機構、法人或團體（以下合稱原住民團體）。
原住民保留地開發管理辦法	本辦法所稱原住民，指山地原住民及平地原住民。 前項原住民身分之認定，依原住民身分法之規定。

第四條	
原住民個人或團體經營原住民族地區溫泉輔導及獎勵辦法第二條第二款	二、原住民個人：指依據原住民身分法規定具有原住民身分之個人。
原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法第四條	原住民族土地或部落範圍土地劃設小組（以下簡稱劃設小組）由執行機關協助部落組成，其人員組成如下： 一、鄉（鎮、市、區）公所代表。 二、當地部落會議或部落領袖推派之部落代表若干人。 三、專家學者。 四、其他有助劃設工作之相關人士。 經中央主管機關核定之部落或民族，得自組劃設小組，並報請執行機關備查後依本辦法辦理劃設作業。 前二項劃設人員具有原住民身分者，不得少於總數二分之一，總人數並以十五人為原則。
原住民族委員會獎助大專校院原住民學生實施要點第二點	本要點所稱學生，指就讀教育部核准立案之國內公私立大專校院具原住民身分者。但不含延長修業年限及就讀五專前三年、研究所者。

（三）相關具體優惠措施（未完整）

原住民族工作權保障法第四條	各級政府機關、公立學校及公營事業機構，除位於澎湖、金門、連江縣外，其僱用下列人員之總額，每滿一百人應有原住民一人： 一、約僱人員。 二、駐衛警察。 三、技工、駕駛、工友、清潔工。 四、收費管理員。 五、其他不須具公務人員任用資格之非技術性工級職務。 前項各款人員之總額，每滿五十人未滿一百人之
---------------	--



	各級政府機關、公立學校及公營事業機構，應有原住民一人。
第五條第一項	原住民地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，其僱用下列人員之總額，應有三分之一以上為原住民： 一、約僱人員。 二、駐衛警察。 三、技工、駕駛、工友、清潔工。 四、收費管理員。 五、其他不須具公務人員任用資格之非技術性工級職務。
尚有第 7、11、12、15、18、20、21 條	
原住民族教育法第十四條第一項、第二項	原住民幼兒申請就讀公立幼兒園、非營利幼兒園、社區或部落互助教保服務中心時，有優先權。 中央教育主管機關對於就讀公私立幼兒園、非營利幼兒園、社區或部落互助教保服務中心之原住民幼兒，視實際需要補助其就學費用；其補助辦法，由中央教育主管機關定之。
尚有第 16、17、23、24、26、31、34 條	
原住民族教育法施行細則第五條第二項	本法第十條第二項所定優先權之辦理方式如下： 一、原住民幼兒及其他依法優先入園登記人數，未超過該公立幼兒園、非營利幼兒園、社區或部落互助教保服務中心可招生名額：一律准其入園。 二、原住民幼兒及其他依法優先入園登記人數，超過該公立幼兒園、非營利幼兒園、社區或部落互助教保服務中心可招生名額：本公平、公正、公開原



	<p>則採 抽籤方式決定之，並應先行公告抽籤地點及時間。</p>
原住民族委員會 獎助大專校院原 住民學生實施要 點	<p>三、本要點獎助學金申請標準與獎助金額如下：</p> <p>(一) 學生前一學期學業成績達七十分以上者，得申請獎學金期新臺幣三萬二千元。</p> <p>(二) 學生前一學期學業成績達六十分以上或設籍臺東蘭嶼鄉具雅美族身分者，得申請一般助學金，每學期新臺幣二萬元。</p> <p>(三) 低收入戶或中低收入戶學生前一學期學業成績達六十分以上者，得申請低收入戶助金每學期新臺幣三萬元或中低收入戶助學金每學期新臺幣二萬。</p>
	<p>六、領有助學金之學生每學期應履行生活服務學習時數四十八小時。但有下列情形之一者，得減免之：</p> <p>(一) 通過高級以上原住民族語言能力認證，得全數減免。</p> <p>(二) 修習原住民族語言課程前一學期成績及格，一學分得減免十八小時。</p> <p>(三) 參加學校主辦之演講及研習活動，依參與時數減免，最高以二十小時為限。</p> <p>(四) 前一學期學業成績平均達班級排名前百分之三十，得減免十五小時。</p> <p>前項所稱生活服務學習，指協助學校校務行政工作或部落服務。</p>
原住民族委員會 辦理國民中小學 清寒原住民學生 助學金實施要點	<p>三、本要點所稱清寒，係指中低收入戶或家戶年所得總額在五十萬元以下者。</p> <p>前項家戶年所得計列範圍為申請學生之父母。</p>
	<p>四、每學年助學金金額如下：</p> <p>(一) 國民小學原住民學生每名新臺幣三千元。</p> <p>(二) 國民中學原住民學生每名新臺幣四千元。</p> <p>前項助學金分為上、下學期各核發一次。</p>

三、結論

本號憲法判決在「參、本庭判決實體理由」後又以「肆、併此敘明」附加一大段論述⁸，重點甚多。第一，原住民身分之取得應依優惠措施之性質作適當之區分，建議不繼續與原住民身分取得直接等同。然而，判決理由並未明指，如果繼續等同視，將被評價為「違法」、「違憲」或僅是屬於不適當。第二，「原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。」但是如何建構與表現「原住民族」之自主決定？且在實體理由中（併此敘明又再強調），其實已經設下立法裁量之界線：「不應以父母雙方均為原住民或僅一方為原住民作為區別標準」，亦即即使原住民族就是集體決定要以「以父母雙方均為原住民或僅一方為原住民作為區別標準」也沒有空間，如此之標準，其實已經不尊重原住民族之自主決定，因為已經是「有限」的自主決定空間。況且，以「併此敘明」的附加在理由之末，有否產生對於全國各機關與人民之拘束，實有爭議。

本文原本嘗試探究受到憲法法庭規制效力所及之立法者，如何建構尊重個別原住民各自所屬原住民族之自主決定之法定身分認同標準，並能夠同時兼顧一直以來對於原住民（族）實施之優惠給付措施。一方面因為時間與能力所限，力有未逮，相關優惠措施之整理，相信原住民族主管機關早已了然於胸，無須本文畫蛇添足；二方面經過仔細審酌本號判決後，對於原住民族未來自主決定空間之受限，感到憂心，但也期許原住民族能強化集體權之論述，建構自我族群之身分認同權。

⁸ 「原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。又關於原住民族群文化認同之客觀表達方式本屬多元，原住民身分法立法當時決定就系爭規定一之情形，所採用之從姓或原住民傳統名字，充其量僅係其中一種身分認同表徵，並非唯一。且因原住民族地位較為特殊，衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。再就認同程度言，雖可能因人而異，惟應與父母雙方均為原住民或僅一方為原住民之差異間尚無必然關聯。是如相關機關本於有限資源合理分配考量，欲以族群文化認同強度作為具原住民血統者，所得享有各項原住民優惠措施之高低準據，尚屬立法裁量範疇，但依憲法第 7 條保障平等權之意旨，仍不應以父母雙方均為原住民或僅一方為原住民作為區別標準，均併此敘明。」



**【主題討論（三）原住民身分法的立法進路】定義原住民
（族）？——文化、身分、認同的國家法介入**

蔡志偉 Awi Mona 副教授 | 國立東華大學法律學系



定義原住民（族）？——文化、身分、認同的國家法介入

Awi Mona 蔡志偉 副教授

國立東華大學法律學系

壹、楔子

108 年 1 月 4 日，總統公布修正之司法院大法官審理案件法，並更名為憲法訴訟法，自 111 年 1 月 4 日施行，大法官組成憲法法庭，審理法規範憲法審查及裁判憲法審查案件及其他依憲法訴訟法第 1 條第 1 項明定之案件。尤以，憲法訴訟法上路後首件行言詞辯論的案件，即係關乎原住民身分取得的法規範憲法審查——107 年度憲二字第 54 號。論者有以「原住民媽媽生不出原住民小孩

¹」，指原住民身分法第 4 條第 2 項侵害人民之姓名權、身分權、人格權、平等權，且與憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項之意旨不符²。無獨有偶的，原住民身分取得的憲法爭訟，接續地進入憲法法庭的審理——109 年度憲三字第 17 號，關注的是西拉雅族回復原住民身分的權利主張，聲請人認以原住民身分法第 2 條第 2 款之登記要件，違反憲法平等原則之要求，亦有違憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項之意旨³。

惟以，同為原住民身分法的憲法訴訟，兩起案件所引致的社會關注與議論，卻也呈顯出極為不同的現象。特別是，臺灣原住民族包括平埔族群在內，在語言學、考古學及生物地理學的學術研究，早已認係屬南島語族的成員，而與其他溯源至中國的非原住民有別⁴。107 年度憲二字第 54 號（原住民與非原住民結婚所生子女之原住民身分案）係於 111 年 1 月 17 日進行言詞辯論，及至同年 4 月 1 日宣示判決止，幾乎可以說有數以百計的意見，透過多元媒介公開表達。就該案形式以觀，國家法介入原住民身分的認定，似有違一般人民的法律感情。不過，本案所引發的議論，卻有形成原住民族社群的對立觀點，包括像是：不同民族、不同年齡層、不同性別及不同成長經驗與生命經歷。相較之下，109 年度憲三字第 17 號（西拉雅案）則係於 111 年 6 月 28 日進行言詞辯論，及至本文撰寫為止，卻並未有如前案的討論熱度。甚且，西拉雅案本應於言詞辯論終結後 3 個

¹ 鄭川如（2013），〈「原住民身分法」中「姓氏綁身分」條款的違憲分析〉，《國立中正大學法學集刊》，40 期，頁 16。

² 請見《吳若韶 1110110 言詞辯論意旨書》，頁 14，<https://cons.judicial.gov.tw/download/download.aspx?id=366137>。

³ 請見《臺北高等行政法院第三庭 109.04.28 解釋憲法聲請書》，<https://cons.judicial.gov.tw/download/download.aspx?id=375551>。

⁴ 徐雨村（2006），《臺灣南島民族的社會與文化》，國立臺灣史前文化博物館。

月宣判，卻出乎意料的在 9 月 16 日公告，依憲法訴訟法第 26 條第 2 項後段規定，延長宣示判決之期間⁵。

爰以，憲法法庭就「原住民與非原住民結婚所生子女之原住民身分案」，已於 111 年 4 月 1 日宣示判決。本文就憲法法庭的見解說明，僅以「原住民與非原住民結婚所生子女之原住民身分案」為主。

貳、111 年憲判字第 4 號——原住民與非原住民結婚所生子女之原住民身分案

在憲法法庭之前的「大法官解釋」，包括釋字第 719 號（政府採購得標廠商應進用一定比例原住民案）、釋字第 803 號（原住民狩獵案）及釋字第 810 號（政府採購原住民就業代金案），均係就憲法保障原住民族權利的性質與範圍進行審查，並未就作為權利主體的「原住民」做憲法意義的闡明。

惟以，111 年憲判字第 4 號也僅係就原住民身分取得的法規範進行憲法審查，並未深究「原住民」的憲法定義。簡單來說，本案係就婚生子女的原住民身分，因父、母具原住民身分之有無，造成婚生子女取得原住民身分要件的差別。亦即，系爭規定指原住民身分法第 4 條第 2 項：原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。

承前，憲法法庭對此法規範審查，認以違反憲法第 22 條保障原住民身分認同權及第 7 條保障種族平等之意旨，違憲。又，謹將憲法法庭作成本件判決的實體理由彙整如下：

1. 原住民身分係人格權所涵括的憲法權利，與個人及所屬群體之身分認同密切相關，確係原住民特殊人格權利。系爭規定係對受憲法高度保障之重要基本權的規範，涉及受憲法保障之原住民身分認同權之限制，與憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項等規定均相關，應採嚴格審查⁶。
2. 系爭規定就原住民與非原住民結婚所生子女之原住民身分之取得，附加「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」之要件，係對於具原住民血統者之身分認同權之限制；其限制目的縱係為保護文化認同之特別重要公益，但其手段亦非適合且必要，顯非最小侵害手段，其限制不符憲法第 23 條比例原則，系爭規定侵害原住民身分認同權，違

⁵ 憲法法庭（2022），《109 年度憲三字第 17 號延長宣判期日公告》，9 月 16 日，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=77&id=343238>。

⁶ 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號，理由第 17-22 段。

憲⁷。

3. 系爭規定附加上開要件之手段，並非絕對必要且無可替代，且確實致生同樣從父姓者，因究係父或母為原住民而其是否取得原住民身分之結果有差異（父為原住民者，依從父姓習慣，取得原住民身分；母為原住民者，依從父姓習慣，未取得原住民身分），違反憲法第 7 條對種族平等之保障⁸。
4. 此外，憲法法庭以傍論方式併予敘明「因原住民族地位較為特殊，衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定⁹」。

實則，司法院 110 年 12 月 15 日公告大法官決議就本案所示言詞辯論爭點題綱，僅採原住民身分以個人權利的定性出發，審究系爭規定限制何種憲法權利，例如姓名權、人格權、身分權及性別平等¹⁰。不過，本件之所以造成原住民族社會的激烈論辯，其中一項議論即係關乎「原住民身分」的權利定性，是否應認係具集體權性質，抑或係兼具集體權及個人權性質。在判決實體理由的敘述中，大法官有幾段耐人尋味的文字，謹摘錄如下：

1. 人之血統係先於憲法、法律存在之自然事實，與個人及所屬群體之身分認同密切相關¹¹。
2. 原住民之地位較特殊，其身分原則上係依自我認同原則。上開身分認同權復與原住民族之集體發展密切相關，就此而言，亦為應受憲法保障之重要基本權利（司法院釋字第 803 號解釋參照）

參以上開兩點併同前揭憲法法庭在本案所附加之「併此敘明」之內容，大法官似意有所指的點出，原住民身分認同權作為乙項憲法保障的基本權，除明認係個人人格權所涵括的範疇，也從考量我國原住民族之特殊歷史地位及憲法增修條文之特別保障，認肯原住民個人身分與集體文化認同之連結關係是特別重要公益¹²。雖言大法官在判決中有此敘述，因僅及於原住民身分「認同權」之權利範疇，而固守在個人人格權的保障，猶未明確闡明「原住民身分」的權利定性與內涵。

⁷ 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號，理由第 32 段。

⁸ 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號，理由第 45 段。

⁹ 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號，理由第 50 段。

¹⁰ 司法院（2021），《大法官決議公告言詞辯論期日及爭點題綱（原住民身分法案）》，12 月 15 日，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-554570-ebcab-1.html>。

¹¹ 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號，理由第 26 段。

¹² 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號，理由第 17、26 段。

前開傍論的內容，看似肯定原住民族各族有權決定誰可以成為其民族成員，而有原住民身分係涵括在原住民族集體認同自決權的視域景象。究其實質，本件判決也僅是從維護人性尊嚴與尊重人格自由發展的論理出發，確立原住民之身分認同權係受憲法第 22 條高度保障之特殊人格權利。也就是說，原住民身分充其量仍僅係個人人格權之一環。縱以本件判決納入憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項保障原住民族多元文化、地位及其政治參與之規範意旨，且揭示人之血統係先於憲法、法律存在之自然事實。不過，判決的核心論理係在強調，「人格權保護的是特定人之身分、資格及能力，暨以此所衍生出之諸多與人不可分離之社會利益¹³」，實際上原住民身分的法律利益，就與個人及所屬群體之身分認同關聯性無涉。

此外，判決理由直指「查人包括原住民之血統係先於憲法、法律存在之自然事實，與個人及所屬群體之身分認同密切相關，應受憲法高度保障¹⁴」。本文對此論述的疑問在於，上揭文字所指「人包括原住民」是否即認「原住民個人」之血統係先於憲法、法律存在之自然事實。爰此，本文接續將從此兩面向出發，一則從國家建構關係過程及加拿大比較法實例，理清「原住民族」身分定義的國家法介入，另則築基原住民身分的集體權論理。繼而，本文於文末將試提後續立(修)法的可能進路。

參、國家建構關係過程中的「原住民族」定義與定位

國際法上就「原住民族」(Indigenous Peoples) 乙項概念，普遍均能接受的定義，蓋係指聯合國人權特別報告員 José Martínez Cobo 所提出之如下內容：

原住民族社群、部族與民族係指在被侵略和殖民地化以前於其領域上發展的社會，而目前在該領域中不同於支配的社會或其一部分的其他階層者。他們在現時點上未居於統治階層，但有其固有文化模式、社會制度及法律體系，並依此做為民族存在的基礎，且決意保全、發展其祖先的領域及種族認同，並將其傳承給將來的世代者¹⁵。

¹³ 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號，理由第 17 段。

¹⁴ 同前註。

¹⁵ José Martínez Cobo, *Study of the Problem against Indigenous Populations, vol. v, Conclusions, Proposals and Recommendations*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1986/7, Add 4, para 379 and 381. The original text is as follows: 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 in 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 of their ancestral territories, and their ethnic identity, the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their cultural patterns, social institutions and legal systems.

與此類似的見解，亦見於前任聯合國原住民族人權特別報告員 S. James Anaya 的闡釋，指出原住民族是指他們祖先與他們現居或原居土地的關連性，高於目前較具勢力的其他人的祖先與該土地的關連性（因此稱為 indigenous），而且他們可以再分為許多明顯不同的社群（因此稱為 peoples），個別社群都擁有能與其祖先之社群、部落或種族相連結的存在、認同之連續性。再則，原住民族是被迫納入國家體制，雖有獨特的政治文化，但不為國際社會所承認的民族¹⁶。

承前，「原住民族」之定義實係包括四個面向為其核心表徵：

- （一） 歷史面向：強調原住民族係指前遭侵略和前被殖民社會的歷史延續
- （二） 政治經濟面向：原住民族係屬被支配之社群
- （三） 文化顯著性面向：原住民族文化表現與社會上其他具支配權利關係的社群形成顯著差異
- （四） 集體性面向：原住民族具有特殊的世界觀與主體認同

尤以，原住民族是與「土地」具有高度關連性的社群，單以少數群體（minority）的概念無法明確表達原住民族的定位。因為原住民族概念要強調的是「原住」、「外來/後來」之區別，以及其所衍生內涵的土地權、領土權、資源權、文化權與自治權等關鍵意義。換言之，定義「原住民族」之法律需求，實係導因於歐洲人早前在西半球所展開一系列的探索與征服行為，為解歐洲人及他們遇到的原住民族之間的關係而來¹⁷。黃居正則以加拿大所依循之 1763 年由當時英國（不列顛）王權所做成的「皇室宣言」（Royal Proclamation）為例，指出「在過去殖民帝國的歷史上，『國家建構』關係的內容，多半是以殖民母國皇室或王室的宣言、或與原住民族締結的條約來做一總結。透過該等文獻，原住民族過去被以條約或其他文件所承認的主權權力、其傳統政治與社會機制地位，都全體性地憲法化，取得市民主權的保護，等於是制度化了市民主權與原住民族間的關係¹⁸」。類同的國家建構關係過程中所採治理措施，亦可見於美國初期對於美洲印地安部族的立法，強調國會採以條約簽訂關係建立與印地安部族的關係，揭示所有與印地安部族的互動往來均須透過聯邦官員且應取得國會的允准¹⁹。

¹⁶ S. James Anaya, *Indigenous peoples in International law* 3, Oxford University Press, 2004.

¹⁷ Paul Keal, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples The Moral Backwardness of International Society* 25-37, Cambridge University Press, 2003.

¹⁸ 黃居正（2012），〈原住民法與市民法的衝突——論非線型憲法結構下特殊權利的地位〉，《台灣原住民族研究學報》，2 卷 1 期，頁 31-32。

¹⁹ Matthew L.M. Fletcher, *A Short History of Indian Law in the Supreme Court*, *ABA Human Rights Magazine*, 40(4): 3-6 (May 2015).



承前，「原住民族」之概念確係由國家之統治行為而生，非自始即存在的自然事實。縱以多數國家初始與原住民族接觸後，就原住民族之治理概採血緣類屬而為認定，實則係以種族主義之勢，強調所謂「昭昭天命」(Manifest Destiny²⁰)之信念，合理化國家統治正當性，遂行所採同化(assimilation)與整合(integration)之政策措施，俾以確認教化的對象——原住民(野蠻人)。以加拿大的法制概況具體立論，1867年7月1日，英國議會通過《英屬北美法》(British North America Act)，也被認為是加拿大的第一部憲法——1867年憲法，加拿大成立邦聯(Confederation)成為英國聯邦體制下的一個自治領地。加拿大《1867年憲法》第91(24)條指出印地安部族及其成員，以及法規所劃定之保留地，專屬於聯邦政府之權責²¹。隨後在1876年，聯邦政府制定公布施行《印地安部族法》(Indian Act)，整合既存有關印地安部族的所有法規，目標在透過印地安部族成員日常生活的管理，進行大規模的控管，冀以消除印地安部族文化，促其同化與整合於加拿大的歐洲文化社會。值得注意者，《印地安部族法》初始僅適用於具有法定印地安身分(Indian Status)的個人與部族，聯邦立法據此介入原住民的身分認定。

比較臺灣原住民族與各時期統治勢力接觸的歷史境遇，「原住民族」始終是被強勢外來者所「命名」與「界說」的客體，「蕃」或「番」(不管是生番、熟番、化番)與「山胞」，即係今日「原住民族」的代名詞，置於日治時期下的「理蕃政策」及其接續之國治時期所實施的「山地行政」，其本質均係突顯統治群體(非原住民族)的優越與被支配者(原住民族)的落後。要言之，在殖民活動擴張的過程裡，不論是英法兩個老牌殖民國家，或是後來的美國與19世紀末期的日本，均不約而同的運用「神話」的編纂，將原住民族視作野蠻人，進而合理化殖民主義與帝國主義對原住民族的掠奪與剝削。簡單來說，扶助原住民族「文明化與現代化」，不過只是掩飾「國家文化霸權主義與殖民同化政策」的美麗辭藻。

綜上，「原住民族」的定義，初始即係「種族主義」的國家論證。比較各時期統治勢力者的原住民族治理，形式上雖各有其政策外衣，實質上確係結合了物種進化論與文化階級的發展論述，以法律技術性的安排，初以詆毀原住民族文化為開端，繼而確立統治者之種族與文化優越性，而總成於污名化原住民族文化的「差異」，進而藉由法律作為一項工具，承載著特定政治目的——同化與整合「原住民族」。

²⁰ 強調歐洲殖民者憑藉天命往外擴張，散播基督宗教，教化野蠻人(美洲原住民族)走向文明之路。有關此一論述的討論，請參見 Robert J. Miller (2011), *American Indians, the Doctrine of Discovery, and Manifest Destiny*。

²¹ Section 91 (24): the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to Indians, and Lands reserved for the Indians.



肆、憲政主義為基礎重構原住民族與國家之關係

（一）加拿大之事例

值得注意者，加拿大《印地安部族法》初始僅適用於具有法定印地安身分（Indian Status）的個人與部族，並未含括非具印地安身分者（Non-Status Indian），亦不涵蓋現行加拿大所承認之梅蒂斯（Métis）或印紐特（Inuit）原住民族。1982年加拿大憲法修正案的通過，第 35 條的原住民族條款明確承認三類各自與國具有特殊政治關係與地位的「原住民族」——Indian, Inuit and Métis peoples，同時肯認原住民族權利及條約權利的憲法保障。換言之，加拿大法制上涉及原住民族定義與分類的規範主要有二，其一為 1982 年憲法修正案，其二為 1876 年《印地安部族法》。亦即，加拿大的原住民族可以分成兩種類型：憲法上的原住民族與《印地安部族法》內的原住民族。

這邊所存在的爭點在於，兩項條文分處於憲法架構中的不同章節，加之以條文用語上的差異，因此衍生憲法規範「原住民族定義」的不同見解。詳言之，1982 年憲法第 35 條所指涉者，係加拿大憲法所規範之原住民族權利內容，其章節名稱為加拿大原住民族的權利（Part II: Rights of the Aboriginal Peoples of Canada）。另，1867 年憲法第 91（24）條所關乎者，係規範聯邦政府與省政府間之分權事項，其章節名稱為立法權的分權（VI. Distribution of Legislative Powers），該條款的立法意旨為國會的權能（Powers of the Parliament）。其次，有關條文用語差異所生之爭點，即係 1982 年憲法第 35 條的印地安部族，係包括在該條款所示之原住民族定義範疇²²；又，1867 年憲法第 91（24）條僅以印地安部族作為表示²³。

實則，爭點的核心即係第 91（24）條所表徵的印地安部族（Indians）與第 35 條所指，在排除印紐特部族與梅蒂斯部族之印地安部族，是否具有同一的內涵與定義。另則，第 91（24）條所規範的印地安部族（Indians），是否可以認為係第 35 條所指，涵蓋印紐特部族、梅蒂斯部族與印地安部族的原住民族。

要言之，政治的基本決定當作憲法框架秩序，釋憲者原則上應予遵守。從民主原則出發，制（修）憲者所為的決定，釋憲者應予遵守，而不得任意變更。亦即，憲法的釋義不得逾越憲法基本決定，除非原先條文有重大疏漏或矛盾或違反基本的價值設定。因此，前開所述加拿大憲法第 91（24）條所表徵的印地安部族（Indians）與第 35 條所指，在排除印紐特部族與梅蒂斯部族之印地安部族，是否

²² Section 35 (2): In this Act, aboriginal peoples of Canada includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada

²³ Section 91 (24): the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to Indians, and Lands reserved for the Indians.

具有同一的內涵與定義的爭點，在加拿大憲法的架構下，當屬同一。至於加拿大憲法第 91（24）條所表徵的印地安部族（Indians），能夠擴及包括印紐特部族、梅蒂斯部族，甚或是非具印地安身分者（Non-Status Indian）？加拿大最高法院於 2016 年就 Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development) 作成之判決²⁴，確立憲法第 91（24）條所指印地安部族（Indians）之概念，應採廣義的理解與詮釋，涵納加拿大所有的原住民族。也就是說，印紐特部族、梅蒂斯部族，以及非具印地安身分之原住民族，確係憲法第 91（24）條所規範的印地安人，聯邦政府依據憲法負有權責²⁵。惟以，前開判決能否逕以認定《印地安部族法》適用於梅蒂斯部族以及非具印地安身分之原住民？由於《印第安部族法》是聯邦政府用來管理印第安人身分、部族政府與保留地治理的主要法律，並據此規範政府對印地安部族與成員的義務。尤其重要的是，該法確立了印地安人的法律定義。依照 1985 年修正的《印地安部族法》內容，對於印地安人的身分確認，規範在第 5 條有關印地安部族與成員的定義及其登錄，其中第 1 項明定：主管機關應設立印地安部族與成員登錄系統，據以登載那些依據本法，有權申請登記為印地安人之個人。爰此，就 1876 年制定公布施行之《印地安部族法》，有其與加拿大國家所存在之特殊政治關係，當非可逕作延伸適用於梅蒂斯部族以及非具印地安身分之原住民，而係應依聯邦政府之立法權能，另為適法之法制建構。

最後要說明的是，《印地安部族法》所涵括的聯邦權能，對於印地安部族及其成員所提供之權益，實際上是完全倚賴執政黨的政治傾向與意志。《印地安部族法》本身反映的是加拿大對其境內原住民族與印地安部族之基本國策，且其法律規範要旨與內容受制於國會的立法與修法權²⁶。相較之下，憲法第 35 條所承認與確認的原住民族權利與條約權利，則係在憲政主義基礎下，原住民族與加拿大重構特殊關係的根基與原則。

（二）臺灣原住民族身分定位之法制發展

回顧臺灣原住民族與不同時期接續而來的墾殖者間之接觸經驗，尤以移植現代國家法律進入臺灣的日本殖民政府最為關鍵，其時所規劃與實施的理蕃政策，法制化了原住民族的法律類屬，強調文化差異的種族主義，應用於其統治政策下殖民原住民族的實踐。二戰結束以後國民政府抵臺，比較日治時期的殖民治理，臺灣的原住民族旋被強制視為中華民族的成員之一，政府雖揭示原住民族無異於

²⁴ Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development), 2016 SCC 12.

²⁵ S. James Anaya, Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples on the Situation of Indigenous Peoples in Canada, 32 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 143, 147 (2015).

²⁶ John F Leslie, The Indian Act: An Historical Perspective, *Canadian Parliamentary Review* 25(2): 23-27 (2002).



其他非原住民，同係一般國民且應為平等之待遇，然於相關施政作為，亦明確表示原住民族處於原始、落後的社會狀態，有待國家予以扶助使能「進步、成為現代化國民」的歧視心態。換言之，戰後山地行政的實施因與臺灣實施戒嚴期間重疊，政府政策一方面標榜以「現代化國民」取代日治時期之「文明化成員」，冀以褪去文化種族主義之外衣；另一方面配合威權治理手段，強迫國族認同，強制性地以中華文化為尊的觀念開展山地行政，迫使原住民族無力與國家抗衡，以遂行政府於山地地區與原住民族社會之同化政策。

復以，1947 年時任臺灣省政府委員的南志信（卑南族），因認「高山族」名稱不雅，提議改稱「臺灣族」。臺灣省政府則回應「山地同胞」並不是非我族類，不應該有此（高山族）歧視的稱呼²⁷。隨即由臺灣省政府民政廳通令，「高山族」名稱應即禁止使用，應以「山地同胞」取代「高山族」一詞，以示對「山地同胞」一視同仁的平等²⁸。其後，省政府更數次重申不得稱呼山地同胞為「高山族」、「高砂族」或「蕃族」。又，此時的山地同胞，初始意涵不包括「平埔族群」。

再則，詹素娟指出，「1950 年代，山地鄉的經費編列、山地保留地的土地使用權授予，及山胞與平地人的通婚等攸關權利、義務的措施權益，都面臨施政對象如何指涉的問題。……雖然 1940 年代末戶口整理時，山地鄉住民已蓋上「山」字章作為身分註記，但只能說明居住從屬空間、仍無法判準身分，而需要更周詳的區別標準²⁹」。其後，基於山地行政治理之需，臺灣省政府因應第二屆臨時省議會議員選舉，於 1954 年 2 月 9 日發布「山地同胞」的定義，「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」。

由於前開「山地同胞」之認定標準，係同時採「血緣主義」與「屬地主義」之原則，即有「居住平地之山地同胞」是否亦應認係山胞之疑義。爰此，臺灣省政府遂於 1956 年 10 月 3 日發布「平地山胞」認定標準：

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考查者，得檢具足資證明文件及平地山胞二人之保證書，向鄉、鎮、區公所申請登記為平地山胞。

²⁷ 詹素娟（2019），《典藏台灣史（二）台灣原住民史》，頁 223。

²⁸ 1947 年 6 月 29 日，「臺灣省民政廳通報禁止使用高山族名稱」，《臺灣省政府公報》36 年夏字第 78 期，頁 548。

²⁹ 詹素娟，同註 27，頁 230。

上揭第 2 點之「登記」規定，表現「山地山胞」與「平地山胞」在身分認定上的重要條件之區別。詹素娟指出，山地山胞係「以『生而所屬』的『戶籍所在地』界定身分」，但對平地山胞之身分認定採登記主義，顯示其時政府傾向開放，給予當事人自主選擇空間³⁰。「山地山胞」與「平地山胞」採取各異的身分認定標準，其間配合山地行政治理機關的更替，而有法規的整併與主管機關的調整，陸續發布「臺灣省山胞身分認定標準（1980）」、「山胞身分認定標準（1991）」，再因憲法第三次增修改以「原住民」取代「山胞」，而於 1994 年發布「原住民身分認定標準」，認定標準之原則與身分之本質均無變動。

臺灣山地行政歷經同化、整合、融合之「文明」之路，因著解嚴後臺灣民主化運動的影響，臺灣省政府因應山地地區社會變遷，終對原住民族治理改弦更張，於 1988 年 4 月公布「臺灣省山胞社會發展方案」以及「臺灣省山胞社會發展方案第一期四年實施計畫大綱」，作為推動原住民族政策之依據。爰以憲法第三次增修「山胞」正名為「原住民」，上開方案名稱隨之修正為「臺灣省原住民社會發展方案」。另以，威權統治時期實施動員戡亂體制，憲法遭致凍結，致使人民之基本自由與權利受到限制。解嚴之後，我國憲法重新獲得生命³¹，在面對「原住民」政策的態度上，所選擇的也是一種「保障策略」，且非具保障「原住民族」權利之論理，而係採以落實憲法保護扶植邊疆地區各民族之規定。實則，政策上雖已褪去山地平地化與融合的歧視外衣，確係視「原住民」為弱勢群體，強調國家應積極扶助並促其個人發展，俾以體現憲法平等原則之保障。

1990 年代四次憲法增修，以憲政主義為基礎重構「原住民族」與國家關係之確立，部分觀點主張應以 1994 年憲法第三次增修「山胞」正名為「原住民」為其時點，亦有認為應以第四次增修「原住民」為「原住民族」始完成。茲以 1990 間四次憲法增修有關「原住民」及「原住民族」之內容為比較：

1991 年 第一次增修	1992 年 第二次增修	1994 年 第三次增修	1997 年 第四次增修
第 1 條第 1 項 第 2 款 國民大會代表依	第 18 條第 6 項 國家對於自由地 區 <u>山胞之地位及</u>	第 1 條第 1 項 第 2 款：國民大 會代表依左列規	第 10 條第 9 項：國家肯定多元 文化，並 <u>積極維護</u>

³⁰ 詹素娟，同註 27，頁 233。

³¹ 王泰升（2007），〈台灣近代憲政文化的形成：以文本分析為中心〉，《臺大法學論叢》，36 卷 3 期，頁 35。

<p>左列規定選出之，不受憲法第二十六條及第一百三十五條之限制：自由地區<u>平地山胞</u>及<u>山地山胞</u>各三人。</p>	<p><u>政治參與</u>，應予保障；對其教育文化、社會福利及經濟事業，應予扶助並促其發展。對於金門、馬祖地區人民亦同。</p>	<p>定選出之，不受憲法第二十六條及第一百三十五條之限制：自由地區平地原住民及山地原住民各三人。</p> <p>第 3 條第 1 項第 2 款：立法院立法委員依左列規定選出之，不受憲法第六十四條之限制：自由地區平地原住民及山地原住民各三人。</p> <p>第 9 條第 7 項：國家對於自由地區<u>原住民之地位及政治參與</u>，應予保障；對其教育文化、社會福利及經濟事業，應予扶助並促其發展。對於金門、馬祖地區人民亦同。</p>	<p><u>發展原住民族語言及文化</u>。</p> <p>第 10 條第 10 項：<u>國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與</u>，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。對於金門、馬祖地區人民亦同。</p>
---	---	--	---

1991 年的第一次憲法增修，主要係為使臺灣回復到正常化的憲政體制，就其時仍為「山胞」之憲政議題言，係以落實參政權之保障為主。1992 年的第二次增修，因我國憲法初始未慮及臺灣原住民族的法政存在，遂採憲法保護扶植邊疆地區各民族之規範意旨，強調基本國策的充實，納入加強對山胞的保障與照顧。1994 年的第三次增修，則係聚焦於「山胞正名為原住民」的修憲成果，增修條文的內容，則未有實質的調整。當時政府部門的態度，仍維持視「原住民」為社會弱勢，且係須仰賴國家扶助照顧的對象³²。此外，政府亦有認恐有造成「國家分

³² 臺灣省政府民政廳於答覆省議員質詢內指出：有關山胞正名為「臺灣族」一節，衡諸目前所稱之『山地山胞』、『平地山胞』係本省各族山胞之代名詞，為光復初期用以取代日據時代歧視



離主義獨立」、「會搶回漢人土地」之疑慮，故不欲輕易增修相關內容³³。

1997 年憲法進行第四次增修，揭示多元文化國作為我國憲法的國家目標，納入「原住民族」發展條款，確立原住民族之「民族權」保障。其時國民大會就「憲法原住民族條款修訂草案」指出，原有憲法增修條文之原住民政策條款確有未盡適宜之缺失，較之「邊疆政策條款」，未見原住民族政策主體性，且缺乏時宜性與前瞻性，無以接軌民族政策之國際潮流。又，僅視原住民為少數與弱勢，採積極差別措施保障參政權與社會權，惟未明認基本權之保障，因而缺乏平等性與整體性。此外，原有條款刻意將原住民與金門、馬祖地區人民並列，確係有意「淡化」或否定原住民族的「民族」地位與身分³⁴。

綜上，憲法增修之前，各時期發布之〈山胞身分認定標準〉與〈原住民身分認定標準〉，究其實質言，係用以確認山地行政治理之對象，即如加拿大早前所採《印地安部族法》之目的類同。其時臺灣山地行政的整體認知，係將山胞問題化約為經濟問題或階級問題，國家要達成山地人民現代化與社會融合的目標，就必須要先改造山胞的傳統文化與生活方式，關注改變山胞語言、文化、部落組織與社會生活為目標。縱以 1997 年第四次憲法增修，確立多元文化國之憲政目標，旋於 1998 年及 2001 年分別制定公布施行《原住民族教育法》、《原住民族工作權保障法》及《原住民身分法》。實則，上揭前兩部立法，均僅及於視「原住民族」為少數族群的弱勢個人集合，在教育機會平等與就業促進提升的基本國策，採行優惠性差別待遇，積極扶助「原住民族」個人的社會參與。又，優惠性差別待遇的給付涉及人民權利、義務的規範，其時僅為行政命令位階的原住民身分認定標準允宜完成立法，以解合憲性之疑慮。參以行政院於 2000 年 9 月 16 日提請立法院審議「原住民身分認定條例草案」之總說明，即敘及「鑒於原住民身分之認定，涉及人民權利，宜以法律定之³⁵」。類似的觀點亦可見於當時立法委員所提草案之說明，「目前行政院原住民委員會訂有『原住民身分認定標準』，此標準僅係行政命令，一旦與其他法律有衝突，即立刻失效。為了彌補此項缺失，有必要提升其法律上的位階。……為落實憲法精神，政府制訂了相關政策，以

為『蕃人』、『高砂族』之稱呼，而統一稱之為『山胞』，有如僑胞、藏胞 …… 等是。本省山胞依照內政部四十三年二月十七日內地字第四〇五六六號函核定，臺灣山地九族修正確定中文名稱各有其傳統族名，予以合併稱呼為『山胞』現因沿用三十多年已為國人所習用，不宜遽予變更。轉引自林修澈、伊萬納威、李台元、顧恒湛、楊迪雅、蔡佳凌（2016），《臺灣原住民族正名運動政府體制文獻史料彙編》，頁 14。

³³ 同前註，頁 28。

³⁴ 國民大會秘書處（1997），〈特別報導／「憲法原住民族條款修訂草案」共識版〉，《國大簡訊》，290 期，頁 105。

³⁵ 立法院議案關係文書（2000），《院總第一七二二號 政府提案第七三四八號》，<https://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfbcfbcfbcfccfcec5cac6c9d2c9cfcb>



保障扶助原住民族之相關事業。然而，原住民的身分必須先獲得認定，才能享受中華民國憲法增修條文第十條第十一項所賦與的權利³⁶」。

實則，2005 年 2 月 5 日制定公布施行《原住民族基本法》，始得認係完成以憲政主義為基礎重構原住民族與國家的特殊關係，揭示「原住民族係指既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族」，而原住民則指「原住民族之個人」。由此觀之，《原住民族基本法》立法前存在於各法令之「山胞」也好，或「原住民(族)」也罷，在憲法的視野下，確係非與《原住民族基本法》所指「原住民族」及「原住民」屬同一之法律概念與定位。

伍、原住民身分法、原住民族基本法及憲法增修條文之原住民概念

《原住民身分法》自 2001 年立法之初迄今，就原住民之定義均未為修正，係包括山地原住民及平地原住民，且直接承受日治時期戶籍登記簿的認定效力，並維持早前平地山胞身分採登記取得之制度。又，《原住民族基本法》初始立法時，第 2 條第 1 款揭示「原住民族係指既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族」；同條第 2 款則指「原住民係指原住民族之個人」，特強調原住民與原住民族之關聯性。在這裡，產生類似文前所指加拿大法制上就「印地安人（部族）」定義之疑義，亦即《原住民身分法》所界定之「原住民」，究與《原住民族基本法》所定義之「原住民」，是否同一？參以《原住民族基本法》初始立法時之第 2 條所示理由，確有指出「原住民身分之認定，係依據原住民身分法之規定，本法從之」。惟以，《原住民族基本法》作為憲法增修條文第 10 條第 11、12 項的施行法，上開立法理由恐將侷限並窒礙「多元文化國」與「原住民族條款」之國家目標的落實。再則，《原住民族基本法》於 2015 年 6 月 24 日修正公布第 34 條，增列第二項「前項法令制（訂）定、修正或廢止前，由原住民族委員會會商中央目的事業主管機關，依法辦理」之規定，俾以維護整體原住民族法律體系，並保障原住民族基本權利。

參以《原住民族基本法》之立法背景，係源於 2002 年 10 月 19 日，由時任總統的陳水扁先生，透過原住民族各族傳統締約儀式，代表政府與原住民族完成「新夥伴關係協定」的再肯認；復於 2004 年提出原住民族與臺灣政府係「準國與國關係」的主張，強調原住民族事務應立基於政府與政府間之對等關係。準此，《原住民族基本法》明定之權利項目即係源自上開兩項政治文書所揭示之七項核心目標：「承認台灣原住民族之自然主權」、「推動原住民族自治」、「與台灣原住民族締結土地條約」、「恢復原住民族部落及山川傳統名稱」、「恢復

³⁶ 立法院議案關係文書（2000），《院總第一七二二號 委員提案第二八四一號》，<https://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfbcfcdcebcfcfc5cccaced2cccaca>

部落及民族傳統領域土地」、「恢復傳統自然資源之使用、促進民族自主發展」、「原住民族國會議員回歸民族代表」。概要來看，《原住民族基本法》所涵括之權利範疇，主要含括四項核心意旨：（1）回復原住民族土地與自然資源治理權利；（2）促進原住民族文化、傳統與組織的維續與強化；（3）復振原住民族傳統生物多樣性知識及智慧創作；（4）消除對於原住民族的社會性與結構性歧視。對應上開四項核心意旨，《原住民族基本法》確立「原住民族」、「部落」及「其他傳統組織」的法主體地位，原住民個人則由此一集體權內容作為受益的權利主體。此間所指「原住民族法主體」與「原住民個人權利主體」之關係，謹以最高法院 110 年度台上字第 709 號民事判決之見解為例說明：

依現行有效之各個實證法，包括憲法增修條文、原民基本法、公政公約及一般性意見，原住民族對於原民地之取得及享有，有身分專屬性，非原住民身分者，即欠缺身分上之適格。原住民族文化權本身既內含原住民身分要素，且有集體權特性，因此，不具原住民身分關係者，不能享有原民基本法及相關法規所賦與之各種利益或地位。

承前意旨，原住民身分之確認，應併同建立原住民族之關係連結為要。此亦係加拿大《印地安部族法》於 1951 年修正時，就印地安人身分（Indian Status）之取得，強調僅以血緣連結係不足以取得法定印地安人身分，按其不同的立法目的與政策需求，尚包括依照原住民族傳統習慣所制定的條件規範。加拿大的司法實務，亦可與我國憲法法庭作成之 111 年憲判字第 4 號於其判決實體理由中所載內容相互對應：

或謂原住民身分法並非處理族群認同問題，而係確認國家給付行政之範圍；或謂係為兼顧血緣及文化因素，係採血統主義輔以文化認同主義。……遍查原住民身分法全文，又沒有任一條述及國家給付行政具體內涵，且給付行政之內涵係給與符合給付條件之人民優惠，所涉及者為國家資源之分配，以此目的與本件所涉及原住民身分認同權等受憲法保障之基本權之限制相較，原則上尚難認係特別重要公益。就上開目的之後者而言：考量我國原住民族之特殊歷史地位及憲法增修條文之特別保障，上開追求文化認同之目的應認係特別重要公益。……且因原住民族地位較為特殊，衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。

次續就「原住民族」之法律定性來論，加拿大的國家建構，藉由皇室宣言確認國家與原住民族間之特殊權利信託關係。又，「原住民族」之概念透過 1982 年之憲法修正，增訂第 35 條，定義原住民族含括印地安部族、梅蒂斯及印紐特

部族。再由最高法院 2016 年之判決，確認憲法第 35 條之原住民族，係具開放性之廣義概念，僅須符合皇室宣言下之原住民族即為已足，是否獲得聯邦政府之立法確認，非屬必要。復以，加拿大最高法院依據憲法第 25 條揭示之原住民族權利免於減損條款（non-derogation clause³⁷），併同憲法第 35 條之規範意旨，認定憲法 91(24) 條之印地安部族，應包括未經認定而不具法定身分之印地安人，以及梅蒂斯部族。加拿大最高法院為此認定之重點，係在於確認聯邦政府對於全國原住民族應有之法律權責。

承前比較法之說明，我國憲法增修條文就原住民族之概念未做定義；而《原住民族基本法》就「原住民族」則係載明，「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」。要言之，《原住民族基本法》所指之「原住民族」即係由「行政院核定」之臺灣傳統民族。爰以，我國法制對於權利主體之認知，確已在法律的位階涵括集體（collectivity）之概念與類屬。舉其要者，當係我國《原住民族基本法》之規定內容，即如第 2-1 條定有，原住民族部落經中央原住民族主管機關核定者，為公法人。又如第 20 條確立原住民族土地與自然資源權利；第 21 條則賦予原住民族與部落行使諮商同意參與之權利等。由此觀之，若不具《原住民族基本法》所承認之原住民族地位及其成員，所造成的影響就是無權行使《原住民族基本法》所明認之權利項目，也無法享有政府所提供的社會福利與服務措施。

綜上，我國憲法增修條文就原住民族之概念雖然未做界定，亦未有如普通法系統之加拿大，藉由條約來確認與原住民族間之國家建構關係。黃居正則指，「從非線型組構發展而成的市民政權，未必沒有正當權力透過對「時際法（inter-temporal law）」概念的修正，結合對多元主義的擴張解釋，重建憲政體制的線型組構³⁸」。又以，在強調原住民族歷史正義與轉型正義作為原住民族重構與國家之特殊關係主張論理的今天，國際原住民族權利運動咸認原住民族轉型正義應結合國際法與普世人權基準。這種特殊關係並非係指國家對於內國少數群體或族裔團體的「種族關係」，而係一種平等主權之間的「政治關係」。準此，我國憲法

³⁷ Section 25: The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including:

a. any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and

b. any rights or freedoms that now exist by way of land claim agreements or may be so acquired.

³⁸ 黃居正（2010），〈傳統智慧創作與特殊權利——評析「原住民族傳統智慧創作保護條例」〉，《台灣原住民族研究季刊》，3 卷 4 期，頁 22。



增修條文所示之「原住民族」，非僅限於依《原住民族基本法》之規定，指經行政院核定之傳統民族爾爾；而係先於國家而存在，歷經外來統治勢力者侵略與殖民之社會的歷史延續。

陸、結論

- 一、憲法原住民族之界定，應與原住民族基本法之規定有別，謹依歷史事實為斷，含括平埔族群（西拉雅族）在內。
- 二、現行法有關「原住民」之分類（山地原住民、平地原住民），係源於日治時期之殖民治理思維，而由戰後之中華民國政府所承繼，採以威權統治手段，施以同化與融合之政策措施，確與自由民主憲政秩序有違，應認係國家行政不法之行為。
- 三、憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決已有闡明：原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。且因原住民族地位較為特殊，衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。

承前，原住民族之法律地位及其與國家之特殊政治關係，係受憲法所保障。政府機關本於有限資源合理分配考量，欲以原住民族之民族別或原住民個人之文化認同強度，作為得為主張或享有原住民族相關立法與政策措施之差異準據，尚屬立法裁量範疇。惟現行原住民族基本法未就不同原住民族間之差異，而有適切之立法安排與政策配置，應可併同平埔族群（西拉雅族）之民族地位，共同納入後續立（修）法之考量。又，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。

綜上，本文以為原住民身分的後續立（修）法規劃，應建立在《原住民族基本法》之權利類屬，進行至少二元的法制安排，亦即「原住民族的核心權利」及「原住民個人之積極（優惠）性差別待遇措施」。

就原住民族的核心權利而言，謹以臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1509 號就《原住民族基本法》第 21 條「原住民族諮商同意參與權」之性質所行闡釋



為例，前開判決就〈諮商取得原住民族部落同意參與辦法〉第 2 條（設籍的要件）、第 15 條（代行召集制度）、第 19 條（原住民家戶代表制度），認有違反本法第 21 條第 1 項、公政公約第 1 條、經社文公約第 1 條、第 15 條第 1 項第 1 款、憲法第 22 條及憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項保障原住民族及部落自主的規範意旨，違反原住民族基本法之授權意旨。尤以，該判決直指：個別原住民為其所屬原住民族及部落的構成員，維繫、實踐與傳承其所屬原住民族及部落的傳統文化；另一方面，原住民族及部落為個別原住民的根基與歸屬，經由自治保障個別原住民的文化認同與生活方式，二者互為表裡，缺一不可。國家不得任意重組原住民族及部落的構成員，進而侵蝕原住民族及部落的自治權與文化權。換言之，在《原住民族基本法》所保障「原住民族核心權利」之集體權論理，諮商同意辦法應尊重各部落依其傳統習慣及隨時間演進而推陳出新的自治方式，對其構成員的範圍與形成應有認定與設立基準的權利（對國家而言）與權限（對個別原住民而言）。

爰此，謹就在「原住民族核心權利」範疇，原住民族之定義及其成員之規準，試擬如下原則性規範：

原住民族係指國家建立之前，既存於臺灣的傳統民族。

原住民族有權依其法律傳統及習慣規範，決定其民族識別及其成員身分。

原住民有權依照前項規定，取得該原住民族身分，不得有任何形式的歧視。

再則，關於「原住民個人之積極（優惠）性差別待遇措施」的立法策略，以臺灣的現況來說，「原住民」的概念、意義與法律地位對於臺灣社會大眾而言，仍多是陌生的、是片段的、是不完整的，而多數的非原住民朋友是持續藉由國家過往的政策思維與內容所傳遞之訊息，作為理解「原住民」之實像。由於全球原住民族均經歷類同的殖民式治理，不問是國際組織（如聯合國、美洲國家組織）的官方報告，或是各國原住民族社會經濟狀況調查，包括臺灣在內，原住民多被歸類為最貧窮與最邊緣化的社群。就臺灣原住民與漢人族群間之社會經濟指標予以比較觀察，則有許多類似困境似乎是大部分原住民族人所普遍共同面臨的，例如：就教育層面而言，原住民的教育程度遠低於漢人族群；就健康層面而言，原住民的罹病率與死亡率高於漢人族群，平均壽命則遠低於漢人族群；就家庭層面而言，原住民之單親家庭與其他弱勢家庭所佔的比例皆遠高於漢人族群；就經濟層面而言，原住民的失業率以及貧窮率都遠高於漢人族群。綜整性來說，臺灣原住民與本地其他族群相較，顯示出依賴人口比高、失業率高、酗酒人口比例高等三高，以及教育低、所得低與壽命低等三低，甚至福利資源少、醫療資源少、就

業機會少等三少之福利弱勢狀態。由此延伸成為國家政策與非原住民共同構織對於「原住民(族)」概念的弱勢認知，對照總統道歉文所指：臺灣號稱「多元文化」的社會。但是，一直到今天，原住民族在健康、教育、經濟生活、政治參與等許多層面的指標，仍然跟非原住民族存在著落差。同時，對原住民族的刻板印象、甚至是歧視，仍然沒有消失。

回到 111 年憲判字第 4 號判決實體理由來看，以「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」為原住民與非原住民結婚所生子女取得原住民身分之要件，大法官並未絕對否定亦無全盤否決此一要件之立法目的，包括「促進原住民文化認同」及「確認國家給付行政之範圍」，惟在限制手段與規範目的間之關聯性，認為此一要件是否真有助於促進原住民文化認同，實有疑問；要求「先從姓或取名，而後才有身分」之限制手段，也明顯並非侵害最小之限制手段。爰此，在立(修)法的考量上，究應有如何的論理，謹以吳秦雯的研究所指供參：

一個國家如欲採取優惠性差別待遇之措施，首先應觀察歷史上、社會上或經濟上弱勢的團體、界定其範圍，接著依據形式、統計與個別平等的抽象化方式，採取得以影響結果之措施；而此等措施因為實施的結果上，有助於對所有社會上與經濟上弱勢團體成員，或是過去或現在承受社會差別或歧視的方式或結果者，建立一個實踐上完整與真實的平等，因此方該當為可被接受、受到正當化的差別待遇³⁹。

綜上，本文謹試擬如下原則性規範：

法律名稱：原住民身分福利與權益保障法

立法目的：促進原住民文化認同，保障原住民平等參與社會、政治、經濟、文化等之機會，積極扶助原住民自立並促其發展。

規範準則：本法所定事項，主管機關及目的事業主管機關應就其權責範圍，針對原住民之需要，尊重原住民族或部落文化差異，主動規劃辦理。

³⁹ 吳秦雯(2017)，〈「優惠性差別待遇」概念之接受、適用與轉化——以我國與法國之「性別」作為優惠標準之比較為中心〉，李建良主編，《憲法解釋之理論與實務第九輯》，頁 372。



**【主題討論（三）原住民身分法的立法進路】原住民身分與待遇於
立法上的考量**

胡博硯 教授 | 東吳大學法律學系



原住民身分與待遇於立法上的考量*

胡博硯 東吳大學法律學系專任教授

壹、前言-從憲法爭議看起

這兩年大概是原住民法制變動非常大的兩年，但主要的變動並不是發生在法律的變動，或者是行政措施的變革，而是來自司法者的決定。從司法院大法官時期的釋字第 803 號解釋、810 號解釋到憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決，而未來還有平埔族身分的判決即將宣判。而不僅是憲法法庭的判決，最高法院 108 年度台大上字第 1636 號裁定，原住民族保留地借名登記的問題因違反民法第 71 條規定而無效。臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1509 號判決認為諮商取得原住民族部落同意參與辦法違反原住民族基本法的規定，這些裁判的出現都使得原住民族法制進到一個新的境界。不過，在憲判字第 4 號判決後，未來原住民族身分與待遇的問題都會成為一個新的關注焦點。本文打算從過往在處理平等原則與原住民法制的立場出發，然後就憲判字第 4 號判決所提出的要求做討論。最後去提出未來在待遇上可能需要考量之。

貳、憲法中原住民族的規範

一、憲法本文與增修條文規範

有關族群或者是種族的問題，在憲法中其實是有明確規範的，憲法第 5 條與憲法第 7 條分別規定了，「中華民國各民族一律平等。」；「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」前者的部分乃是在憲法的總綱中規範，後者則是人民基本權利的第一條規範，就此來看，可以知道憲法立法者把種族平等放在憲法當中很高的地位。所以基本權利第一條標明了平等要求，在總綱討論國家基本原則時也有一律平等的規定。不過這個 1947 年的憲法規範重視的乃是人類學意義上的種族，而非社會認同上的族群。兩者在法律意義上是否相同仍有討論空間，但這個問題並非本文關注的重點。但由於上述的規定，族群平等還是憲法當中的必然要求，不過怎樣達成所謂的平等就會是個難題。

而這部憲法並沒有思考過臺灣自身的問題，因此後來有了增補，也就是我們的憲法增修條文規定。而憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 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。」；「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

* 論文初稿，引註等尚待補充。



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。」在這樣的規定下，維護原住民族語言文化，保障原住民地位與政治參與，並且對教育文化等事業的扶助似乎成為了國家的任務，只是這個條文並非憲法基本權規定，而是出現在基本國策的條文，能否有基本權的效果不無疑問。但是基本權的效果，乃是指人民對國家的請求權，但即使對國家沒有請求權規定，不代表國家就沒有行為義務。至少，這上述的條文形成了立法委託的要求。原住民族語言發展法第 1 條就指出，「原住民族語言為國家語言，為實現歷史正義，促進原住民族語言之保存與發展，保障原住民族語言之使用及傳承，依憲法增修條文第十條第十一項及原住民族基本法第九條第三項規定，特制定本法。」當然還有原住民族基本法的規定，所以這個憲法增修條文不能單單的視為方針條款。

不過，由於憲法上規定的要求，就有一件事情要先去釐清，即原住民或者原住民族到底何所指？這個在憲法本身也沒有規定。但除了上述憲法增修條文第 10 條第 11 與第 12 項的規範外，最重要的還有一個民意代表席次中的規定，也就是憲法增修條文第 4 條規定了原住民立委的席次。也因為如此，是否為原住民身分的問題，不僅只是後面扶助措施的問題，還牽涉到政治的參與權。對此，原住民族基本法第 2 條規定的原住民族，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。而原住民則是該民族之個人，從這條文就知道，是否為原住民族還要行政院來決定，也因為尚且由行政院核定的規定，所以原住民族的數目是在增加當中，而亦有可能此前沒被認定族群其後被認定者，所以目前為 16 族。但這些被認定的族群，其實多是本來認定為其他族群，其後才做獨立的認定，例如卡那卡那富族、拉阿魯哇族本來就被認定為鄒族，2014 年始被認為第 15 及第 16 族

¹。但這樣的認定，其實只是族群別的改變，近幾年來挑戰的議題則是原來不被認定原住民族的平埔族群，以及依據原住民身分法上沒有被認定為原住民者，而後者最後憲法法庭做成了憲判字第 4 號判決。

二、優惠性差別待遇的審查

傳統上面來說，關於處理不同種族間的待遇問題，所牽涉到就是平等原則的

¹ 卡那卡那富族，<https://www.cip.gov.tw/zh-tw/tribe/grid-list/91A2A514F76BAEACD0636733C6861689/info.html?cumid=8F19BF08AE220D65> (最後瀏覽日:2022 年 9 月 11 日)

問題，而且對於特別種族的特定待遇，都會牽涉到優惠性差別待遇(affirmative action)的議題。優惠性差別待遇的概念乃是從美國法而來，該概念最早並不出現在法院的判決當中，而是美國總統甘迺迪(John F. Kennedy)在1961年發布的第10925號總統行政命令(Executive Order)。經典憲法分析可見美國最高法院 Bakke 案的見解²，而在美國法上其實也有不同的稱呼，國內也有很多文章在介紹該概念，除了優惠性差別待遇外，也有稱為積極糾正待遇³、積極平權措施等不同名稱者⁴，本文在此無須贅述⁵。不僅是學理上的說明，其實在國內的實務見解當中也有引進該概念。

司法院大法官釋字第 649 號解釋是最早指出法令中優惠性差別待遇之解釋。該號解釋理由書中指出，「九十年十一月二十一日修正公布之身心障礙者保護法第三十七條第一項前段規定：『非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。』（下稱系爭規定，九十六年七月十一日該法名稱修正為身心障礙者權益保障法，系爭規定之『非本法所稱視覺障礙者』，經修正為『非視覺功能障礙者』，並移列為第四十六條第一項前段，規定意旨相同）係以保障視覺障礙者（下稱視障者）工作權為目的所採職業保留之優惠性差別待遇，...」。而在該號解釋上認為針對工作權的限制，「所追求之目的為重要公共利益，所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制，且有助於視障者工作權之維護，而與目的間有實質關聯者，方符合平等權之保障。」而大法官認為國家保障視障者工作權確實具備重要公共利益，其優惠性差別待遇之目的合乎憲法相關規定之意旨，但是在手段上用禁止非視障者的工作權，顯然在手段上予目的不符合實質關聯之要求。但要怎樣修正，大法官在這號解釋的理由書最後也建議，「保障視障者之工作權，為特別重要之公共利益，應由主管機關就適合視障者從事之職業予以訓練輔導、保留適當之就業機會等促進就業之多元手段採行具體措施，並應對按摩業及相關事務為妥善之管理，兼顧視障與非視障者、消費與供給者之權益，且注意弱勢保障與市場機制之均衡，以有效促進視障者及其他身心障礙者之就業機會，踐履憲法扶助弱勢自立發展之意旨、促進實質平等之原則與精神。」

另外一個優惠性差別待遇的案例是司法院大法官釋字第 719 號解釋，本號解釋的標的是原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項規定：「依政府採購法得標之廠

² Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S., 265(1978).

³ 焦興凱，美國勞工法上就業問題之最新發展，美國研究 20 卷 2 期，1980 年，頁 51-116

⁴ 廖元豪，種族積極平權措施（Race-Based Positive Action）與平等原則的關係——歐洲角度的評析，發表於：中央研究院歐美研究所（主辦），《歐洲人權學術研討會》，2004 年，頁 1 以下。

⁵ 相關討論可參見黃昭元，從釋字第 649 號解釋看優惠性差別待遇的合憲性審查，立憲國家之課題與挑戰：許志雄教授六秩華誕祝壽論文集，2014 年，頁 161-188。涂予尹，我國原住民族學生升學優待措施的評析，中研院法學期刊第 10 期，2012 年 3 月，頁 307-308。

商，於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一。」同條第 3 項規定：「得標廠商進用原住民人數未達第一項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。」與政府採購法第 98 條規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，……應繳納代金……。」其百分之二係包含身心障礙者及原住民至少各百分之一（身心障礙者權益保障法第三十八條第一項、第二項、政府採購法施行細則第一百零七條第二項規定參照；有關原住民部分併稱系爭規定）。系爭規定要求國內員工總人數逾一百人以上之政府採購得標廠商（下稱得標廠商），於履約期間須進用原住民總人數不得低於百分之一（下稱進用一定比例之原住民）在本號解釋中，大法官援引了憲法第 5 條、增修條文第十條第十二項之規定以及聯合國原住民族權利宣言 (United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007) 第 21 條第 2 項前段：「各國應採取有效措施，並在適當情況下採取特別措施，確保原住民族的經濟和社會狀況持續得到改善」及國際勞工組織原住民和部落人民公約 (Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)) 第 20 條第 1 項：「各國政府在適用於一般勞動者之法律無法對原住民族提供有效保障之情形，應於各該國法令架構下，與原住民族合作，採行特殊措施，以確保原住民族所屬勞動者在受僱及勞動條件上受到有效保障」。而以上開規範去確定原住民族工作權保障法的目的乃是重要公共利益，而其後又審查限制措施是否符合比例原則的要求，而限制的措施與要達成的重要公共利益，也就是原住民族就業的促進，是否有實質關聯。而國家採取的措施，大法官是有做過討論的，而不是囫圇吞棗的就認為具有實質關聯。對此，大法官認為，「系爭規定乃規範於政府採購制度下，以國內員工總人數是否逾一百人為分類標準，使逾百人之得標廠商，於履約期間負有進用一定比例原住民，以及未達比例者須繳納代金之義務，在政府採購市場形成因企業規模大小不同而有差別待遇。按系爭規定所以為差別待遇，係因國內員工總人數逾百人之廠商，其經營規模較大，僱用員工較具彈性，進用原住民以分擔國家上開義務之能力較高；且系爭規定所為進用比例為百分之一，以百人為差別待遇之分界，其用意在降低實現前開目的所為差別待遇造成之影響。至於此一差別待遇對於目的之達成，仍應有合理之關聯，鑑於現今原住民所受之教育及職業技能訓練程度，通常於就業市場中之競爭力處於相對弱勢，致影響其生活水準，其所採取之分類與達成上開差別待遇之目的間，具有合理之關聯性。」

但是在這號解釋，大法官對於原來的這些規定還是提出了警告，要求立法者要去與時俱進。對此，大法官認為，「國家所採取原住民族之保障扶助發展措施原有多端，系爭規定要求得標廠商於履約期間進用一定比例之原住民，亦屬其中

之一環。然因此所能提供者，多屬短期或不具技術性之工作，難以增進原住民長期穩定之工作機會及專業技能，國家仍應透過具體政策與作為，積極實踐上開憲法增修條文對於原住民族工作權之保障，並應就該積極優惠措施，依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需求，定期檢討修正。又得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制。有關機關應依本解釋意旨，就政府採購法及原住民族工作權保障法相關規定儘速檢討改進。」而這個檢討改進的部分卻成為了釋字第 810 號解釋宣告原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定違憲的重要依據。

三、小結

從上述的各項見解，我們可以了解到一件事情，在相關概念的繼受上，我們接受了美國法關於平等原則的審查方式與審查基準。雖然有爭議，但從上面的實務見解來說，就優惠性差別待遇的審查上，首重目的為重要公共利益，而這一點就歷來的解釋促進身心障礙者人士的就業、原住民的就業等問題均可以符合上述重要公共利益的要求。但是在手段上面還是要通過比例原則的審查，而這裡的手段要求，大法官要求要細部操作，且必須要隨時間而更新，並且該手段可以促進目的。這點也是司法院大法官釋字第 649 號解釋與釋字第 810 號解釋將身心障礙者權益保障法以及原住民工作權保障法宣告違憲的重要依據。

參、 111 年憲判字第 4 號的啟示

上述關於實務見解的說明，雖然有牽涉到原住民相關的權益，但國家整體還在一個平等權脈絡下討論，而在這個脈絡下討論的是不同對比者於權益上的差別對待。但憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決乃是不涉及權利而先涉及到權利劃分的前階段問題，也就是誰可以擁有原住民族的身分，所以如果以優惠性差別待遇等關鍵字去查找，反而會查不到該判決。

一、111 年憲判字第 4 號的審查脈絡

111 年憲判字第 4 號判決的審查標的為，原住民族身分法第 4 條第 2 項規定⁶，該規定為「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」在這樣的規定之下，倘若原住民與非原住民結婚則其所生之子女是必須要從原住民父或母的姓或者是傳統姓名時始為原住民。而聲請人的狀況就是屬於子女未從原住民之父母姓者，這些人是具有血緣者，但依據該條文並沒有取得原住民的身分。在這號解釋中雖然還沒有涉及到

⁶ 尚有第 8 條推定，但第 8 條規定之內容為準用第 4 條第 2 項，因此標的實為第 4 條第 2 項規定。

原住民權益的問題，但在身分上面處理的第一個問題不該是資源分配，而是在原住民身分認同，所以倘若將這個問題與權益相連結，這個邏輯顯然過於跳躍。大法官也認為，文化認同才是重點。對此，該判決理由中有說明，「查人包括原住民之血統係先於憲法、法律存在之自然事實，應受憲法高度保障。遍查原住民身分法全文，又沒有任一條述及國家給付行政具體內涵，且給付行政之內涵係給與符合給付條件之人民優惠，所涉及者為國家資源之分配，以此目的與本件所涉及原住民身分認同權等受憲法保障之基本權之限制相較，原則上尚難認係特別重要公益。就上開目的之後者而言：考量我國原住民族之特殊歷史地位及憲法增修條文之特別保障，上開追求文化認同之目的應認係特別重要公益。」

但是沒有從姓是不是沒有認同，成為了爭執的焦點。大法官在此認為「從具原住民身分之父或母之姓」部分是否亦有促進認同之效果，是有疑問的。大法官認為姓名只是促進原住民認同的方法之一並且過分形式。即使有這個姓名，但沒有養成過程也未必對原住民文化之認同，因為認同之形成及持續，需要有相關之養成、學習或生活過程。而這種先承認其身分，再要求培養認同，大法官認為並非侵害最小之限制手段。

當然，對於原住民族身分法第 4 條第 2 項規定以及憲法法庭判決，於原住民社群中有很多不同的意見，有認為贊成者，但也有認為姓名連結認同問題，唯有透過從姓才可以維持傳統的社群體系⁷。

二、大法官的弦外之音

承前所述，憲法法庭的判決並不是直接針對原住民的資源分配去做討論，甚至也表明了，認為身分法的目的在於文化認同。不過，卻有很多討論將這個部分去跟原住民資源問題做連結，學者陳淑倬即認為關於原住民身分的問題就是原住民資源的問題，例如原住民保留地的繼承問題⁸。而最高法院 108 年度台大上字第 1636 號裁定，原住民族保留地借名登記的問題因違反民法第 71 條規定而無效，最高法院的見解顯然認為山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限」，及依該條第 6 項授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限」等規

⁷ <https://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/3844638> ;
<https://tw.news.yahoo.com/news/%E5%8E%9F%E4%BD%8F%E6%B0%91%E8%BA%AB%E5%88%86%E9%87%8B%E6%86%B2%E6%A1%88-%E5%BE%8B%E5%B8%AB%E5%AD%B8%E8%80%85%E8%A6%8B%E8%A7%A3%E7%9B%B8%E5%B7%A6-122647665.html>(最後瀏覽日:2022 年 9 月 10 日)

⁸ <https://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/3804404>(最後瀏覽日:2022 年 9 月 11 日)

定，應該為所謂的強制禁止規定，違反者其法律效果即為無效。而這個權利與義務應該是要服膺的，倘若不願意傳承，卻享有權利，如此一來恐怕針對會對原住民社群造成更嚴重影響。

但大法官也不是天真地都沒有想像到資源分配的問題，在憲判字第 4 號判決中最後的一段旁論中，大法官其實就針對我們所擔心的問題提出建議。大法官指出，「原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。又關於原住民族群文化認同之客觀表達方式本屬多元，原住民身分法立法當時決定就系爭規定一之情形，所採用之從姓或原住民傳統名字，充其量僅係其中一種身分認同表徵，並非唯一。且因原住民族地位較為特殊，衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。再就認同程度言，雖可能因人而異，惟應與父母雙方均為原住民或僅一方為原住民之差異間尚無必然關聯。是如相關機關本於有限資源合理分配考量，欲以族群文化認同強度作為具原住民血統者，所得享有各項原住民優惠措施之高低準據，尚屬立法裁量範疇，但依憲法第 7 條保障平等權之意旨，仍不應以父母雙方均為原住民或僅一方為原住民作為區別標準，均併此敘明。」大法官在這段旁論中將原住民身分與優惠措施做了分離，而立法者在這邊的裁量權被承認了，可以針對優惠措施的性質去做劃分。另外，在有關原住民身分的決定，從姓或者是傳統名字應該不是唯一的表徵，各原住民族應該有決定權，但大法官要求這個決定不能只考量父母兩人是原住民或是僅一方為原住民做差別對待，而除去此一條件問題，關於各種不同的優惠措施還是立法裁量的一部分。

肆、 原住民優惠待遇的立法問題

111 年憲判字第四號判決雖然被認為是一個吹皺一池春水的判決，但該判決做完後，除了必須要面對原住民身分法如何修正的問題外，最重要的議題莫過於未來優惠待遇的調整問題，而在這裏就落在了立法者的身上。

一、權力分立下立法權的功能

傳統的權力分立當中，立法者往往扮演著保護人民的角色，因此法律保留一事是如此的重要，當然這除了基於法治國上基本權的保障要求外，傳統上立法者的民主正當性也是使他可以扮演這樣角色的重要原因。但是倘若沒有要侵害人民權利的時候，立法者的地位似乎就不那麼重要了。不過，這個觀點現在也不是如此的適當，因為現行的權力分立並非是傳統的抗爭式的權力分立，毋寧被稱為動

態式的權力分立，基本上來說就是找尋處理該事務的最適當機關，這個部分在行政與立法間的分立是如此，司法的審查也是如此，所以才會有不同審查密度或審查基準的問題⁹，因此也有人稱之為最適功能下的權力分立¹⁰。這個原來處理德國法上權力分立關係的理論，慢慢地也被我國實務見解所接受，司法院大法官釋字第 585 號解釋中，關係機關立法院就主張：一、本件聲請無關立法委員行使職權適用憲法發生疑義，或適用法律發生有牴觸憲法之疑義，不合聲請要件，不應受理解釋。二、依法律合憲性解釋原則，真調會條例整體或部分內容均未違憲：(一) 真調會之機關屬性：基於權力分立與機關功能最適原則、機關任務功能分配原則，權力之配置，應配置於功能上最適當、追求效能之機關擔當。我國憲法無行政保留領域，未明文禁止類似真調會之機構，立法院有權為此種立法。但這個理論並沒有正式的出現在司法院大法官的見解中。不過，111 年憲判字第 9 號判決的理由書中就有一段，「憲法解釋上，應承認並保障行政機關於所屬公務人員發生特定之法定事由，且情節重大時（包括不能勝任、嚴重妨礙公務之有效施行或其他重大失職行為等），得依正當法律程序，予以考績免職。反之，如完全剝奪行政機關對所屬公務員之免職權，反與機關功能最適原則有悖，而有違反憲法權力分立原則之虞。」機關功能最適原則正式出現在大法官的眼裏面。

而立法者相較於行政機關，其民主正當性較高，議員來自不同選區代表全國的民意，再加上立法程序相較於行政程序更為的縝密，有三讀與委員會的審查程序，而法律本身屬於它的產物，於位階上更高於行政命令¹¹，因此對於影響人民權益重大的事務，應該由立法者來決定。對此，司法院大法官釋字第 443 號解釋解釋理由書就提到了，「又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」

雖然由立法者可以來決定給付行政措施應該要怎樣處理，但絕對不代表其可以亂決定，尤其在這裡就會必須要對於差別待遇有個合理化的事由出現，這點不管從禁止恣意或者是從比例原則上面來說都是有意義的¹²。

不過，立法者還要面對的就是審查基準，我國向來沿襲著美國法的見解，在處理有關種族的問題上，可能會採取嚴格的審查基準¹³。但也有學者以為，在處

⁹ 黃舒芃，什麼是法釋義學-以二次戰後德國憲法釋義學的發展為借鏡，2020 年 8 月，頁 113。

¹⁰ 蔡宗珍，我國憲法解釋中的權力分立圖像，憲政時代第 40 卷第 4 期，2015 年 4 月，頁 491 以下。

¹¹ 黃舒芃，什麼是法釋義學-以二次戰後德國憲法釋義學的發展為借鏡，2020 年 8 月，頁 113。

¹² 陳愛娥，公法學的任務與路徑，陳愛娥教授榮退演講演講稿，2022 年 9 月 14 日，頁 6-7。

¹³ 郭介恒，美國性別平等之違憲審查基準，收錄於二十一世紀公法學的新課題：城仲模教授古稀祝壽論文集（憲法篇），2008 年，頁 317；許育典，原住民升學優待制度的合憲性探討，中原

理優惠性差別待遇時，並不需要到嚴格的審查基準，毋寧在中度的審查基準就已經足夠¹⁴，而基於憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項的要求，採取中度的審查基準，甚為合理¹⁵，換言之，這裡所追求的公共利益應該為重要的公共利益，而手段與目的間應該要有合理關聯性，這樣的審查基準其實也出現在我們 111 年憲判字第 4 號的判決當中。

二、立法者要考量的點是什麼

大法官在 111 年憲判字第 4 號判決中，其實承認了立法者可以將身分與權益來做劃分，但唯有的例外就是，不能以父母一方或雙方為原住民作為考量點。對此，大法官指出，「是如相關機關本於有限資源合理分配考量，欲以族群文化認同強度作為具原住民血統者，所得享有各項原住民優惠措施之高低準據，尚屬立法裁量範疇，但依憲法第 7 條保障平等權之意旨，仍不應以父母雙方均為原住民或僅一方為原住民作為區別標準，均併此敘明。」不過，這個部分其實從 111 年憲判字第 4 號的邏輯上來說，應該是必然之理，因為該判決已經要求在身分上面不能因為父母親一方或雙方為原住民來做差別，倘若在權利上做這樣的差別對待，則顯然就是挑戰該判決的主文了。

而在過往大法官在處理平等原則上，最終還是會以比例原則做為最終的切入點。但為何要差別待遇，還是要有特定之目的要求。這點在 111 年憲判字第 4 號是如此，在司法院大法官釋字第 649 號等解釋也是如此。雖然審查似乎都會通過，但大法官就是會進行審查。所以要做優惠待遇時，首先還是要問，目的是什麼？立法的目其實對後面的審查也有很重要的意義，陳愛娥教授就認為，「用以聯結事物差異與差別待遇者，乃是立法目的；因為法律目的決定法律的規範對象以及，為實現規範目的必須採取何種差別待遇。」¹⁶。

而這裡就可能要緊扣著憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 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。」；「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。」而倘若目的是如此，則如何以合理的方法去達成呢？至少這裡的扶持措施應該是針對原住民族，而如何連結個人與部落、族群，使這個扶持措施是有意義的，就是個大哉問。因為從這兩個條文的文義解釋上來說，

財經法學第 34 期，2015 年 6 月，頁 31。

¹⁴ 廖元豪，「優惠」弱勢族群：不公平競爭？實質平等？，月旦法學教室第 25 期，2004 年 11 月，頁 10-11。

¹⁵ 許育典，原住民升學優待制度的合憲性探討，中原財經法學第 34 期，2015 年 6 月，頁 77。

¹⁶ 陳愛娥，公法學的任務與路徑，陳愛娥教授榮退演講演講稿，2022 年 9 月 14 日，頁 7。



這兩個條文乃是賦予國家要去扶持原住民族，而非特定的原住民，這點也是本條文不被認為具有基本權上主觀公權利的理由之一。傳統以來的基本權理論並沒有集體權的思考，換言之，本來的基本權都是植基在個人身上¹⁷。但憲法增修條文的出現，還是有讓集體權出現在我國法制上的機會。不過，這個原住民族的集體權跟個人權利上，就必須要有所連結。

例如在日本北海道二風谷訴訟判決(Nibutani Dam Decision of 1997)中，阿伊努族人原告貝澤耕一與萱野茂作為反對土地徵收之給予地所有權人，向札幌地方法院提起取消徵收裁定之訴，其訴訟理由係：水壩建設將使阿依努族聖地沉入水底，破壞阿依努族之文化。因而法院審理之爭點即包括，系爭水壩之土地徵收是否侵害阿依努族之民族利益¹⁸？即係以個人的權利去連結群體，落實集體權的觀念。而反之，如果要讓這個觀念落實，就可以散布在個別的人民身上，因此集體權對於原住民個體的連結，需要立法者去合理化，但很多部分的權利可能還是得回到部落與民族上面。

另外，對於個人權利的給予要做細部的調控，而非整體全面性的考量。而大法官在這顯然給予了個別的不同待遇可能，則傳統以民族為單位的作法，就可能要去細部的去做劃分，而去做出原則與例外的區別。傳統的扶助措施，例如就學或就業的部分，就可能要去思考個人權利與家庭狀況、所在地區等，而去做不同的對待。而在緊扣著憲法增修條文內容的同時，也必須要去思考傳統上無差別的給予，有沒有達成憲法的要求？例如在衛生醫療的扶助措施上面，與健保費的補助連結之處到底是什麼？而原住民由於平均壽命與其他國民仍有差距¹⁹，以至於國民年金或者疫苗注射等待遇的年齡不同，此時我們應該思考的是強化醫療社會的扶助措施，以促進原住民的醫療待遇，而不是讓這個差距變成降低發放年齡的理由。與時俱進的措施是必要的，這點也是大法官在釋字第 649、719 與 810 號解釋所強調的，釋字第 719 號解釋中的這段文字也明白指出：「積極實踐上開憲法增修條文對於原住民族工作權之保障，並應就該積極優惠措施，依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需求，定期檢討修正。」其實對於立法者在處理這個優惠措施來說，就是一件很重要的要求，必須要依據國家與社會的時空環境來定期修正，倘若一個措施實施很久卻不能達到目的的時候，應該要去思考的問題是該手段到底是否是正確的。而優惠措施更不可能一直是合憲的，也許在推

¹⁷ 參見李欣儒，原住民族集體權初探－以文化權為核心，臺灣原住民族法學第 6 期，2019 年 6 月，頁 49。

¹⁸ 參見李欣儒，原住民族集體權初探－以文化權為核心，臺灣原住民族法學第 6 期，2019 年 6 月，頁 63。

¹⁹ <https://www.appledaily.com.tw/politics/20200601/4SQMOTRDZS47N22LYAHSVELUSM/>(最後瀏覽日:2022 年 9 月 11 日)



出之時是合理的，但隨著時間變化就不同了，針對按摩業的司法院大法官釋字第 649 號解釋，大法官就說了，「在視障者知識能力日漸提升，得選擇之職業種類日益增加下，系爭規定易使主管機關忽略視障者所具稟賦非僅侷限於從事按摩業，以致系爭規定施行近三十年而職業選擇多元之今日，仍未能大幅改善視障者之經社地位，目的與手段間難謂具備實質關聯性，從而有違憲法第七條保障平等權之意旨。」上述的文字說明，用在原住民的優惠差別待遇措施上面也適用的，有些措施一用多年到底能達成什麼效果，應該要做精細的討論。

而倘若在這裡做不同的對待，筆者以為，在面對未來可能的憲法審判時，因為涉及到的並非像族群或種族的區別，毋寧可以是在這個群族內部的人去做劃分，如審查基準上面可能面對的是中度甚至是合理的審查基準，而在此之下立法者做出合理選擇的機會將更高。關於這點，如果不是從傳統我們處理平等原則的美國理論立場出發，而是從動態權力分立上以最適機關功能理論來做討論，關於資源分配的問題，立法者的形成空間應該要更為廣大。

伍、展望

當要去針對不同的個體去做差別對待時，往往是一個動輒得咎的工作，但這個工作必須要落在立法者的頭上，或者更正確的說，這個一定是政治部門的決定，亦即只有它們才可以享有決定的空間。因為司法機關基於其性質，僅是基本權的最終守護者，但卻不是資源的分配者，在這個情形之下，立法者就要承擔其不可承受之重。但相對於司法機關，立法者有資源去做細部調控，這個也是其不可迴避的責任。



【綜合座談會會議實錄】



【主持人】鍾興華/原住民族委員會副主任委

第一場次的「原住民保留地借名登記買賣」非常精彩，不管是實務界的或是我們處長以二、三十年土地處理經驗報告。上一場有關釋憲影響，談到有關原住民身分的部分，憲字 4 號判決是否影響到日後 10 月 28 號平埔族的判決，包括最後一場立法的進路，原住民身分法何去何從？今天的議題都非常的重要，涉及了原住民有關土地的權益跟身分的權益。這一場謝謝我們幾位老師及在座各位，現在開放給各位討論。

【提問人】

大家對於憲法判決的解讀上好像有一些誤解，大法官的解釋是不能以姓名作為唯一的認同表徵選項，而不是不可以以它為認同表徵。我特別想要問曾興中專門委員在歷史情境裡面，民國 48 年第一次登記、52 年第二次登記，原住民可以登記的時候，到底有沒有原住民去登記？平埔族群的夥伴也一直再強調，有沒有被充分通知登記？如果這個歷史的錯誤沒有辦法被解決，現在回頭說當時沒有登記的歷史已經是既成事實，原民會為何不重新開放登記？

【提問人】

我是鄭川如憲判字第 4 號的訴訟代理人，當事人是我女兒。這個訴訟是從二十幾年前開始醞釀，是發生在我身上的故事，但沒有出現在資料裡，所以所有人都不曉得為甚麼我會提這個訴訟案。好像我已經嫁給漢人，生活過的那麼好，為甚麼還要跟辛苦的原住民搶資源？我收到很多這樣的訊息。

我在 1979 年出生，受的教育是同化教育，我們被教育成要做堂堂正正的中國人。我真正開始認識原住民是在我大學畢業出國後，大學畢業之後 2003 年到美國亞歷桑納大學就讀原住民法律與政策的碩士專班。在碩士專班裡大部分都是美國的原住民、加拿大的原住民、澳洲的原住民、紐西蘭的原住民，世界各國的原住民，我是唯一一個的台灣人。上了一個學期的 Indian Law，美國從 1774 年建國之後，就一直透過戰爭燒殺擄掠印地安人。把他們趕到沙漠地方，美國政府留了一些最殘破不堪、沒有資源的土地，那個叫做保留地，叫他們待在那邊。經過了一百多年的殖民統治之後，當時的美國印地安事務部部長發現，他們快要滅絕了，1934 年的時候通過了 Indian Reorganization Act，這個美國重組法的內容就是要讓部落自治。希望印第安人能夠重新復振起來，他讓每一個部落去決定誰是部落成員 tribal membership 的概念。美國從 1947 年到 1971 年真正的自治，現在有 574 個部落，每個部落有自己的政府、學校、警察，甚至有自己的法律。美國的同學問我，你們台灣的印第安人怎麼樣？台灣的原住民權利怎麼樣？我當時就語重心長



的說：「大概落後你們一百年左右吧！不知道有沒有辦法追上？」

對我來說原住民身分法本身是殖民統治者，統治原民的手段，這個法律本身是有問題的。原住民部落、原住民族自己能不能去決定誰是成員？如果我們的部落沒辦法決定誰是族人，要如何去實踐原住民自決、自治？謝謝。

【提問人】

要認同原住民身分、取得原住民身分的人，要怎麼取得一個客觀的表徵，作為判斷的基礎？我們為甚麼不反問，中華民國政府要做出甚麼樣的具體客觀行為，才能讓我們知道你是真正尊重多元、原住民的？所謂原住民或原住民族始終是一個想像名詞、一個政治名詞。不管去提任何血統、血量、一滴血，我覺得都很荒謬。比如一個成年人到美國取得居留權，取得美國身分，難道是他成年後突然發現他身上有美國的血統嗎？甚至美國這個組成民族，根本沒有血統可言，它都是外來者，對不對？原民會應該要做一件事情，一個人想要當原住民的話，要去申請原住民好寶寶卡，你集到一定的點數之後，就可以換取所謂給付行政的優惠措施，到一定的點數之後，你可以取得期間的法定原住民身分。最高榮譽也就是要取得永久的原住民身分，你就必須要為原住民做性命的犧牲，這呼應了我們知道的一句話：叫 The only good Indian is a dead Indian。對不對？那就非常荒謬了。

所以我想表達是，我們去談論這種根本就不應該由他者來決定的事情之前，我們到底有什麼方法？現在談行政法，確定什麼東西是行政的範圍，用排除甚麼樣不是原住民。剩下的我們再來慢慢做，我覺得這樣可能會比較快一點。包涵為了要護住既得利益者，排除那些曾經跟他們一樣遭遇的，比如說平埔族群的正名，我覺得是非常荒謬的一件事情謝謝。

【提問人】

我是卑南族自治促進會的成員，想要請教 Awi 教授跟興中專委，假使 10 月 28 日西拉雅案被判不合憲，那併到川如老師的案子，又回歸到大法官講到民族自決的部分，並不是每個族群都有類似的機制可以馬上審核族群或部落成員。現行有一萬多人已取得法定原住民身分，可是沒有族別的、沒有族籍的這些人何去何從？

【提問人】

我覺得有一個議題大家沒有去凸顯：資源有限論，比如說原住民人數變多了，資源或者原住民的優惠，因為資源有限所以人不能多嗎？平埔族全部都進來，原住民變成一百五十萬也是一個策略。謝謝。



【與談人】曾興中/原住民族委員會專門委員

為甚麼有些人沒有族別呢？因為從前的歷史就是先有原住民身分，有了原住民身分法之後，才叫族人去登記族別。有些人去登記，有些人沒去登記。法制史就是先有身分後有族別登記，有些可能是漏未登記。

假設西拉雅案釋憲違憲的話該如何？就看大法官如何說。剛剛提到是不是有充分通知，在西拉雅訴訟案高等行政法院審理過程中有提過，這個是有爭點的。最後法院的判定認為，沒有證據證明沒有完整通知。真正的問題是今天如何彌補這件事情？所以修法把身分法修掉，讓平埔族來當平埔原住民，這就是當時我們立法的構想，但是很遺憾立法院沒有共識所以沒有完成。

最後我一定要講，我覺得鄭老師提這個訴訟案，是合情合理的，法律或者是憲法賦予我們的訴訟權，我們當然可以在法律的救濟制度當中爭取自己的權益，挑戰制度當中不合理之處。挑戰過程中可能會有不同意見的爭執、討論，都是良性的。大法官告訴我們這件事情是違憲的。我們就開啟一個新的政策說，這是一個好的方向。

【主持人】鍾興華/原住民族委員會副主任委

謝謝在座的各位的參與，一同關心原住民族相關權益與討論，我們會議順利圓滿成功。謝謝。



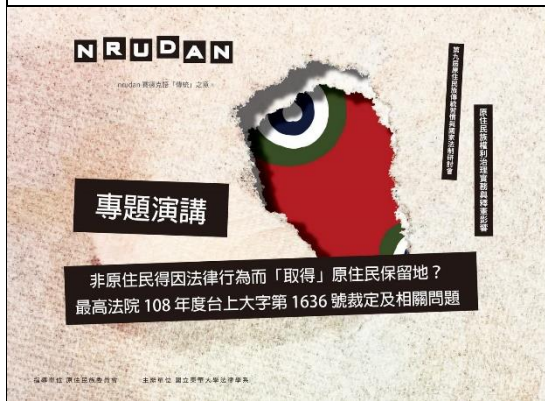
【綜合座談會會議影像】



第九屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會開幕式



第九屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會開幕式



第九屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會專題演講



第九屆原住民族傳統習慣與國家法制研討會專題演講



主題討論（一）原住民保留地借名登記買賣



主題討論（一）原住民保留地借名登記買賣



主題討論（一）原住民保留地借名登記買賣



主題討論（一）原住民保留地借名登記買賣



主題討論（二）原住民身分法的釋憲影響



主題討論（二）原住民身分法的釋憲影響



主題討論（二）原住民身分法的釋憲影響



主題討論（二）原住民身分法的釋憲影響



主題討論（三）原住民身分法的立法進路



主題討論（三）原住民身分法的立法進路



主題討論（三）原住民身分法的立法進路



主題討論（三）原住民身分法的立法進路



綜合座談



綜合座談



綜合座談



綜合座談



綜合座談



綜合座談



休息時間



報到區