

憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決協同意見書  
黃虹霞大法官提出  
蔡明誠大法官加入

「我是誰？」

壹、時間過得飛快！轉眼 20 年過去了。猶記得民國 90 年間，本席在第一審法院有罪判決後，輿論幾乎一邊倒的不利情形下，為十項全能國手、阿美族青年古金水先生作刑事公益辯護；本席當時對古先生無罪之確信，憑的正是檢察官所舉、第一審法院採納作為古先生有罪認定之最重要證據，即交通部民用航空局飛航安全委員會調查報告。同一份報告，審檢與辯截然不同之有罪、無罪解讀，這種案例不多。古先生是原住民，應該稱得上原民之光，本案也涉及原住民，不免挑起上開回憶，除了懷念故人，更想起當時，本席突破傳統，沒有先提出答辯、辯護狀，而是以連續 26 份調查證據聲請狀之方式，開啟為古先生辯護之路！就本案言：本席是主筆大法官，本件判決的憲法法理論述，雖不是主筆一人之見，而是在少數意見提醒下，整合折衝並包含多數意見大法官智慧之共同成果，但本席個人之法律上意見，大部分都已反映。本席在本件協同意見書中，不擬也不應重複贅述己見，只是就性別平權部分未能在理由書中詳予記載，所以以附件方式補充之。

作為主筆，本席認為本席有責任，用庶民的話語，說明本席意見形成的幾個重要基礎考量，同時想跟關心本案的人軟性溝通。就此，我想故技重施，仿為古先生所作之辯護模式，以提出下列問題之方式說明在本件判決背後本席之思維，並希望爭取共識，至少得到您的理解：

1、本席以為血統係先於人造憲法及法律存在的自然事實。您對這一點的看法？

先有人群才有國家，有國家才有憲法及法律；而人群之初，是一群有血脈關係者之結合（我們系出同源，不應相煎太急），所以血統是自然事實，先於人造憲法及法律存在。

如果血統係先於憲法及法律存在的自然事實，那麼認定是否為原住民即是否具原住民身分的人造法律，當然可以否定有原住民血統的人為原住民，使其不具原住民身分嗎？「我是誰」不是應該是個人自覺、自決嗎？為什麼有原住民血統者不能經由原住民戶籍登記當然取得原住民身分呢？法律予以否定，當然可以嗎？

2、本席以為原住民身分取得與原住民優惠措施應可以分離。您對這一點的看法？

憲法說要保障原住民權益！憲法可沒有說，可以以法律先剝奪部分有原住民血統並自我認同為原住民者之原住民身分，即先否定部分原住民，再對其餘原住民賦予優惠！這跟承認原住民身分，再依優惠措施性質，將不同優惠給予需要者，截然有別。因為原住民身分跟原住民之優惠措施可以分離，怎麼能為了不讓部分有原住民血統者得到優惠措施，就斷然不准他們在戶籍登記上作原住民登記，全然否定他們是原住民呢？不是不應該在原住民身分法中否定具原住民血統者之身分，而是應該在相關優惠措施法令中，進一步就優惠措施之資格作適當之規定，才對嗎？

3、本席以為原住民身分法第 4 條第 2 項規定與同條第 1 項規定對照，違反平等權。您對這一點的看法？

原住民身分法第 4 條第 1 項規定：「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分」；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」。同樣具有原住民血統，單單文義即可看出：不合第 2 項規定所附加要件者，不能取得原住民身分，兩個規定顯然有別！為什麼要有差別，這種分類適當且必要嗎？

4、本席以為即使原住民身分法第 4 條第 1 項規定內容修正為與同條第 2 項規定相同，仍然有性別不平權之情形(父姓傳統及極少數已登記為原住民者取原住民傳統名字之事實)。您的看法如何？

子女只能從父或母之姓是法律強制規定，因此原住民身分法第 4 條第 1 項規定縱使新增加從姓要件，只是虛晃一招，使第 1 項規定形式上即看起來好像與第 2 項規定拉平，但因父姓傳統之作用，所以事實上仍無解於性別實質不平權之結果。

又據內政部之統計資料顯示：具原住民身分者取原住民傳統名字之比例很低，<sup>1</sup>所以如果原住民身分法第 4 條第 1 項規定，修正為原住民與原住民結婚所生子女須取原住民傳統名字，才能取得原住民身分，那絕大部分原住民均將喪失原住民身分，其為不合理可行，非常明顯，所以不能為了求第 1 項及第 2 項規定符合平等權，而要求原住民均必須取原住民傳統名字，才能取得原住民身分。從而法律也不適合用是否取原住民傳統名字，作為可否取得原住民身分之標準。

5、本席以為楊仁福委員及章仁香委員暨與其等共同提

---

<sup>1</sup> 根據內政部至 111 年 2 月之統計資料，回復傳統名字之原住民為 4,586 人，以傳統名字之羅馬拼音並列登記者為 27,315 人(其中至少有 2,057 人是已取用傳統名字再以羅馬拼音並列)，以傳統名字申報出生登記者為 1,084 人(以上資料請參見內政部戶政司全球資訊網，原住民回復傳統姓名，<https://www.ris.gov.tw/app/portal/346>，最後瀏覽日：111 年 3 月 28 日)。111 年 2 月底統計之原住民人口有 581,134 人，則取用傳統名字者(含並列登記者)比例約為 4.9%。

案認一方父母為原住民，其子女即取得原住民身分之共 6 位立法委員，已佔 89 年原住民身分法立法當時，共 8 位原住民立委總額之四分之三之事實，應已能代表一般原住民族關於誰是原住民即身分取得之看法；又國籍法、其他相關法律如客家基本法、蒙藏族身分證明條例，均採父母一方血統為取得身分之要件，所以就原住民身分之取得，應採父母一方之血統即可（必須另作戶籍登記，乃屬當然）。您對這一點之看法？

國籍法等都採父母一方血統為取得身分之要件，四分之三原住民立法委員也提案認應採父母一方血統為取得原住民身分之要件，立法院黨團協商逕以法律（原住民身分法第 4 條第 2 項規定）強制對其中部分具原住民血統者，在戶籍登記為原住民及所屬族群別之外，增加額外要件，排除其原住民身分，這樣的立法妥適而不可議嗎？

6、本席以為如果拿掉對原住民之優惠措施，就不會有排擠原母嫁漢父所生子女取得原住民身分之問題，所以優惠措施是淵藪。您對這一點的看法？

有容乃大，加人加福氣；佛陀說黃金是毒蛇，少子化是明顯的事實，國家為扶助原住民而給與優惠保障，卻因此而引來以法律規定排擠掉部分原母所生子女，原住民人數必然更減少，對原住民文化傳承，有利嗎？具原住民血統的孩子是用錢買不到的！多一個具原住民身分的孩子，多一分發揚光大原住民族光榮文化的機會！

7、您同意原住民族本性是很大方、很願意分享族人的嗎？法律讓他們可能被認為是為了優惠措施而排擠同族人，這樣的法律對嗎？

最近有一個 Discovery 節目叫南島民族系列節目，以科學角度調查，並明白認定臺灣是南島民族的原鄉。其中提到

南島民族的原住民有分享食物的傳統，打獵回家會一路分送獵物給族人。這種傳統是不是似曾相識？對，在司法院釋字第 803 號解釋作成過程，曾聽原住民朋友如是說！多好的分享美德啊！

這種分享美德不應該被扼殺或妨礙！對照楊仁福、章仁香委員就原住民身分法第 4 條第 2 項規定的提案內容，這不是多數原住民立委之意思，那殺手已呼之欲出……唉！黃金生出毒害！即使無心，我們制定之法律，起了離間作用！證據是：如果依楊仁福、章仁香委員等的提案通過，會有今天的少數具原住民血統者間之對立嗎？答案是應該不會！這值得我們一起反省！

由博愛座禮讓想到：是不是請把優惠禮讓給更需要的族人！

貳、本席生長於傳統大家庭，身為人女、人媳、人妻、人母，不難理解兩位年長聲請人、一位年幼聲請人及其母之心情、甚或苦。她們據理力爭，就是勇者，對於她們的家務事，大家應予尊重，本席不認為有人有權以不夠勇敢指摘她或因此為難她、否定她包括拒絕賦與她的子女身分。最後我還想呼籲：優惠措施是短暫、一時的，血脈才是長久、代代相續的，何者值得珍惜保護，非常明白！

民國 100 年，我把清白的古先生交還古太太；今天透過這個判決，把三位原住民女兒交還原住民族大母親，希望大家珍惜接納歡迎她們，更希望她們及她們的後代，為原民族文化盡心，重現臺灣原住民祖先的光榮；讓斯土斯民，不分種族，共享榮耀！

附件：〈性別平等部分之原草案論述〉

(一) 據以審查之憲法權利及審查標準

中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等。又國家應維護婦女之人格尊嚴，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等，憲法第 7 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項分別定有明文，司法院並已以釋字第 365 號、第 372 號、第 410 號、第 452 號、第 457 號及第 728 號等解釋肯定兩性應實質平權。所稱性別歧視不僅指直接歧視與目的上歧視，並應包括間接歧視與結果上歧視。且立法者於形塑政策時，亦應避免形成性別角色之窠臼，否則亦有違反憲法第 7 條保障性別平等之意旨（司法院釋字第 807 號解釋參照）。

因我國長久以來之子女從父姓習慣（註 1），致生同樣從父姓者，因究係父或母為原住民而異其是否取得原住民身分之結果（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），更已經造成兩性實質不平權之結果，而為結果上間接歧視。而且此等因性別而形成之差別待遇，除難認係特殊例外情形外（註 2），亦非基於男女生理上之差異等。是本件亦涉及受憲法第 7 條保障之性別平等。

法規範之適用結果如形成性別差別待遇，或其差別待遇涉及攸關個人人格發展及人性尊嚴之重要基本權利，本庭應適用嚴格或中度審查標準。本件涉及原住民受憲法保障之身分認同權及性別實質平權，應採嚴格、至少中度標準審查之，即其目的須為特別重要公益或重要公益，其手段須絕對必要且無可替，或與目的間具實質關聯。

(二) 系爭規定一附加上開要件之手段，非絕對必要且無可替代，甚至該手段與其目的間不具實質關聯，違反憲法第 7 條對性別平等之保障，違憲；系爭規定二及三準用系爭規定

一部分，亦同

## 1、目的審查部分

如前所述，就促進原住民文化認同之目的言，尚屬特別重要公益，為合憲。

## 2、手段與目的間之關聯性部分

適用系爭規定一反造成兩性實質不平權之結果，與系爭規定一原所寓有之兩性平權意旨（立法院議案關係文書，院總第 1722 號政府提案第 7348 號參照），亦有未合。兩性平權係現代法治國所追求的高度價值（憲法增修條文第 10 條第 6 項規定參照），任何以促進文化認同為目的之手段，均不應造成性別實質不平權之結果；如竟造成性別實質不平權，該手段之合理必要性殆難想像。

國籍法第 2 條第 1 項第 1、2 款及蒙藏族身分證明條例第 3 條第 2 項規定均單純採父或母一方即單方為取得身分之標準，未就「父母雙方」與「父母一方」二者作差別待遇，對照觀察，系爭規定一附加上開要件之手段，其分類之必要性，顯然有疑。

關係機關雖稱：即便系爭規定一之適用結果形成明顯之性別差異，惟此係我國從父姓文化所致，系爭規定一並無助長或強化此種父姓文化之效果，相反地，系爭規定一反而有促成從母姓之實質效果（關係機關言詞辯論意旨書第 4 頁至第 6 頁參照）。惟一則仍無解於適用系爭規定一、二、三之結果，確有性別實質不平權之事實，二則所謂促成從母姓之實質效果，係關係機關經由系爭規定一之強制附加要件並對符合要件給予行政優惠之結果，與系爭規定一所欲達成之文化認同目的間，難認具實質關聯。

綜上，系爭規定一附加上開要件之手段非絕對必要且無

可替代，該手段與其目的間甚至不具實質關聯，抵觸憲法第 7 條保障性別平等之意旨，違憲。系爭規定二及三準用系爭規定一部分，亦同。

註 1：依內政部統計 104 年至 108 年 10 月出生嬰兒從姓情形，從父姓者比例達 95.21%，從母姓者為 4.74%（內政部統計處，出生嬰兒從姓統計，內政部統計通報 108 年第 47 週，2019 年 11 月 23 日。）

註 2：依關係機關原住民族委員會提出之言詞辯論書狀附件 1 之統計資料，父為原住民母非原住民或不詳者，僅有 3.4% 未取得原住民身分，而母為原住民父非原住民或不詳者，未取得原住民身分之比例則為 35.16%；劉千嘉、章英華以 99 年的普查資料為基礎，其研究指出，89 年後，原漢通婚家庭中之子女，原父漢母者，其子女為原住民者為 88.9%，原母漢父者，其子女為原住民者為 42.1%（請參見劉千嘉、章英華，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，載於人文及社會科學集刊，32 卷 1 期，2020 年 3 月，第 1 頁，第 19 頁，表 5）。