

平埔族原住民族身分被剝奪的探討*

施正鋒

東華大學民族發展暨社工學系教授兼原住民族學院院長

Nonrecognition or misrecognition can inflict harm, can be a form of oppression, imprisoning someone in a false, distorted, and reduced mode of being.

Charles Taylor (1994: 25)

A word is not a crystal, transparent and unchanged, it is the skin of a living thought and may vary greatly in color and content according to the circumstances and time in which it is used.

Oliver Wendell Holmes, Jr. (*Town v. Eisner*, 1918)

平埔族向聯合國控告馬英九政府

從科學的證據來看，台灣的平埔族屬於南島民族（Austronesian）（李王癸，2010；Li, 2009; Moodley, et al.: 2009; Gray, et al.: 2009），只不過，原住民族身分一直不被政府承認。近來，「台灣平埔權益促進會」寫了一封信給聯合國大會所轄「人權理事會¹」（Human Rights Council）聘任的原住民族基本人權特別調查報告員²James Anaya³，控訴總統馬英九、行政院長吳敦義、以及前後任原住民族委員會主委章仁香與孫大川，未能積極處理其被剝奪的原住民族身分。根據相關媒體報導（楊久瑩、范正祥，2010），台灣平埔權益促進會理事長潘紀揚表示，

* 發表於台灣國際法學會主辦「原住民、文化財與國際法學術研討會——平埔族、烏山頭水庫與聯合國」，官田，烏山頭水庫西拉雅度假飯店國際會議廳，2010/10/31。

¹ 成立於 2006 年。自從中華民國政府退出聯合國以來，台灣長期就是國際社會的孤兒，在中國的蠻橫封鎖之下，相關的周邊組織根本無法正式進門，除非是更改國名，譬如使用「台澎金馬」（TPGM）關稅領域加入「世界貿易組織」（WTO），再不就是拜託國際友人護航，比如以 NGO「亞洲原住民族聯盟」（AIPP）會員身份，偷渡參加聯合國「原住民議題常設論壇」（UN Permanent Forum on Indigenous Issues）會議。

² 原文是 Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous Peoples。

³ 鼎鼎大名的 S. James Anaya 是亞歷桑納大學（University of Arizona）的人權法教授，在其名著《國際法中的原住民族》（*Indigenous Peoples in International Law*），不只探討原住民族的人權，還花了相當篇幅說明如何告政府，當然不能等閒視之。這本書的中譯本近日剛由行政院原住民族委員會出版，譯者蔡志偉（Awi Mona）為東華大學民族發展暨社工學系的助理教授，碩士學位是在亞歷桑納大學取得的。

Anaya 已經正式簽名回函表示受理：

我們會遵照聯合國內部作業程序，以保密及安全為優先之考量，有可能將你們的資料，傳遞給其他負責這領域議題的相關聯合國官員，或聯合國人權委員會部門裡，有專屬責任的相關聯合國官員。

原民會則表示，透過外交管道求證，聯合國並未受理⁴。

根據民間「有唐山公、沒唐山母」的說法，意思是說，台灣的漢人祖先當年來台，大部分是單身的羅漢腳，理所當然要與在地的原住民族女性通婚，也就是居於西部平原的平埔族，包括台南的西拉雅族、嘉義的洪雅族、彰化的巴布薩族、以及台中的拍瀑拉族等等⁵。

在清治時期，滿洲政府根據漢化的程度，將台灣的「土著」分為「生番」、以及「熟番」（施正鋒，2007、2010）；由於統治者的同化政策，平埔族陸續被迫接受漢人文化。在「非漢即番」、以及「漢等於人」的公式下，熟番被迫接受統治者的循循善誘，選擇努力「作人」（當人）；由於必須掩飾自己的集體認同，平埔族人勢必有萬般地無奈，卻種下日後的原罪，徘徊於原住民族身分門外，不得其門而入。

在日治時代，殖民者採取比較文雅的修飾，分別將前者改稱「高砂族」、以及「平埔族」，聽來有幾分東方主義般的異國情調。不過，來自漢人社會的同化壓力並未因此減少，甚至於在 1930 年之後，由於總督府禁止漢人仕女綁腳，碩果僅存的平埔族終於失去唯一可資區隔的文化特徵。目前，只剩台南、以及埔里有明顯的平埔聚落，苟延殘喘；另外，長老教會的信仰，也是平埔族用來隱藏認同的一種委婉符碼。

其實，儘管採取皇民化的威脅利誘，日本人原本在戶口調查簿的種族欄有「平」（平埔族）、或是「熟」（熟番）的註記。只不過，在戰後，省政府以平埔

⁴ 究竟是否因為中國介入，就不得而知，因為對於中國而言，漢人就是中國的原住民族，而台灣的原住民族是屬於中國 55 個少數民族之一，沒有原住民族權利保障的問題，因此，對於聯合國的相關規約十分豪爽就答應。

⁵ 其他還有中部的巴宰族、苗栗的道卡斯族、北部的凱達格蘭族、宜蘭的噶瑪蘭族、以及屏東的馬卡道族。

族過於漢化為由，硬生生地以行政命令取消他們的原住民族身分，只承認高山族、或是山地同胞，眼中完全沒有熟番、或是平埔族的存在，讓原本馳騁嘉南平原的獵鹿民族在一夕之間消失無蹤。

原住民族在 1994 年 6 月 23 日舉行「爭取『正名權、土地權、自治權』入憲大遊行」，平埔族人幡然現身，一起獲邀晉見前總統李登輝。當時的總統府秘書長蔣彥士還大或不解地問道，為甚麼從來沒有聽過平埔族這個名詞（《自立早報》1994/6/24）？從此，平埔族向政府要求恢復原住民身分的呼聲不斷。只不過，此回沒有原住民身分（non-status⁶）的平埔族的抗議對象不再是漢人政府，而是具有原住民身分（status）的兄弟所主事的行政院原住民族委員會。

到目前為止，相關的美國文獻多集中在原住民族的資格、以及如何向政府部門取得身分，包括行政、立法、以及司法途徑，譬如 Blu（1980）之於 Lumbee 印地安人、以及 Flifford（1988）與 Campsi（1991）之於 Mashppe 印地安人。至於加拿大的研究，大致可以分為兩大類：首先是探究 Métis 的原住民族身分、以權利如何被國家確認，包括憲法、以及最高法院的判例，譬如 Peterson 與 Brown（1985）、Chartrand 與 Daniels（2002）、以及 Grammond（2009）；再來則是討論原住族的身分、以及權利如何被消除（extinguished），譬如 McNeil（2001-2002、2004、2008）Gilbert（2007）。

我們先前的研究（施正鋒，2007、2010），主要是從正面著手，也就是論述台灣的平埔族為何有資格作為原住民；在本研究，我們另起爐灶，討論政府當年取消平埔族原住民族身分的不當。在下面，我們先將簡單的作背景介紹；接著，要描述當前中央政府、以及地方政府的作為；再來，我們由平等權著手，論證政府的政策是歧視性的作為；更重要的是，我們由國際規約切入，指出政府當年的行政程序，有違平埔族的自決權、以及參與權；當然，我們也要採取文化權的觀點，來駁斥官方有關於平埔族過度漢化而失去原住民族身分的立論；在結語之前，我們也要針對官員的原始立法意圖說法，提出不同的看法。

⁶ 這是加拿大的用法。

中央政府與縣政府的作為

在民進黨執政時期，歷任的原民會主委大致支持平埔族的訴求，特別是山地原住民籍者⁷；在林萬億擔任政務委員之際，苦心設計雙贏的配套設施⁸，可惜，因為內閣改組頻繁、功虧一簣。儘管在總統大選之際，馬英九在埔里簽署了一份『支持平埔族復振大業約定書』，答應幫助平埔族正名；只不過，他加注了「願在文化、歷史層面，全力支持推動」，徒然增加是否跳票的詮釋空間。然而，在國民黨贏回政權以後，一切都改觀了，尤其是原本政府答應成立的「平埔原住民族事務推動小組」、以及相關的計畫與預算，完全被束諸高閣。近幾個月以來，要不是巴宰海族頭目潘大和的公子潘紀揚⁹告上聯合國，事情鬧大了，原民會才匆匆成立規劃已久的「平埔族群事務推動小組¹⁰」；只不過，「平埔原住民族」已經悄悄地變成「平埔族群」¹¹。

自來，地方政府也樂於配合舉辦嘉年華會般的文化活動，希望透過異國情調般的夜祭，來帶動社區的活化。最具有歷史意義的是，台南縣政府在 2005 年承認西拉雅族為「縣定原住民族」，在 2006 年成立「西拉雅原住民事務委員會¹²」，並且從去年起，積極鼓勵縣內平埔族人「補」登記「平地原住民」身分，召開「全國平埔原住民族部落會議」，甚至於配合「台南縣平埔族西拉雅文化協會¹³」，發動「台灣平埔原住民族正名運動」，前往總統府前的凱達格蘭大道抗議(2009/5/2)。

大體而言，目前具有原住民族身分者仍有相當疑慮，或許是因為擔心資源的

⁷ 譬如布農族的尤哈尼·伊斯卡卡夫特、以及賽德克族的瓦歷斯·貝林。

⁸ 這是林萬億教授在民進黨下台後，在今年對筆者的說明。

⁹ 英文名字為 Jason Pan，英文流利，是 *Taipei Times* 記者，在國內外的原運界相當活躍。在孔文吉擔任台北市原民會主委之際，曾經聘他為平埔族的代表。

¹⁰ 包括原民會代表二位、平埔族代表十二位（西拉雅族的段洪坤、楊振燦、潘資洲、以及萬淑娟，馬卡道族的潘安全，噶哈巫族的潘應玉，巴宰族的潘文輝、以及潘大州，道卡斯族的廖英授、拍瀑拉族的潘通寶、以及凱達格蘭族的勇進忠）、以及專家學者六位（潘英海、詹素娟、謝若蘭、簡文敏、蔡志偉、林清財）。

¹¹ 這樣的調整，或許只是類似「阿美族群」的依樣畫葫蘆作法；不過，也可以解釋為刻意去掉與「原住民」的聯繫。

¹² 該委員會的網站為 <http://siraya.tnc.gov.tw>。當時的原民會主委瓦歷斯·貝林還親自到場參加揭牌儀式。

¹³ 該會的部落格位於 <http://wretch.cc/blog/Musuhapa>。

排擠，包括考試加分、工作權保障、敬老津貼、土地登記、以及立委／議員保留席次¹⁴等議題，尤其是憂慮如果大部分的漢人（福佬人）都有平埔血統的話，在資源有限的情況下，豈不大軍壓境？平心而論，對於社會的弱勢者，這種雪上加霜的想法並非杞人憂天。只不過，如果原住民族的人口數因為平埔族身分恢復而增加，原民會的預算當然應該等比例調整；更何況，平埔族一般社會經濟條件優於部落，應該可以設計排富條款，而現有的保留地並非平埔族的傳統領域，也可以立法設限¹⁵。

其實，並非光憑具有想像中的平埔血統，就可以證明自己是平埔族¹⁶。台南縣政府先前地毯式清查日本時代戶籍簿，發現縣民種族欄具有平埔註記者有 2,0248 人，本人 325，倘若加上其直系血親，也不過 5,788 人¹⁷（蘇煥智，2008；陳俊安，2009；楊思瑞，2009）；如果我們再加上平埔族的大本營埔里，令人懷疑是否總數會超過兩萬人¹⁸。實事求是，內政部應該立即要求各地戶政人員著手清查，作為行政、以及立法部門的決策依據。

目前，原民會的主張不外乎平埔族當年未在機會之窗登記，因此，實際上就是放棄自己的身分，不能出爾反爾；至於平埔族為何沒有登記，主要的理由是沒有意願當「山地同胞」。另外，主事者也說明，由於立法院遲遲未能通過『原住民族認定法』，沒有法源可以認定平埔族，也就無法讓族人登記。前者的說法是「無意」，後者則是「無法」，把自己的責任推得一乾二淨。

台南縣政府的立場則是省政府當年的行政命令並未送達，因此，境內的平埔族縣民並不知道要前往登記。縣政府除了提出陳年公文佐證，同時，也以日後的人口普查仍有相當平埔族承認自己的身分，顯示這些族人並不知道有登記這回

¹⁴ 明眼人知道，關鍵在於一席平地原住民立委、以及大台南市的平地原住民議員，只是沒有人願意點出來罷了。

¹⁵ 事實上，美國、以及加拿大都有細膩的安排。美國的原住民族分為印地安人、愛斯基摩人、以及夏威夷人，加拿大的原住民族分為印地安人（第一民族）、Inuit、以及 Métis，享有不同的權利。

¹⁶ 譬如民進黨籍的立委田秋堇逢人炫耀，自己已經過林媽利驗明正身具有平埔族血統。

¹⁷ 不包括未從具平埔族身分之父母之姓的人（台南縣政府，無日期）。

¹⁸ 有誇大為五十萬、兩百萬、甚至於兩千萬者（戰後移入的扣掉外省人），這當然是不負責任的說法。

事，而非因為瞧不起「山地人」而不願意登記。相較於中央政府的立場，台南縣政府採取的是「不知」的說法，要求政府立即矯正行政疏失。

在行政措施上，台南縣長指示民政局受理西拉雅族縣民申請補登記為「平地原住民」，在戶政資訊系統的「民族登記別」中的「其他」欄加以註記。沒多久，原民會函台南縣政府，表示該縣登記作業違法，並配合內政部的電腦作業，將上述其他欄刪除，實質達成封鎖的目的。台南縣長蘇煥智除了結合南部五縣市長在立法院召開記者會，向社會大眾發聲，同時訓令戶政事務所改採紙本登記的方式。目前，台南縣政府委託學者專家黃俊杰、以及陳玉釧，著手申請大法官會議釋憲，將爭議由行政層次拉到憲法的位階。

我們整理對於平埔族原住民族身分的看法（施正鋒，2010：131-36），可以歸納為表面的理由、以及底層的理由兩大類（圖 1）：

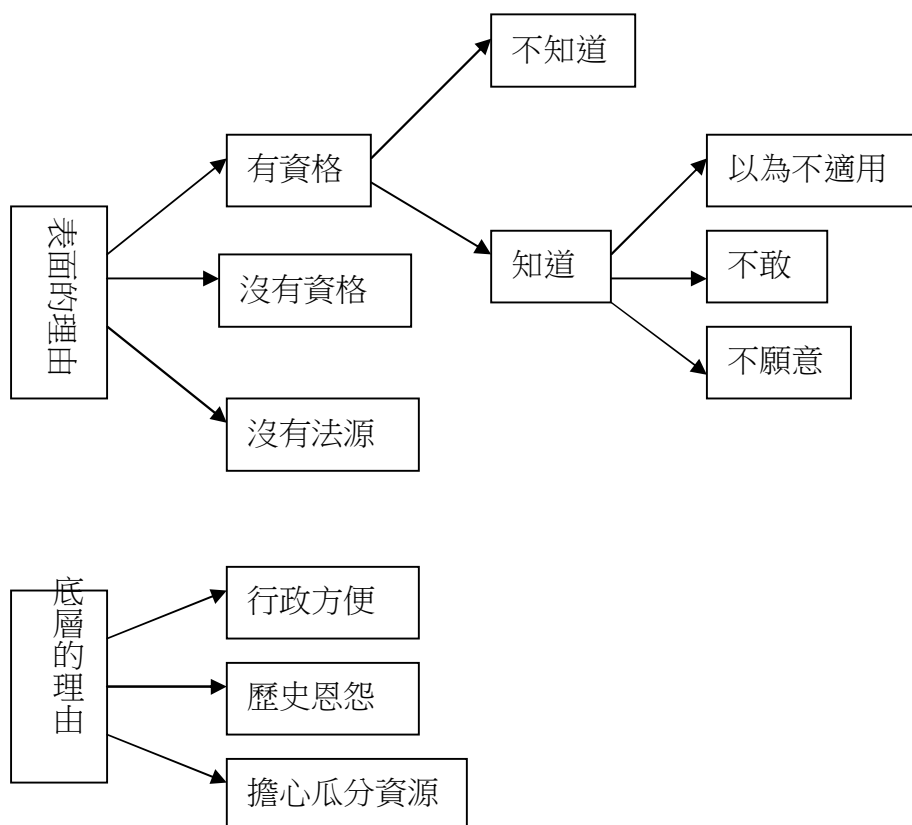


圖 1：對於平埔族身分的立場

雙方眼前的攻防戰在於表面的理由，也就是台南縣政府主張平埔族當年「不知」要登記，而原民會則認為是他們過去沒有意願，現在當然不能反悔，同時，也沒有適用的法源。除了「無意」、以及「無法」的說法，原民會的官員不只一次對外表示，反對平埔族回復原住民族身分的理由，是他們過於漢化，所以喪失資格，這可以稱為「失格」說。

究竟過度漢化是否能拿來當「失格」的理由，我們稍後會來討論。真的沒有法源、是否「無法」就不能進行平埔族的復權，也是值得深加探究；不過，如果長期沒有法源，原民會必須負起立法怠惰的行政責任。比較嚴重的是，是「無意」背後的絃外之音也就是平埔族瞧不起山胞的指控；到底這是普遍的現象、還是某些個人／族群的經驗，應該有更周延的探討，特別是真相、解釋、以及化解之道。

另外，除了冠冕堂皇的說法，底層的理由包括當年行政單位的便宜行事，把平埔族與「住在平地的高山族」混為一談，這可以稱為「行政無知」。如果是因為過去政府「無知」、或是便宜行事所導致的行政疏失，現在的政府當然應該立即加以補正，並且要採取適度的補償，不能有事不關己的態度。

另外，是否相互競爭有限資源的分配，恐怕是大多數原住民菁英所關心的。不過，考試委員浦忠成卻有不同的看法，認為原住民族如果能適度增加人數¹⁹，在國會的席次可以達到起碼的規模，那麼，以漢人為主的社會，或許比較願意在原住民族權利的保障作較多的讓步。資源有限的說服力不大，畢竟，在「利益衝突」(conflict of interests) 之下，原民會把自身的「公親」身分矮化為「事主」，理當有起碼的迴避，更不用說當作裁決者，否則，原民會只是自我定位為現有原住民身分者的代言人、而非超然而公正的國家機器的一部分。

最後，不能公開明說的隱秘意圖 (hidden agenda)，是平埔族與高砂族在歷史上的恩怨情仇，迄今未能公開討論、或是對話，只能停留於私下的囁嚅。作為原住民族事務的最高主管單位，原民會有義務出面進行歷史的解構、以及重建，為兩者的歷史和解鋪路，畢竟，有關於原住民族權利的保障，有相當大的成分是

¹⁹ 譬如紐西蘭的毛利族原住民，人口起碼佔了 15% 以上，白人不得不言聽計從。

建立在歷史的補償，而絕大多數的歷史記載，尤其是土地剝奪、以及文化支配，最大的受害者是首當其衝的平埔族。

平等權與歧視

由人權的角度來看，原民會一再強調現有的『原住民身分法』（2001）不適用於平埔族，這除了違背『中華民國憲法』有關「各民族一律平等」（第五條）、以及人民「無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」（第七條）的規定，也違反聯合國『原住民族權利宣言²⁰』（2007）第二條的反歧視宣示：

Indigenous peoples and individuals are free and equal to all other peoples and individuals and have the right to be free from any kind of discrimination, in the exercise of their rights, in particular that based on their indigenous origin or identity

更遑不過聯合國『消除各種形式種族歧視國際公約²¹』（1965）的檢驗標準。

回到國內，根據『原住民族基本法』（2005），「原住民」是指「原住民族之個人」（第2條第2款），而「原住民族」是指（第2條第1款）：

既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族，包括阿美族泰雅族、……及其他自認為原住民族並經中央原住民族主管機關報請行政院核定之民族。

並未規範原住民族個人的認定。根據『原住民身分法』（2001），原住民取得身分的方式包括「自然取得」（婚生子女，第四條第一）、「姓名取得」（通婚子女，第四條第二款）、以及「收養取得」（婚生子女，第五條第一款）；另外，針對過去如果因為各種原因喪失、或是未取得原住民身分的人，可以檢具「足以證明原住民身分」的文件，申請「回復」、或是「取得」原住民身分，也就是所謂的「回復取得」（第八條第一款）。

『原住民身分法』對於平地原住民的規定很清楚，是指戰前（所謂的「光復

²⁰ 原文是 *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*。

²¹ 原文是 *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*。

前」) 本人、或是直系尊親的戶口調查簿登記為「原住民²²」、並申請公所登記有案者(第二條第二款)²³; 根據原民會的說法, 既然平埔族當年並未登錄, 當然就失去原住民的身分。然而, 由條文來看, 對於「登記有案」的手續, 並未限定是「完成式」; 更重要的是, 既然第八條第一款明確作了回溯性規定, 平埔族當然有權利向政府申請回復身分(現在式、未來式)。在實際的作為上, 原民會目前還是允許山地原住民回復身分, 卻拒絕平埔族的申請, 對於外人看來, 顯然就是具有雙重標準。

原民會一直橫加阻撓, 堅持各平埔族必須先在程序上獲得承認、再進行個人的身分認定, 因此, 依據『原住民族別認定辦法²⁴』(2001) 草擬了『原住民族認定法』, 要求有「審議」、以及「核定」上的規定。然而, 只要這個法一天不通過, 平埔族的原住民身分取得就遙遙無期。問題是, 為何『原住民族認定法』尚未通過, 行政院已經先後核定邵族(2001)、噶瑪蘭族(2002)、太魯閣族(2004)、撒奇萊雅族(2007)、以及賽德克族(2008)的正名²⁵? 由此可見, 原民會「沒有認定程序依據」的說法, 其實是一種託詞。

我們必須指出, 原民會的要求並不合理, 因為, 不管是『原住民族別認定辦法』、還是『原住民族認定法』草案, 主要是針對具有身份原住民者的族別登記, 而非平埔族個人的原住民身分回復, 因此, 所謂「先有族、後有人」的要求,

²² 當時並沒有「原住民」一詞, 只有生、熟之分。

²³ 從先前的『台灣省平地山胞認定標準』(1956)、『台灣省山胞身分認定標準』(1980)、『山胞身分認定標準』(1991)、到現行的『原住民身分認定標準』(1994), 條文內容大致不變。

²⁴ 其實, 早在行政院核定噶瑪蘭族的正名之際, 同時訓令原民會「針對原住民族之認定事宜, 檢討修正相關法規, 儘速建立審查及認定之機制」; 不過, 這裏明顯是指集體的「正名」, 並未涉及個人的身分認定。由此可見, 原民會相關官員刻意將兩個議題掛鉤。原民會隨後召開兩次審查會議(2003/4/2、6/5), 商討如何修正『原住民族別認定辦法』(2001)第2條; 最後, 雖然修正草案往上送到行政院審查(2003/8/1), 只留下『原住民族認定法草案』, 在主事的政務委員陳其南因為內閣改組下台後, 人去政亡, 改法也就不了了之。原民會真正被迫面對沒有原住民身分者議題, 是由當時的偕萬來委員在內部委員會議建議「敦請針對開放噶瑪蘭族後裔登記為原住民身分一案研擬具體實施方案, 並提出可行之時間表」; 同時, 無黨聯盟也在立法院提出『原住民身分法』修正草案, 增列第二條第三款:「經行政院認定之原住民族, 台灣光復前原籍在山地行政區域或平地型區域內, 且戶口調查簿登記其本人直系血親尊親屬於「生」或「熟」有案者, 得申請山地原住民或平地原住民身分。」可惜, 在原民會召開審查會議後(2004/2/9), 最後因為學者意見不一, 無疾而終。

²⁵ 後兩者是指由所謂的泰雅族「亞系」分出來。另外, 「曹族」正名為「鄒族」, 根本連經過行政院核定的程序也沒有。

是指鹿為馬的法律引用、是踰越法律所授權的範圍。原民會如此剝奪平埔族應有權利的作為，不僅是違法、也是違憲的。

自決權、參與權、以及正當程序

當年國民政府因為行政方便，沒有經過正當程序（due process）、以及當事人的同意，恣意剝奪平埔族的身分、以及相關的權利，基本上是違背了平埔族應有的自決權。根據聯合國在 1966 通過的『國際公民暨政治權規約²⁶』、以及『國際經濟、社會、暨文化權公約²⁷』的第一條所揭示，所有的民族都有自決權。另外，『原住民族權利宣言』對於自決權、以及政治地位也有明確規範（第三條）：

Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

另外，該宣言也強調原住民族有權參與攸關本身權利的決策（第十八條）：

Indigenous peoples have the right to participate in decision-making in matters which would affect their rights, through representatives chosen by themselves in accordance with their own procedures, as well as to maintain and develop their own indigenous decision-making institutions.

基本上，這裡的參與權就是同意權；就平埔族而言，就是同意自廢武功。根據『原住民族基本法』（第二十一、二十二條）：

政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與，原住民得分享相關利益。

政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源時，應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意。

政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制；……

²⁶ 原文是 *International Covenant on Civil and Political Rights*。

²⁷ 原文是 *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*。

光是開發、或是成立治理機關，就必須取得當地原住民族的同意；相對之下，平埔族被硬生生地剝奪原住民族身分，卻連被政府徵詢的機會都沒有，根本不符合比例原則。

以加拿大的經驗來看，國家如果要取消（*extinguish*）原住民族的權利，不外有條約（行政）、立法、以及司法（最高法院判決）三種途徑（*McNeil, 2001-2002*）。也就是說，行政部門不可片面剝奪原住民的權利（特別是最基本的認同權），除非經過雙方都同意所簽訂的條約；其實，即使是行政部門所推動的現代的條約（也就是土地協定、或是全盤協定），也必須進一步透過國會立法來確認。至於最高法院的判決，大體是站在弱勢的原住民族立場，不是行政部門所能主導的。以立法消除來看，必須清楚表達取消權利（包括身分）的立法意圖（*intent*），在程序上才夠完備，否則，正當性是不夠的（*Gilbert, 2007: 590-91*）。

同樣地，『美國憲法』增修條文第十四條（*Fourteenth Amendment, 1868*）的正當程序款項，也有類似的規定，也就是政府不可立法剝奪人民的權利：

. . . No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

另外，如果人權的侵犯是陳年舊事，是否仍然可以設法回復？根據國際法的作為²⁸，只要是歷史的不義（*historical injustice*）、過去的錯誤、或是殖民的結果，構成持續的人權侵犯（*continuous violations*、或是 *past ongoing violations*），也就是所謂的「持續效果」（*continuous effect*），那麼，國家就有義務立即去恢復（*restoration*、或是 *reinstatement*）這些權利、甚至於作適當的賠償（*restitution*）；換句話說，不管過去的人權侵犯是如何進行的，只要侵權所造成的傷害後果還是繼續存在，國家責無旁貸（*Gilbert, 2007: 594-97*）。

²⁸ 包括負責督導各國奉行『國際公民暨政治權規約』的聯合國「人權委員會」（*Human Rights Committee*）、美洲國組織的「美洲人權委員會」（*Inter-American Commission on Human Rights*）、以及國際勞工組織。

就程序上而言，當時的身分登記，主要是為了處理選舉人資格，政府既未善盡告知責任、明白告知將會涉及原住民身分的消除，而且也未做任何徵詢，當然是違反正當程序。平埔族人即使知道登記身分的公文，很有可能認為事不關己，也就是說，既然本身屬於平埔族、沒有住在山地、也非高山族，當然就沒有必要、沒有資格去前往登記。就實質權利而言，既然平埔族因為國家的作為，「過去」被剝奪身分，「現在」，人權又繼續被侵犯，當然是有絕對的正當性要求恢復原住民族身分、並且要求國家賠償。

最後，我們以為，在道德上的最大考驗，就是如果當年因為平埔族面對「負面社會化²⁹」(negative socialization)的壓力而被強迫同化(forced assimilation)，因為怕被羞辱、或是污名化而不敢前往登記山胞／山地人的身分，是否在多元文化主義高漲、社會對於原住民族的文化差異傾向於願意包容之際，他們可以出面要回原住民族的身分？也就是說，平埔族過去如果是因為面對漢人的威脅，不管是經濟剝奪、社會歧視、政治壓迫、甚至於肢體傷害，被迫選擇同化，是否就可以逕自取消其歷史身分、以及國家保障的權利？

著名的歌手楊林先前接受原住民族電視台訪問時，承認雖然她的籍貫寫的是湖北³⁰，自己卻是泰雅族的女兒，只不過，出道之際，因為公司不准她揭露有原住民的身分，因而對外隱瞞至今（朱梅芳，2009）。她所提的，應該是政治解嚴以後、甚至於是近年來的事了；相較之下，戰後對於「山地人」、「番仔」的偏見更是強烈，那麼，我們哪裡忍心苛責四百年來承擔漢人同化壓力的平埔族？換個角度，如果我們使用同樣的標準來檢驗目前的都市原住民，多少人自動享有原住民族的身份，卻不願意對朋友、同事承認，究竟是羞愧、還是擔憂？政府是否也會對他們採取取消原住民族身分的作法？

原民會主委孫大川指出，當年不少平埔族因為規避徵兵反攻大陸，因此，不

²⁹ 這是 Wilmer (1993: 105) 的用字。

³⁰ 一般而言，漢人的籍貫是指父親的省籍。

願意去登記為山胞³¹。究竟這是個案、還是普遍現象，還仰賴學術的調查研究。不過，如果平埔族真的是在威脅之下「不敢」承認自己的平埔身分，是否就要因此嚴厲處罰他們？在道德上來看，如果是為了利誘而有所選擇，當然是值得訾議的；然而，如果是為了身家安全，與欺哄百姓的政府³²須與尾蛇，難道，他們必須永遠背負著這個歷史原罪？

漢化與文化權的詮釋

拋開歷史的恩怨不說，平埔族「過度」漢化，是否構成被剝奪原住民族身分的正當理由？譬如說，原民會副主委林江義一再表示，平埔族對於語言、文化上的復振成果尚且不夠，言下之意，就是因此還沒有資格當作「真正的」(authentic)原住民。那麼，要努力到哪種程度，才有資格當原住民？難道原住民族的身分，是因為在觀察得到的外觀上，與漢人不同而取得？那麼，究竟要有何種程度的差異，才可以獲得心靈上的昇華？難道原住民族的權利，只限於還居住在邊陲部落的族人？

根據『國際經濟、社會、暨文化權公約』(第二十七條)：

In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.

不管是何種是基於血緣、宗教、或是語言的少數族群，他們的文化權是不可剝奪的。對於文化的表達方式，根據聯合國「人權高級長官公署³³」(1994: para. 7)對於這個條文的說明，文化的表達可以有多種方式，並非一定要一成不變：

With regard to the exercise of the cultural rights protected under article 27,

³¹ 我們也聽過原民會副主委林江義說過類似的情況，究竟這是孫主委親自見證、還是得自林副主委，就不得而知了。

³² 不少台籍的充員兵，是在上船後才發現上當的。

³³ 未於日內瓦，其英文是 Office of the High Commissioner for Human Rights。

the Committee observes that culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of land resources, especially in the case of indigenous peoples. That right may include such traditional activities as fishing or hunting and the right to live in reserves protected by law.

同樣地，聯合國人權委員會（1992: para. 9.3）也認為，文化的表達方式是可以調整的：

The right to enjoy one's culture cannot be determined **in abstracto** but has to be placed in context. In this connection, the Committee observes that article 27 does not only protect **traditional** means of livelihood of national minorities, as indicated in the State party's submission. Therefore, that the authors may have adapted their methods of reindeer herding over the years and practice it with the help of modern technology does not prevent them from invoking article 27 of the Covenant. Furthermore, mountain Riutusvaara continues to have a spiritual significance relevant to their culture. The Committee also notes the concern of the authors that the quality of slaughtered reindeer could be adversely affected by a disturbed environment

換句話說，文化的保存並非意味著要把「權利凍結起來」（frozen rights）（Gilbert, 2007: 598-99）。加拿大最高法院在 *R. v. Van der Peet*（1996: para. 179）提到「動態權利」（dynamic right）的概念：

The most appreciable advantage of the “dynamic right” approach to defining the nature and extent of aboriginal rights is the proper consideration given to the perspective of aboriginal people on the meaning of their existing rights. It recognizes that distinctive aboriginal culture is not a reality of the past, preserved and exhibited in a museum, but a characteristic that has evolved with the natives as they have changed, modernized and flourished over time, along with the rest of Canadian society.

也就是說，原住民族的權利並非博物館所陳列的文物，而是可以與時俱進的。加拿大最高法院在 *Delgamuukw v. British Columbia*（1997, para. 153）也提到，沒有必要太強調「沒有斷裂的聯繫鏈」，否則，只會延續殖民者所帶來的歷史不義：

Needless to say, there is no need to establish “an unbroken chain of continuity” . . . To impose the requirement of continuity too strictly would risk “undermining the very purpose of s. 35(1) by perpetuating the historical injustice suffered by aboriginal peoples at the hands of colonizers.

總而言之，由現有的國際法作為來看，如果說平埔族因為尚未取得原住民族身分，因此不適用『原住民族權利宣言』的保障，那麼，我們還是可以由『國際經濟、社會、暨文化權公約』（第二十七條）所揭櫫的文化權著手。我們可以看到，對於文化的詮釋，並未主張傳統的歷史凍結，而是允許相當大的自我調整空間。因此，如果原民會堅持想像中真正的平埔族文化特徵，其實是與國際潮流背道而馳的。原民會如此的作法，表面上是出自善意，用來捍衛族人的權益，其實是自我擊敗的，畢竟，不知到底有多少都會區的同胞，隨時等待著被人檢驗³⁴？

「原始意圖」的商榷

在討論『原住民身分法』是否適用平埔族的過程中，原民會的官員會提醒，當時的立法精神就是要排除他們。先不提這樣子的立法，是否違反憲法的平等權，從法理的角度來看，「原初意圖」(original intent)並非詮釋文本的惟一依據。在 19 世紀，有關於憲法、還是法律的解釋，有所謂的「文本主義³⁵」(textualism)、以及「原旨主義³⁶」(originalism)的爭辯，簡單來說，前者主張詳細閱讀文本，後者則強調制憲史／立法史的重要性，也就是必須想辦法去揣摩制憲者／立法者當年的意圖 (Griffin, 1996: 146)。

當下，對於憲法／法律文本的詮釋，則強調運用多元的途徑³⁷：除了上述兩種方法，還包括參考判例而產生的規則³⁸、由憲法的結構來推斷³⁹、參酌自然法、

³⁴ 筆者必須強調，這並非用來「威脅」現在具有原住民族身分者。

³⁵ 有時，又稱為「詮釋主義」(interpretivism) (Goldstein, 1991: 2)。見 Goldstein (1991) 對於美國最高法院法官 John Marshall、以及 Hugo Black 的討論。

³⁶ 又稱為歷史途徑、或是「意圖主義」(intentionalism)；見 McDonald (1985)、Pangle (1987)、Levy (1988)、Beer (1993)、以及 Berger (1997) 的運用。

³⁷ Bobbitt (1991) 的用字則是「型態」(modality)，Goldstein (1991) 則稱為理論、或是哲學；請參考 Garvey 與 Aleinikoff (1991)、以及 Dorsen 等人 (2003)

³⁸ 又稱為學理 (doctrinal) 途徑。

理念、或是傳統⁴⁰、以及謹慎考察政治經濟情況以後才來進行論證⁴¹（prudential argument）（Griffin, 1996: 147-52; Bobbitt, 1991: Chap. 3）。到底何種途徑比較優越，學術上並沒有定論，不過，對於訴諸原始意圖，倒是有相當的檢討聲音。我們對於正反兩面的看法，討論如下。

原旨主義的出現，主要是因為憲法／法律的文字含混不清，因此，必須想辦法去了解其中所蘊含的意義，而原旨主義者便主張，唯有去探究制憲者／立法者在原初制憲／立法過程所意欲的目的、期待、或是意圖，從事歷史重建，才能掌握至高無上的權威、並且能制約司法部門的詮釋權；問題是，就方法上而言，如何證明原始意圖是最優越的途徑？就實務上而言，當代的人多少會受到當前的意識從事篩選、受到不同的看法所左右，因此，為何一定受到前人的想法所約束（Wellington, 1990: 49-52）。

即使上述問題的答案是肯定的，我們又如何確定，制憲者／立法者先前有相當大的共識，畢竟，不管是制憲、還是立法，這是具有高度政治意涵的任務，因為往往成員意見相當分歧，因此，大體是透過妥協來完成文字的確定；此外，在沒有其他可靠文字記載的情況下，我們又有何種可信的方法，可以正確知道這些人當年的意圖為何？（Wellington, 1990: 49-51; Miller, 1969: 153: 56）

對於原旨主義最大的打擊，就是把制憲者／立法者的意圖等同於憲法／法律的文字意義，畢竟，心中所打算的意圖與實際妥協出來的文字意義，多少還是有相當的差距不能等同並論（Miller, 1969: 153: 54）。借用 Wellington（1990: 51）的說法，原旨主義最吸引人的地方，在於「意圖將文本錦上添花」（Intention becomes a gloss on the text），卻不能取代文本。

³⁹ 參見 Black（1969）。

⁴⁰ 又稱為倫理（ethical）途徑；Goldstein（1991: 2-3）稱之為「文本外主義」（extratextualism）、「基本價值法理」（fundamental values jurisprudence）、或是「非詮釋主義」（noninterpretivism）。

⁴¹ 也就是看現況，近似於 Goldstein（1991: 2-3）所的「不確定」（indeterminacy）理論；請見 Breyer（2005）。至於 Goldstein（1991: 2-3）所謂的「德沃金主義」（Dworkinism），比較像是文本主義與此途徑的合成。

結語

我們也必須承認，統治者一向以夷制夷，因此，平埔族（熟番）與高砂族（生番）應該是有相當不愉快的歷史記憶。在那開山撫番的時代，失去平原地區祖居地的平埔族人⁴²，往往站在第一線擔任隘勇，一方面嚴防生番出草、一方面開墾所謂荒廢的土地，究竟是被驅策、還是自動請纓？恐怕兩者都有吧！弔詭的是，山地原住民多對平埔族保持開放的態度，究竟是因為歷史久遠、恩怨不再，還是因為彼此有攜手合作的經驗，還要留待歷史學者爬梳。至於一些平地原住民所表現出的嫌惡，應該是延續到戰後的集體記憶了。不管如何，舊社會和諧的角度而言，這是政府必須出面來調解的要務。

從二二八事件的經驗來看，唯有真相，才可能有真正的和解，否則，表面上的一團和氣，隱藏不了心中化不開的陰霾。Gilbert（2007: 585、592）說，承認是和解的前提，同時，和解必須要聽雙方的觀點。碩果僅存的平埔族人，到底是作了哪些不可原諒的過錯、代替漢人受過、還是有其他不足為外人道的恩怨情仇？當下，我們在追求閩客、或是省籍和解之際，甚至於高談與中國的和平，政府若堅持將同為南島民族的平埔族拒於千里之外，總是令人覺得時光竟然是在倒退的，遺憾不已。

在過去，漢人強迫同化平埔族人，戰後，國民黨則進而取消其山胞身分，而現在，自認為代表所有原住民的原民會則悍然拒絕其原住民族身分。在民族主義的文獻上，有所謂的「A-B-C paradox」（Snyder, 2003: 17），也就是大魚吃小魚、小魚吃蝦米的殘忍現象。原本同是屬於南島民族，平埔族卻因為歷史的不義（injustice），必須接受自己的兄弟處罰，簡直是一種雙重的處罰。本是同根生，相煎何太急？

坦承而言，當我們看到少數具有身分的官員一再撻伐平埔族，顯然就是嚴以待人、寬以待己，那麼，不要說社會很難再有支持原住民權利的訴求，最令人擔

⁴² 阿美族原運者以撒克·阿復指出，如果當年白人在東海岸發現金礦、大量開採，今天要求復權的平埔族，將是阿美族、而非西拉雅等族。

心得是，我們如何避免別人使用同樣的標準來衡量自己的子弟？

如果行政、或是立法部門有難言之隱，或許是大法官會議出面的時候了。

憲法、法規、判例、國際規約

- Fourteenth Amendment to the United States Constitution, 1868* (<http://www.historycentral.com/documents/14thamend.html>) (2010/10/2)
- Town v. Eisner, 1918* (<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=245&invol=418>) (2010/10/2)
- International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1965* (<http://www2.ohchr.org/english/law/cerd.htm>) (2010/10/2)
- International Covenant on Civil and Political Rights, 1966* (<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>) (2010/10/2)
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966* (<http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>) (2010/10/2)
- R. v. Van der Peet, 1996* (<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1996/1996scr2-507/1996scr2-507.html>) (2010/10/2)
- Delgamuukw v. British Columbia, 1997* (<http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1997/1997canlii302/1997canlii302.html>) (2010-10-02)
- Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007* (http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf) (2010/10/2)
- 『中華民國憲法』(1947) (<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=A0000001>) (2010/10/2)
- 『台灣省平地山胞認定標準』(1956) (http://www.sansia.ris.tpc.gov.tw/web66/_file/1152/upload/sansia/c/12/0451003.html) (2010/10/2)
- 『台灣省山胞身分認定標準』(1980) (http://www.sansia.ris.tpc.gov.tw/web66/_file/1152/upload/sansia/c/12/0690408.html) (2010/10/2)
- 『山胞身分認定標準』(1991) (http://www.sansia.ris.tpc.gov.tw/web66/_file/1152/upload/sansia/c/12/0810807.html) (2010/10/2)
- 『原住民身分認定標準』(1994) (<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=D0130002>) (2010/10/2)
- 『原住民身分法』(2001) (<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=D0130001>) (2010/10/2)
- 『原住民族別認定辦法』(2001) (<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=D0130015>)
- 『原住民族基本法』(2005) (<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=D0130003>) (2010/10/2)

參考文獻

- Anaya, S. James. 2004. *Indigenous Peoples in International Law*, 2nd ed. New York: Oxford University Press.
- Beer, Samuel H. 1993. *To Make nation: The Rediscovery of American Federalism*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.
- Berger, Raoul. 1997. *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, 2nd ed. Indianapolis: Liberty Fund.
- Black, Charles L. Jr. 1969. *Structure and Relationship in Constitutional Law*. Baton Rouge: Louisiana State University Press.
- Blu, Karen L. 1980. *The Lumbee Problem: The Making of an American Indian People*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bobbitt, Philip. 1991. *Constitutional Interpretation*. Oxford: Blackwell.
- Breyer, Stephen. 2005. *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*. New York: Alfred A. Knopf.
- Campisi, J1991. *The Mashpee Indians: Tribe on Trial*. Syracuse: Syracuse University Press.
- Chartrand, Paul L. A. H., and Harry W. Daniels, eds. 2002. *Who Are Canada's Aboriginal Peoples: Recognition, Definition, and Jurisdiction*. Saskatoon, Sask.: Purich Publishing.
- Clifford, James. 1988. *Predicament of Culture: Twentieth-Century Ethnography, Literature, and Art*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Dorsen, Norman, Michael Rosefeld, András Sajó, and Susanne Baer, eds. 2003. *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*. St. Paul, Minn.: West Group.
- Garvey, John H., and T. Alexander Aleinikoff, eds. 1994. *Modern Constitutional Theory: A Reader*, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co.
- Gilbert, Jérémie. 2007. "Historical Indigenous Peoples' Land Claims: A Comparative and International Approach to the Common Law Doctrine on Indigenous Title." *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, No. 3, pp. 583-612.
- Girffin, Stephen M. 1996. *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. Princeton: Princeton University Press.
- Goldstein, Leslie Friedman. 1991. *In Defense of the Text: Democracy and Constitutional Theory*. Savage, Md.: Rowman & Littlefield.
- Grammond, Sébastien. 2009. *Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*. Montreal: McGill-Queen's University Press.

- Gray, R. D., A. J. Drummond, and S. J. Greenhill. 2009. "Language Phylogenies Reveal Expansion Pulses and Pauses in Pacific Settlement." *Science*, Vol. 323, 23 January, pp. 479-83.
- Human Rights Committee. 1992. "Communication No 511/1992: Finland. 1994/11/08. CCPR/C/52/D/511/1992. (Jurisprudence)." (<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/7e86ee6323192d2f802566e30034e775?Opendocument>) (2010/10/2)
- Levy, Leonard W. 1988. *Original Intent and the Framers' Constitution*. New York: Macmillan Publishing Co.
- Li, Paul jen-Kuei. 2009. "Linguistic Differences among Siraya, Taivuan and Makatau," in Alexander Adelaar, and Andrew Pawley, eds. *Austronesian Historical Linguistics and Culture History: A Festschrift for Robert Blust*, pp. 399-409. Canberra: Pacific Linguistics, Research School of Pacific and Asian Studies, Australian National University.
- McDonald, Forrest. 1985. *Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of the Constitution*. Laurence: University Press of Kansas.
- MvNeil, Kent. 2001-2002. "Extinguishment of Aboriginal Title in Canada: Treaties, Legislations, and Judicial Discretions." *Ottawa Law Review*, Vol. 33, No. 2, pp. 301-46.
- McNeil, Kent. 2004. "The Vulnerability of Indigenous Land Rights in Australia and Canada." *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 42, No. 2, pp. 271-301.
- McNeil, Kent. 2008. "Judicial Treatment of Indigenous Land Rights in the Common Law World." *CLPIE Research Paper Series*, Vol. 4, No. 5, pp. 1-37
- Miller, Charles A. 1969. *The Supreme Court and the Uses of History*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.
- Moodley, Yoshan, Bodo Linz, Yoshio Tamaoka, Helen M. Windsor, Sebastien Breurec, Jen-Yih Wu, Ayas Maddy, Steffie Berbhöft, Jean-Michael Thiberge, Suparat Phuanukoonnon, Gangolf, Peter Siba, David Y. Graham, Barry J. Marshall, and Mark Achtman. 2009. "The Peopling of the Pacific from a Bacterial Perspective." *Science*, Vol. 233, 23 January, pp. 527-30.
- Office of the High Commissioner for Human Rights. 1994. "General Comment No. 23: The Rights of Minorities (Art. 27):.1994/04/08.CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, General Comment No. 23. (General Comments)" (<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/fb7fb12c2fb8bb21c12563ed004df111?Opendocument>) (2010/10/2)
- Pangle, Thomas. 1987. "Civic Virtue: The Founders' Conception and the Traditional Conception," in Garry C. Bryner, and Noel B. Reynolds, eds. *Constitutionalism and Rights*, pp. 105-40. Provo: Brigham Young University.
- Peterson, Jacqueline, and Jennifer S. H. Brown, eds. 1985. *The New Peoples:*

- Being and Becoming Métis in North America*. Winnipeg: University of Manitoba Press.
- Snyder, Louis L. 2003. *The New Nationalism*. New Brunswick, N.J.: Transaction Publishers.
- Taylor, Charles. 1994. "The Politics of Recognition," in Amy Gutmann, ed. *Multiculturalism*, pp. 25-73. Princeton: Princeton University Press.
- Wellington, Harry H. 1990. *Interpreting the Constitution: The Supreme Court and the Process of Adjudication*. New Haven: Yale University Press.
- Wilmer, Franke. 1993. *The Indigenous Voice in World Politics*. Newbury Park, Calif.: Sage.
- 陳俊安，2009。〈平埔原住民族如何取得原住民身分〉 (<http://www.wretch.cc/blog/Musuhapa/21596834>) (2010/10/2)。
- 朱梅芳，2009。〈楊林接受原視訪問，是泰雅族的女兒：出道時公司不准提，歌舞全遺傳自媽媽〉《中國時報》4月17日。
- 李壬癸，2010。《珍惜台灣南島語言》。台北：前衛出版社。
- 施正鋒，2010。《台灣族群政策》。台中：新新台灣文化教育基金會。
- 施正鋒，2007。《台灣政治史》。台中：新新台灣文化教育基金會。
- 蘇煥智，2008。〈縣長參加重要活動報告表——縣長講話綱要〉12月26日 (<http://siraya.tnc.gov.tw/upload/doc/10.doc>) (2010/10/2)。
- 台南縣政府，無日期。〈臺南縣受理日據時期種族“熟”之縣民申請補登記為「平地原住民」意願書實施計畫〉 (<http://siraya.tnc.gov.tw/upload/doc/12.doc>) (2010/10/2)。
- 楊思瑞，2009。〈西拉雅平埔族補登記為原住民，南縣逾4千人〉《大紀元》2月26日 (<http://www.epochtimes.com/b5/9/2/26/n2443826p.htm>) (2010/10/2)。
- 楊久瑩、范正祥，2010。〈訴求正名未獲官方認可／平埔族告馬政府，聯合國有案件編號〉《自由時報》7月7日 (<http://www.libertytimes.com.tw/2010/new/jul/7/today-life3.htm>) (2010/10/2)。