

# 原住民身分取得的性別歧視：從加拿大 Descheneaux v. Canada案判決談起

賴俊兆 Semaylay i Kakubaw\*

## 壹、前言

我國原住民身分法第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）是否構成性別歧視而與憲法保障平等權之意旨有違，國內學說及實務已有若干討論。

就系爭規定採違憲論者，其理由<sup>1</sup>略以：(1)系爭規定採「姓氏綁身分」主義，即原住民與非原住民結婚所生子女是否取得原住民身分，端視其子女從誰的姓氏，此為我國立法機關發明之認同主觀要件，然眾多原住民族傳統之舊慣並無「姓氏」（如太魯閣族）。(2)系爭規定將從父或從母姓氏與原住民身分之得喪變更此二種無關連之要素為不當連結，限制個人選擇姓名及追求自我認同之基本權利，與憲法第22條、第23條及司法院釋字第399號解釋有違，更形成「原住民母親生

不出原住民子女」此一男女不平等之社會現實。(3)不論是在原父漢母或原母漢父的家庭，其子女姓氏多會依照社會既成習俗「約定」從父姓，蓋對於原母漢父家庭來說，「在漢人強大的父權意識及其壓迫下，子女想要在不引發家庭革命的情形下改母姓或加註原住民傳統名字，係有一定的困難」，反之，在原父漢母家庭「上述的困境並不會產生，原因在於漢人女子也可以接受子女從父姓的習俗」，因此，系爭規定所產生的結果是「原住民男性可將其原住民身分傳承其子女，而原住民女性則否」。(4)系爭規定之立法目的，在於確認原住民身分的取得，不僅係基於血緣，還必須與文化做連結，此應屬合憲之立法目的，但以「所從姓氏」作為分類標準，與達到「將民族身分與文化綁在一起」之立法目的，關聯性極低。故系爭規定本身及適用結果違反憲法第7條男女平等權及憲法增修條文保障婦女實質平等之意旨。<sup>2</sup>

\* 本文作者係卑南族巴布麓部落人；司法院行政訴訟及懲戒廳專門委員；國立臺灣大學法律學系博士生  
註1：違憲理由僅摘錄與性別歧視有關者，其他主張違憲之理由（例如種族歧視）因不在本文討論範圍，爰暫略之。

註2：參鄭川如（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，第1-40頁；鄭川如（2015），〈誰有權決定誰是原住民？——從兩人權公約及相關國際文件檢視原住民身分認定問題〉，《法令月刊》，66卷9期，第81-108頁。另有實務見解，基於對系爭規定之合憲性有所質疑，而放寬其他法規有關原住民身分之認定，參，例如，臺灣高等法院暨所屬法院103年法律座談會刑事類提案第21號研討結果：「槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1

就系爭規定採合憲論者，其理由略以：(1)關於原住民身分之取得，究應著重血統或文化？乃立法者之價值判斷，鑑於原住民來台已久，歷經日據時代之統治政策，及與非原住民多年通婚之結果，許多具有原住民血統者，已與原住民文化完全脫勾，原住民身分之取得，似不應只著重血統而漠視文化之關連性，若無文化連結，亦不必僅為了血統，而推翻現在法律適用之必要性與過去法律所形成之安定性。(2)系爭規定之立法理由為「考量當前『男女平權』之身分法立法潮流，『從姓或原住民傳統名字』所表徵之歸屬與認同，明定子女原住民身分之取得，採『血統主義』與附加『從姓』。父母均為原住民，依血統主義當然取得原住民身分，父母僅一方為原住民，則兼採血統主義與附加從姓，子女從原住民之父或母之姓或原住民傳統名字者，可取得原住民身分。」，可知系爭規定已就男女平權精神、各原住民族間文化差異（例如父子聯名而無姓氏可言）、（漢族文化為主之）法律安定性，而為價值

衡量。(3)有原住民血統之子女只要從具有原住民身分之母姓或原住民族傳統名字，彰顯其認同原住民身分之主觀意思後，即可取得原住民身分，不受民法第1059條及姓名條例第1條第2項規定之限制，系爭規定難謂違反男女平等權或對婦女歧視。(4)就立法過程觀之，系爭規定係採血統主義輔以認同主義，除了血源的考量外，文化方面也是相當重要的因素，希望將一些「文化條件」的限制放在法條中，故由「從母姓或恢復原住民傳統名字」方面限制，期能兼顧文化及血源因素，因此就原住民與非原住民結婚所生子女情形，附加「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」，作為取得原住民身分之要件。<sup>3</sup>

系爭規定是否構成性別歧視而與憲法保障平等權之意旨有違，有以下幾點值得注意並進一步觀察：(1)系爭規定就條文內容觀察，並未因受規範者之性別而異其效力，屬性別中立之規定。(2)就系爭規定所適用之情形，原漢通婚<sup>4</sup>所生子女能否取得原住民身分，在

項有關原住民之認定，亦應以血統及親子關係為判斷標準，否則，如以形式上是否登記為原住民身分為判斷標準，將造成父母僅有一方為原住民之相同情況下，子女實質上雖為原住民，父親是原住民從父姓之子女，取得形式原住民身分，得依槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項之規定免除刑罰，母親是原住民從父姓之子女，因無法取得形式上原住民身分，而不得依該條規定免除刑罰之不公平現象，顯與憲法第7條之平等原則有違。」、臺灣高等法院高雄分院97年度上訴字第1096號、臺灣臺東地方法院102年度重訴字第1號、101年度訴字第253號、臺灣高等法院花蓮分院103年度上訴字第3號、102年度上訴字第113號判決。

註3：參臺北高等行政法院106年度原訴字第2號、最高行政法院106年度判字第752號判決。另有學者批評，前述「姓氏綁身分」主義論點，失之偏頗，因系爭規定就原住民身分之取得，不僅需要血統條件，還必須具備「認同的行動」才能獲得，即跨越「從姓/原名門檻」，而從姓並不是單一選項，取原住民傳統名字亦是選項，是當事人表現出原住民認同的積極作為，此法律上的條件，反映了原住民認同。參陳叔偉（2018），〈認同的威名：漢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，第10-11頁。

註4：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。

原父漢母及原母漢父的情況有無不同？換言之，將原住民身分傳承給下一代的能力，男性（原父）與女性（原母）有無差異？在原住民身分的取得上，原父漢母所生子女與原母漢父所生子女，有無差異？<sup>(3)</sup>上述問題涉及間接歧視（或稱間接差別待遇、差別影響歧視、事實上歧視）不易辨識的難題，亦即，系爭規定長年實際適用結果，是否呈現性別分布失衡之現象，顯現女性實居於較為不利之處境？是否對某一群體產生不成比例的不利效果，或造成系統性的不利差別待遇？<sup>(4)</sup>系爭規定就原住民身分取得與否，涉及何種分類標準及權利領域？在平等權的違憲審查上，應採取何種審查標準？

為了釐清原住民身分取得的性別歧視爭議，本文選擇加拿大魁北克省高等法院（Superior Court of Québec）2015年Descheneaux v. Canada一案判決<sup>6</sup>（下稱本案判決）作為比較研究的對象。由於加拿大聯邦政府近期相

關修法行動，以「解決所有已知的原住民身分取得的性別歧視」作為目標，即為對於本案判決要求之回應，可見其於實務上之重要性。從學理來看，本案判決就原住民身分取得所採取之實質平等觀、審查模式、對於歧視之認定等論述，亦可為我國法解釋及立法的參考。

## 貳、本案判決分析

本案判決必須解決的基本問題包括：印地安女性及其後代，在取得原住民身分的權利上，過去受到以性別為基礎的差別待遇，至今是否仍存在？如果至今仍存有差別待遇，能否在自由及民主的社會中被正當化？法院是否受到卑詩省上訴法院（British Columbia Court of Appeal）2009年McIvor案<sup>7</sup>判決之拘束？<sup>8</sup>以下先就判決之背景略作說明。

註5：參司法院釋字第791號解釋理由書第43段：「又兩性地位之實質平等，受憲法之保障，國家負有消除性別歧視，以促進兩性地位實質平等之義務（憲法增修條文第10條第6項規定參照）。查系爭規定一及二雖就字面觀察，並未因受規範者之性別而異其效力，屬性別中立之規定，且目前實務上通姦及相姦罪之成立，以男女共犯為必要，其男女人數理應相當，惟其長年實際適用結果，女性受判決有罪之總人數明顯多過男性。是系爭規定二之實際適用結果致受系爭規定一刑事處罰者，長期以來，呈現性別分布失衡之現象，顯現女性於通姦及相姦罪之訴追、審理過程中，實居於較為不利之處境，足見系爭規定一及二之長期存在，與憲法增修條文第10條第6項促進兩性地位實質平等之要求，是否相符，確有疑義。惟系爭規定一及二既如前述已經宣告違憲失效，上述性別失衡之問題將不復存在，併此指明。」（粗體為本文所加）有關間接歧視之相關討論及介紹，參，例如，黃昭元（2012），〈論差別影響歧視與差別對待歧視的關係：評美國最高法院Ricci v. DeStefano（2009）判決〉，《中研院法學期刊》，11期，第22-23頁；司法院釋字第760號解釋黃昭元大法官協同意見書第[3]至[8]段；司法院釋字第791號解釋黃昭元大法官協同意見書第[19]至[25]段；司法院釋字第791號解釋許宗力大法官協同意見書，第1-5頁。

註6：Descheneaux v. Canada (Attorney General), 2015 QCCS 3555. (hereinafter “Descheneaux”)

註7：McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs), 2009 BCCA 153. (hereinafter “McIvor”)

註8：See Descheneaux, para. 1.

## 一、加拿大原住民身分取得的法制沿革

### (一) 印地安法 (Indian Act) 及C-31法案 (1985)

加拿大法制就原住民身分之取得，使印地安女性及其後代遭受性別歧視，從1876年印地安法 (Indian Act)<sup>9</sup>制定前，一直到1985年該法修正，存有長久的歷史。<sup>10</sup>

印地安女性與非印地安男性結婚時，即喪失原住民身分，也就是「出嫁條款」(Marry Out Rule, 1869-1985)。<sup>11</sup>「出嫁條款」曾經歷憲法訴訟，最高法院在Lavell案<sup>12</sup>中判定印地安法規定印地安女性與非印地安男性結婚時剝奪其身分，係平等適用於每位印地安女性，並未違反人權法平等權保障。印地安男性與非印地安女性結婚，不僅其身分不喪失，妻子並可因結婚而取得原住民身分。<sup>13</sup>在「出嫁條款」的運作下，印地安女性（婚後喪失身分）與非印地安男性結婚所生子女，無法取得原住民身分，僅有印地安男性與非印地安女性（婚後取得身分）結婚所生

子女，才可以取得原住民身分。<sup>14</sup>

印地安男性與非印地安女性結婚所生子女之身分取得，受到「雙重母親條款」(Double Mother Rule, 1951-1985)的限制，其規定一個出生被登記為原住民的人，如果他/她的父母是在1951年印地安法通過之後結婚，且其母親和父系的祖母是因婚姻而取得原住民身分（即母親與祖母皆為非印地安女性），那麼他/她在滿21歲之後就會喪失原住民身分。<sup>15</sup>

原住民族社群、原權運動及女權運動者對印地安法的不滿日增，以及聯合國人權委員會於Lovelace案<sup>16</sup>，認定「出嫁條款」違反公民與政治權利國際公約，並因應加拿大權利及自由憲章 (Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982)（下稱憲章）生效後，對於平等保障的要求，種種因素促使C-31法案 (1985)<sup>17</sup>通過，糾正印地安法中的性別歧視規定，將「出嫁條款」及「雙重母親條款」廢除，並承認因舊法規定而喪失原住民身分者，有權回復其身分。<sup>18</sup>

註9：Indian Act, SC 1876, c 18.

註10：See Descheneaux, paras. 19-28; McIvor, paras. 14-25; See also Brenda L. Gunn, Self-Determination and Indigenous Women: Increasing Legitimacy through Inclusion, 26 Can. J. Women & L. 241, 244-249 (2014); Ian Peach, Section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms of the Future of Federal Regulation of Indian Status, 45 U.B.C. L. Rev. 103, 105-108 (2012); Mary Eberts, McIvor: Justice Delayed-Again, 9 Indigenous L.J. 15, 17-26 (2010).

註11：See Descheneaux, para. 20; Eberts, *supra* note 10, at 21-22.

註12：Attorney General of Canada v. Lavell, [1974] S.C.R. 1349.

註13：See Descheneaux, para. 20.

註14：See McIvor, para. 5.

註15：See Descheneaux, para. 15; McIvor, para. 23; Eberts, *supra* note 10, at 19-20.

註16：Sandra Lovelace v. Canada, Communication No. 24/1977; Canada 30/07/81, UN Doc. CCPR/C/13/D/24/1977.

註17：An Act to Amend the Indian Act, SC 1985, c 27, s 4.

註18：See Sarah E. Hamill, McIvor v Canada and the 2010 Amendments to the Indian Act: A Half-

C-31法案(1985)修正印地安法第6條規定，將原住民身分區分為二種：父母二人皆具原住民身分，其子女取得6(1)身分；父母之一具原住民身分，其子女取得6(2)身分。6(1)身分與6(2)身分的差別在於，前者可獨力將原住民身分傳承給下一代（不論其配偶是否與原住民），後者除非與原住民結婚，否則無法將原住民身分傳承給下一代。此稱為「第二代中斷」（second generation cut-off），也就是說，連續二代外族通婚會使孫輩喪失原住民身分。<sup>19</sup>

## （二）McIvor案判決（2009）及C-3法案（2010）

C-31法案(1985)並未完全解決印地安法中的性別歧視問題，導致McIvor案判決及印地安法的再修正。

從表面上看，C-31法案(1985)在性別上沒有區別：新法廢除「出嫁條款」，沒有人因婚姻而取得或喪失原住民身分，至於6(1)身分或6(2)身分的取得，端視其父母係二人皆具原住民身分或僅其中之一具原住民身分，總之，新法就印地安男性與女性在與外族通婚

後的身分，以及其將原住民身分傳承給子女的權利方面，取消男女的區別。<sup>20</sup>

然而，C-31法案(1985)因新舊法轉換，引發「殘餘歧視」（residual discrimination）的問題。在新法生效前，依舊法所登記之原住民身分皆為6(1)身分，包括因結婚而取得原住民身分之非印地安女性，亦取得6(1)身分，在新法生效後，她們仍保有身分，故其子女可取得6(1)身分，並可將原住民身分傳承給孫子女；與此相較，在新法生效前與非印地安男性結婚的印地安女性，雖在新法生效後，可以回復原住民身分，但其非印地安丈夫無法取得原住民身分，因此其子女僅取得6(2)身分，若該子女與非原住民結婚，則孫子女將無法取得原住民身分。<sup>21</sup>

McIvor案即為就上述情形，依憲章規定對印地安法提出挑戰之第一件案例。<sup>22</sup>原告Sharon Donna McIvor女士（依新法回復6(1)身分）與其兒子Charles Jacob Grismer先生（依新法取得6(2)身分），因為孫子無法取得原住民身分，而提起訴訟，主張C-31法案(1985)第6條規定違反憲章第15條平等權。<sup>23</sup>初審經卑詩省高

Hearted Remedy to Historical Injustice, 19 Const. F. 75, 77-78 (2011); Gwen Brodsky, Indian Act Sex Discrimination: Enough Inquiry Already, Just Fix it, 28 Can. J. Women & L. 314, 316 (2016).

註19：See Sebastien Grammond, Discrimination in the Rules of Indian Status and the McIvor Case, 35 Queen's L.J. 421, 422 (2009).

註20：See McIvor, para. 8. (“On its face, the current system makes no distinction on the basis of sex. From April 17, 1985 on, no person gains or loses Indian status by reason of marriage. A child of two Indians is an Indian. A child who has one Indian parent and one non-Indian parent is entitled to status unless the Indian parent also had a non-Indian parent. In sum, the current legislation does away with distinctions between men and women in terms of their rights to status upon marriage, and in terms of their rights to transmit status to their children and grandchildren.”)

註21：See Grammond, *supra* note 19, at 423.

註22：See Eberts, *supra* note 10, at 17, 27-29.

註23：See McIvor, paras. 35-46.

等裁判法院（Supreme Court of British Columbia）判定構成基於性別和婚姻狀況的歧視<sup>24</sup>。於上訴審，卑詩省上訴法院亦採違憲之結論，但將違憲範圍加以限縮，肯認「保障舊法賦予之既得權利」可作為差別待遇之正當目的，但賦予舊法「雙重母親條款」之適用者，於滿21歲後回復原住民身分之額外利益，加劇了此一群體與適用「出嫁條款」之另一群體（印地安母親及其子女）間的差別待遇，並非最小侵害手段，故屬不合理之歧視。<sup>25</sup>法院並給國會1年的時間修正法律，使之合憲。<sup>26</sup>

最高法院（Supreme Court of Canada）駁回原告之上訴後，國會依McIvor案判決之要求，通過C-3法案(2010)<sup>27</sup>，但補救歧視之範圍，僅限於與原告Grismer先生處境完全相同者，使之取得6(1)身分，並間接賦予其子女6(2)身分，亦即將「第二代中斷」延後至曾孫輩，但對於新舊法轉換可能產生的其他「殘餘歧視」則未予處理。<sup>28</sup>

## 二、本案事實背景及訴訟過程

本案原告有3人：Stéphane Descheneaux先生（下稱原告一）、Susan Yantha女士（下稱原

告二）及Tammy Yantha女士（下稱原告三）。法院必須考量，原告是否已證明，其主張之不合理差別待遇（unjustified discrimination），是否為McIvor案判決所未發現，或者為McIvor案判決所發現但C-3法案(2010)未矯正者。<sup>29</sup>

原告一之印地安祖母在1935年與非印地安男性結婚而喪失身分，其母親於出生時，以及與非印地安男性結婚時，均無原住民身分，C-31法案(1985)生效後，祖母回復6(1)身分，母親回復6(2)身分，此時原告一尚無身分，直到C-3法案(2010)生效後，母親取得6(1)身分，原告一始間接取得6(2)身分。原告一因僅有6(2)身分，其與非印地安女性結婚，故子女無法取得原住民身分。原告一主張，如果將上述情形中的印地安祖母改為印地安祖父，在相同的條件下，他將可取得6(1)身分，而不僅是6(2)身分，這種基於祖父母性別之區分是歧視性的，將會延續「印地安女性及其後代之原住民身分認同（Indian identity）」，相較於印地安男性及其後代，不太值得考慮或較無價值」之刻板印象，並使其子女無法享受相關教育福利，也讓他因為身分上的不平等而尊嚴受損。<sup>30</sup>

註24：McIvor v. The Registrar, Indian and Northern Affairs Canada, 2007 BCSC 827. See also Eberts, *supra* note 10, at 29-34.

註25：See McIvor, paras. 123-151.

註26：Id. para. 161.

註27：Act to promote gender equity in Indian registration by responding to the Court of Appeal for British Columbia decision in McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs), S.C. 2010, c. 18.

註28：See Descheneaux, paras. 47-54; Martin J. Cannon, Race Matters: Sexism, Indigenous Sovereignty, and McIvor, 26 Can. J. Women & L. 23, 25-26 (2014).

註29：See Descheneaux, para. 7.

註30：Id. paras. 55-60.

原告二是印地安男性與非印地安女性的非婚生女，她出生於1954年，出生時沒有原住民身分。1972年，她與非印地安男性生下原告三，並於1983年聯繫上父親，C-31法案(1985)生效後，原告二僅取得6(2)身分，原告三則無法取得原住民身分（因其父為非印地安男性），C-3法案(2010)生效後，上述狀況亦未改變。原告二、三主張，如果將原告二的情形與同一時期出生的非婚生子比較、將原告三的情形與該假設之非婚生子與非印地安女性所生子女比較，即可發現，基於原告二之性別所為區分是歧視性的，將會延續「印地安女性及其後代之原住民身分認同，相較於印地安男性及其後代，無同樣的價值及重要性」之刻板印象，並使其子女無法享受相關教育福利，也因為無法將原住民身分及相關利益傳承給後代，而感到不公義和屈辱，因身分上的不平等而影響其尊嚴。<sup>31</sup>

魁北克省高等法院於2015年8月3日宣判，認定本案3位原告，均已舉證其平等權利受到侵害，加拿大政府未能證明由性別歧視造成之侵害在自由民主社會中是合理的。儘管國會曾試圖修正印地安法，以消除歷史上對印地安女性及其後代取得原住民身分之性別歧視，但事實上，依舊法已受惠之群體因C-31法案(1985)受益，以致歧視更加惡化，C-3法

案(2010)仍未完全矯正此情形，「性別歧視，比過去更加幽微，至今猶存」。<sup>32</sup>法院宣告印地安法第6條相關條款違反憲章第15條，並將判決的執行延長18個月，命國會對法律進行必要的修正，且修法矯正之歧視，不應僅限於本案原告一及原告二、三之具體事實。<sup>33</sup>

有關本案之後續發展，加拿大政府就本案判決原已提起上訴，2015年10月大選後政黨輪替，新政府將上訴撤回，其後並推動S-3法案<sup>34</sup>，該法案分為2部分，一部分係為解決印地安法中殘餘的性別歧視問題，包括本案原告一及原告二、三之情形與其他類型的歧視，於2017年12月22日生效，另有關刪除1951年截止日期（1951 cut-off）部分，則於2019年8月15日生效，政府並宣稱「印地安法中所有已知的基於性別的不平等現象現已得到解決」。<sup>35</sup>

### 三、爭點及理由分析

本案爭點包括：(1)McIvor案判決對本案法院之拘束範圍？(2)原告是否有當事人適格（standing to act）？(3)本案是否需要溯及適用憲章？(4)有差別待遇（discrimination）嗎？(5)差別待遇是否合理（justified）？(6)適當的補救方法為何？

註31：Id. paras. 61-68.

註32：Id. paras. 8-10.

註33：Id. paras. 228, 233, 243.

註34：An Act to amend the Indian Act in response to the Superior Court of Quebec decision in Descheneaux c. Canada (Procureur général), S.C. 2017, c. 25.

註35：See Government of Canada, Eliminating known sex-based inequities in Indian registration, <https://www.sac-isc.gc.ca/eng/1467214955663/1572460311596>. (last visited 2021/12/22)

針對上述爭點(1)，法院認為，本案原告一之原住民身分取得，涉及祖母身分喪失，此與McIvor案判決原告Grismer先生之身分，與母親身分喪失有關，歧視之本質幾乎相同，且C-3法案(2010)雖不在McIvor案判決之範圍，但就C-31法案(1985)引起之歧視部分，法院仍應受McIvor案判決之拘束。<sup>36</sup>

基此，就爭點(2)、(3)，本案判決認為McIvor案判決已有處理，法院應受其拘束，故直接援引並贊同McIvor案判決之見解，認定原告具有當事人適格、本案不涉及憲章之溯及適用。<sup>37</sup>法院在此引用McIvor案判決意見，指出原住民身分涉及的「法律利益」(Benefit of the Law)，不僅包括具有原住民身分可享有的社會福利、教育補助、免稅等有形利益，還包括將原住民身分傳承給子女的權利(right to transmit Indian status to one's child)，也應被視為一種利益，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。<sup>38</sup>

法院就爭點(4)、(5)之分析，涉及憲章第15條第1項規定：「法律前及法律上人人平等，

任何人均有權享有法律之平等保護及法律所賦予之權益且不受歧視；特別是基於種族、原國籍或民族、膚色、宗教、性別、年齡或身心障礙的歧視。」及第1條規定：「本憲章所保障之權利與自由，僅得以法律合理明確限制之，且該限制須符合自由與民主社會精神。」於平等權案件之審查模式，先後依第15條及第1條進行審查，亦即：就爭點(4)，先依第15條判斷有無平等權侵害，由主張受侵害之人民負舉證責任，答案若為肯定，再進入爭點(5)，依第1條檢驗目的、手段，判斷系爭法律對平等權的侵害能否被正當化，由政府舉證證明系爭法律屬於第1條「自由與民主社會所容許的合理明確限制」。<sup>39</sup>

法院就憲章第15條之實質平等觀，提出最高法院平等權案件所建立的2階段審查標準：(1)系爭法律是否基於列舉或類似之分類基礎(enumerated or analogous ground)而造成表面上或影響上的區別？「調查的重點在於系爭法律的實際影響，並充分考慮與該群體有關的社會、政治、經濟和歷史因素」。(2)上開區別是否使偏見或陳規永存而造成不利？「若國家行為擴大了歷史上處於不利地位群體與社會其他階層之間的差距，而不是縮小

註36：See Descheneaux, paras. 76-89.

註37：Id. paras. 100-113.

註38：Id. paras. 70-74.

註39：See Sonia Lawrence, Equality and Anti-discrimination: The Relationship between Government Goals and Finding Discrimination in Section 15, in Peter Oliver, Patrick Macklem & Nathalie Des Rosiers (eds.), THE OXFORD HANDBOOK OF THE CANADIAN CONSTITUTION 815, 818-819, New York:Oxford University Press (2017). 中文文獻，參黃君華(2014)，《加拿大最高法院關於權利與自由憲章第15條判決之分析—以實質平等的內涵與審查模式為中心》，國立臺灣大學法律學系碩士論文，第17-44頁。

差距，那麼這就是歧視」。<sup>40</sup>

針對上述爭點(4)，法院分別就原告一及原告二、三選定比較群體 (comparator group)<sup>41</sup>，據以發現：原告一因其祖父母之性別，原告二、三因原告二之性別，分別在原住民身分之取得上受有歧視，這樣的歧視反映了基於「印地安女性及其後代之原住民身分認同，相較於印地安男性及其後代，不太值得考慮或較無價值」之刻板印象的歷史上存在的歧視。這樣以性別為分類的區別，不僅是對子女、孫子女取得身分權利的歧視，也是對父母、祖父母傳承身分能力的歧視。<sup>42</sup>

有關平等權目的及手段的審查，本案判決引述最高法院依憲章第1條採取之審查架構：系爭法律若要構成「自由與民主社會所容許的合理明確限制」，首先立法目的必須「迫切且重大」(pressing and substantial)，其次是手段與目的的關係須符合比例原則 (proportionality test)，具體判斷3項次原則：是否達到充分合理關聯、盡可能微小侵害、目的與受侵害的權利不失衡。<sup>43</sup>

針對上述爭點(5)，在目的方面，法院認為McIvor案判決肯認保障個人依舊法取得之既有權利，可作為「迫切且重大」之合憲目的，

就此論證，法院持保留看法，但表示仍受其拘束。<sup>44</sup>在手段方面，法院參考McIvor案判決意見，認定本案對原告一及原告二、三之身分歧視，並非損害最小手段。<sup>45</sup>

至於爭點(6)，由於C-31法案(1985)生效至今已逾30年之久，要矯正長久以來的性別歧視問題，考量修法的技術性與複雜性，此任務宜交由國會處理，不宜由法院直接採用原告提出的解決方案，故給予國會18個月時間修法。<sup>46</sup>

## 參、評論與檢討

### 一、本案判決的啟示

從加拿大原住民身分取得的法制及實踐經驗來看，對於印地安原住民與外族通婚之情形，由於在「印地安女性及其後代」與「印地安男性及其後代」二者間，存在一個歷史性、結構性、系統性的適用差異，導致C-31法案(1985)雖廢除了「出嫁條款」及「雙重母親條款」、賦予過去喪失身分者回復身分的權利，表面上也不再具有男女之差別待遇，但這樣的性別中立規定，在接下來的30多

註40：See Descheneaux, paras. 115-119 (“(1) Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground? (2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping?”)

註41：Id. paras. 139, 163.

註42：Id. paras. 135-173.

註43：Id. paras. 174-177.

註44：Id. paras. 178-196.

註45：Id. paras. 197-214.

註46：Id. paras. 219-233.

年，所引發跨越3代、跨越4代的「殘餘歧視」問題，在憲章第15條平等權的合憲性審查及法院實質平等觀的檢驗下，終究以判決促成修法。

面對性別中立的規定，如何發現或認定間接歧視的存在，加拿大法院以實質平等的審查模式，於本案判決中強調「若國家行為擴大了歷史上處於不利地位群體與社會其他階層之間的差距，而不是縮小差距，那麼這就是歧視」、「調查的重點在於系爭法律的實際影響，並充分考慮與該群體有關的社會、政治、經濟和歷史因素」，並藉由考察法規沿革、釐清各時期法規對於特殊弱勢群體之適用情形、選定比較群體，據以判斷是否存在間接歧視。

## 二、系爭規定的再反思

從加拿大Descheneaux案判決，回到系爭規定的討論，或許可以再追問：

(一) 系爭規定對於原母漢父所生子女從父姓者，排除其取得原住民身分，表面上似可歸因於放棄從母姓或原住民傳統名字之選擇，或歸咎於不願跨越「從姓 / 原名門檻」表示認同，但此一「選擇」或「認同」的行動，對於

女性（原母）是否存有歷史上或結構上的障礙？

(二) 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。<sup>47</sup>又民法第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。在這樣的法規沿革（如下表）過程中，對於原母漢父所生子女之情境，原母可能歷經「出嫁條款」、子女身分從父系、子女從父姓等性別歧視的經驗，其後果或影響是否延續至今日？

(三) 相較於原父漢母所生子女，從父姓是「常規」<sup>48</sup>，不是門檻、障礙，故男

註47：參鄭川如，前揭註2（「原住民身分法」中「姓氏綁身分」條款的違憲分析），第6-15頁；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，第113-116頁；陳叔倬，前揭註3，第4-9頁；原住民族委員會（2016），《原住民身分法解釋彙編》，第91-107頁，新北市：原住民族委員會。

註48：參陳昭如（2014），〈父姓的常規，母姓的權利：子女姓氏修法改革的法社會學考察〉，《臺大法學論叢》，43卷2期，第271-380頁；陳叔倬，前揭註3，第9頁（指出原父漢母子女無須跨越「從姓 / 原名門檻」，較容易在出生登記時同時取得原住民身分）。

原住民身分法制	民法第1059條 (子女從姓)	原母漢父及其子女	原父漢母及其子女
1956《臺灣省平地山胞認定標準》	從父姓	原母有身分 子女無身分	原父、子女皆有身分
1980《臺灣省山胞身分認定標準》		原母、子女皆無身分 (出嫁條款)	
	1985原則從父姓，例外從母姓(母無兄弟)		
1991《山胞身分認定標準》、1994《原住民身分認定標準》		原母有身分(回復) 子女原則無身分，例外有身分(母無兄弟從母姓)	原父有身分 子女原則有身分，例外無身分(母無兄弟從母姓)
2001《原住民身分法》	得約定從母姓(不受民1059母無兄弟限制)	系爭規定：依所從姓氏決定子女身分	
	2007得約定從父姓或母姓、2010未約定或約定不成，抽籤決定		

資料來源：作者自製

性(原父)可以很容易將原住民身分傳承給下一代，其子女也可以很容易取得原住民身分。如此，就系爭規定的適用，如以原父漢母作為原母漢父之比較群體，能否認定系爭規定使男性(原父)與女性(原母)，在將原住民身分傳承給下一代的能力上，產生差別影響？<sup>49</sup>亦使原父漢母所生子女與原母漢父所生子女，在原住民身分的取得上，產生差別影響？

### 三、本文見解

本文認為，系爭規定未能矯正過去原住民

身分取得上的性別歧視，透過「父姓常規」的不當連結，反而加劇「原母漢父及其子女」與「原父漢母及其子女」之間的差距，而不是縮小差距，延續過去性別不平等的結構與刻板印象，「使偏見<sup>50</sup>或陳規永存」。

其次，取原住民傳統名字作為表達認同、取得原住民身分的另一選項，在原母漢父與原父漢母的意義與作用截然不同。對原母而言，取傳統名字與從母姓，同樣要承受父姓常規的壓力，要跨越的門檻難度並不比從母姓還低；相較之下，受到父姓常規加持的原父，擁有更多空間「選擇」為子女取傳統名字，表現比從父姓更為積極的認同行為。

註49：借用學者鄭川如之說法，即「原住民媽媽比原住民爸爸更容易生不出原住民小孩」。

註50：例如「原住民女性及其後代之原住民身分認同，相較於原住民男性及其後代，不太值得考慮或較無價值」之偏見。

在實際適用上，系爭規定讓原住民女性（原母）在傳承原住民身分給下一代的能力上劣於原住民男性（原父），造成系統性的不利差別待遇；系爭規定也讓原漢通婚所生子女，在原住民身分的取得上，因父母一方具原住民身分者之性別，對原母漢父所生子女，造成系統性的不利差別待遇。

學者運用2010年人口普查資料，探討原漢通婚家庭子女的族群從屬，研究發現：原父漢母的家庭，兒子從父族群身分的比例為92.0%，女兒則為88.4%；原母漢父家庭，兒子從母族群身分的比例為43.9%，女兒為52.0%。<sup>51</sup>可見，系爭規定之實際適用結果，使原漢通婚所生子女能否取得原住民身分，在原父漢母及原母漢父呈現性別分布失衡之現象，顯現原母及其子女實居於較為不利之處境，已構成統計上顯著的差別影響，足以推定間接歧視的成立。

系爭規定表面上是以「從姓」（子女是否從具原住民身分之父或母之姓）為分類標準，但不論從立法動機<sup>52</sup>或實際適用結果來

看，系爭規定就原住民與非原住民結婚（marry out）之情形，使「與非原住民結婚之原住民『女性』及其子女」相較於「與非原住民結婚之原住民『男性』及其子女」，因性別而產生系統性之不利差別待遇。<sup>53</sup>故本文認為，系爭規定實質上採取性別分類標準。

由於系爭規定就原住民身分取得與否，係以性別為分類，原住民身分取得之權利攸關個人身分認同，對原母而言，身分傳承也具有重大的精神和文化價值，涉及人格自由發展，對此權利所為之差別待遇，原則上應受較嚴格之審查，除其目的須為追求重要公益外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始與憲法保障平等權之意旨相符。

## 肆、結語

本文可謂作者身為「原父」的初步反省，嘗試從「原母」的立場，梳理原住民女性及其子女在原住民身分取得上遭遇的歧視處

註51：參劉千嘉、章英華（2020），〈原漢通婚家庭中雙裔子女的族群從屬：子代性別與數量的影響〉，《人文及社會科學集刊》，32卷1期，第18-19頁。

註52：系爭規定係有針對性地為「與非原住民結婚之原住民『女性』及其子女」建立「從姓」門檻，可由立法過程中主管機關之以下說明可知：「原住民女子嫁與非原住民男子，其所生子女在身分的認定方面，楊委員仁福與章委員仁香所提出的版本皆主張採用原則取得主義，換言之，只要父母雙方之中有一位具有原住民身分者，該子女即可取得原住民身分。我們所提出的版本並不完全採用血統主義，對於原住民嫁娶或招贅的婚姻之中，還附加必須從原住民傳統姓名之限制。從我們的分析中得知，許多原住民女子嫁與非原住民家庭之後，家庭氣氛會比較屬於漢人的生活方式，其所生子女可能空有原住民血緣，而家長並沒有給予子女一個學習原住民文化的環境，以致該子女對於原住民族並不認同。為了防止上述情形發生，我們才有所限制。」（粗體為本文所加）參立法院公報，89卷28期，委員會紀錄，第341-342頁。

註53：另一方面，系爭規定也造成對於原父漢母的系統性優惠待遇，讓原父及其子女過去享有的不平等結構延續、永存。

境，思索原住民身分法中隱含的常規、特權、選擇、認同等意涵及影響。

本文透過引介加拿大Descheneaux v. Canada一案判決，進而探討系爭規定何以構成性別歧視，於此認識基礎上，未來應可進一步探究系爭規定與憲法保障平等權之意旨是否有違。

有關原住民身分的取得，無論加拿大或是

台灣，都不僅侷限於性別平等的討論。由於原住民女性的雙重身分，系爭規定可進一步探討交叉歧視（intersectional discrimination）/ 雙重歧視（double discrimination）的問題。<sup>54</sup>其次，原住民身分攸關「誰是原住民」的身分認定、民族認同，系爭規定亦無法迴避原住民族自決的討論。<sup>55</sup>由於已超出本文之目的及範圍，有待另文再為研究。

註54：See Grammond, *supra* note 19, at 424-42; Bernard Duhaime & Josee-Anne Riverin, Double Discrimination and Equality Rights of Indigenous Women in Quebec, 65 U. Miami L. Rev. 903, 913-916 (2011).

註55：See Peach, *supra* note 10, at 140-144. (建議加拿大政府放棄定義印地安人，由原住民族社群自行決定其成員之身分資格)