

## 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決協同意見書

許志雄大法官 提出

詹森林大法官 加入

一、司法院釋字第 803 號解釋依據憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，承認原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之文化權利，亦即原住民文化權為憲法保障之基本權。本號判決同樣以憲法第 22 條為依據，並參照憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定，呼應上開解釋保障原住民文化權之意旨，而承認原住民身分認同權為應受憲法保障之重要基本權利。就原住民之尊重及保障而言，於經歷釋字第 810 號解釋之短暫倒退後，如今呈現復甦現象，值得肯定。

無論原住民文化權或原住民身分認同權，均為原住民獨享之權利，屬少數者權利，在當代憲法學上日漸受到關注，惟其中蘊含諸多嚴肅之課題，必須審慎以對。本席於釋字第 803 號解釋部分協同部分不同意見書中，已從原住民文化權出發，就有關問題加以探討。茲為免重複，對原住民身分認同權之類似問題，不予贅述。以下主要針對原住民身分認同權之定位、性質及保障，論述一二。

二、人格權作為私法上之權利，歷史悠久。除與個人人格有本質性關聯之生命、身體及健康外，尚有名譽、姓名、肖像、隱私、自由及其他與生活有關之各種利益，均可廣泛稱為人格權。德國憲法判例及學說上，以基本法第 1 條「人性尊嚴」不可侵犯原則及第 2 條「人格之自由發展權利」為基礎，將

上開各種利益統稱為一般人格權<sup>1</sup>。人格權受憲法保障，亦為我國通說。司法院釋字第 664 號解釋理由書即直截了當表示：「人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第 22 條保障。」

無可諱言，人格利益牽涉甚廣，人格權之內涵及外延為何，未必明確。過去大法官承認姓名權（釋字第 399 號解釋參照）及子女獲知血統來源之權利（釋字第 587 號解釋參照）皆屬人格權之一環，且肯定隱私權攸關人格之自由發展（釋字第 603 號解釋參照），但未曾針對人格權加以定義，本號判決亦然。鑑於人格權保障之對象繁多，未可一視同仁，故依類別或領域分別為不同程度之保障，殊有必要<sup>2</sup>。本號判決承認個人及所屬群體之身分認同係人格權保障範圍，進一步充實人格權在個別領域之保障。而且，其正視原住民之特殊地位，認原住民之身分認同權應受高度保障，有關限制規定之合憲性應採嚴格審查基準。就此，本席敬表贊同。然原住民身分認同權畢竟具有獨特性，能否與一般人之身分認同權或人格權相提並論，非無疑義。

三、人權具有普遍性，乃任何人皆得享有之權利，應與種族、性別及身分無關，甚至外國人，只要是權利性質上允許者，亦得享有之。如前揭司法院釋字第 664 號解釋所示，人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權具有普遍性，任何人皆得享有之，其為人權之一種，自屬當然。一般人之身分認同，既係人格權涵蓋之範圍，其具備人權性質，不言可喻。因原住民身分

<sup>1</sup> 芦部信喜著，憲法學Ⅱ，有斐閣，1994 年第 1 版第 2 刷，頁 359。

<sup>2</sup> 戶波江二著，自己決定權の意義と射程，收於芦部信喜先生古稀祝賀「現代立憲主義の展開上」，有斐閣，1994 年，頁 337。

認同權乃原住民方能享有之權利，權利主體受限，未具備一般人均得享有之普遍性，顯與人權之特性有所扞格，故即使認定為憲法上權利或基本權利（司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款、憲法訴訟法第60條第5款及第61條第1項參照），亦與嚴格意義之人權有別。要之，原住民身分認同權出於人權（人格權），而入於人權以外之憲法上權利或基本權利，這種定位及性質上之變化頗堪吟味。

所謂憲法上權利或基本權利，係指受實定憲法保障之權利，包括實定化之人權及其他性質之權利。人身自由、表現自由、宗教自由及職業自由等，屬典型之人權；一般行為自由則為其他性質之憲法上權利或基本權利。人權之種類及性質不一，所受保障程度有高有低，違憲審查基準或寬或嚴。同理，人權以外之各種憲法上權利或基本權利，其受保障程度及違憲審查基準亦未必一致。例如一般行為自由，不涉及人格利益及個人尊嚴，所受保障程度自然較低，違憲審查基準亦趨於寬鬆。反之，原住民身分認同權攸關原住民之個人尊嚴及人格發展，如本號判決所示，應受高度保障，並採嚴格審查基準。

四、何謂原住民及原住民族，國內外迄今存有各種議論。包含聯合國原住民族權利宣言在內，國際間尚無確立統一之定義<sup>3</sup>，我國法律亦欠缺明確之規定。因此，原住民身分如何認定，難免出現歧見。惟關於原住民及原住民族之身分與歸屬，聯合國原住民族權利宣言採自我認同原則。其第9條規定：「原住民族及個人有權按照一個原住民族社區或民族之傳

---

<sup>3</sup> 常本照樹著，先住民族であるとの認識に基づく政策と憲法，收於『『憲法の基底と憲法論』高見勝利先生古稀記念』，信山社，2015年，頁536。

統及習俗，歸屬該社區或民族。此項權利之行使不得引起任何形式之歧視。」第 33 條第 1 項前段規定：「原住民族有權按照其習俗及傳統，決定自己之身分或歸屬。」原住民族之自我認同原則，同樣見諸國際勞工組織原住民與部落人民公約第 1 條第 1 項第 3 款規定。憲法增修條文第 10 條第 11 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。」尤其同條第 12 項明定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與……」應寓有相同意旨。本號判決亦主張，原住民之身分原則上應依自我認同原則決定。

原住民身分法原則上採血統或擬制血統主義及自我認同原則，殆與前揭宣言及公約規定之意旨若合符節。惟系爭之原住民身分法第 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。」多數意見認其於血統主義外附加「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部分，不符比例原則，侵害原住民身分認同權。本席認為，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，係出於原住民之立場，意在積極尊重原住民，保障原住民之權利。反之，原住民身分法規定之原住民文化認同要件，則偏重公權力之立場，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。二者雖然皆稱「認同」，但文化認同要件與自我認同原則大異其趣，不能不辨。

本號判決以併予敘明方式，指出：「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。」本席認為，我國原住

民族實際上包含諸多原住民族及部落，其彼此之傳統及文化頗有差異。原住民身分法未來修正時，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。至現行原住民身分法立法時，固有原住民立法委員之積極參與及強力影響，但尚難因此即謂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。