

## 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決不同意見書

呂太郎大法官提出

### 壹、本席立場

本席認為原住民身分法第 4 條第 2 項（即系爭規定一）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。」與憲法並無牴觸。

### 貳、尊重原住民族意願認定原住民身分，是憲法所要求之原則

按原住民個人，應如同其他非原住民之人民，平等同受憲法有關人民權利之保障，本無待論。就原住民及集合原住民所成之原住民族，在憲法上另賦予一般人民或其他民族所無之特別保障，亦即憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款關於原住民立法委員席次之保障，及第 10 條第 11 項及第 12 項有關原住民族地位、政治參與、文化、教育、民生經濟、福利等所為保障、扶助。至於保障之辦法，憲法增修條文第 10 條第 12 項特別指示國家「應依民族意願」以法律定之。

蓋尊重原住民族之自主決定，乃國家處理原住民族事務之重要原則，亦為聯合國大會通過之原住民族權利宣言所一再強調，前開憲法增修條文亦在揭櫫此一原則。所謂「民族意願」，從文義理解，當為一個集合概念，指某一原住民族群共同（至少是多數）之意願，而非指族內「個別原住民」之意願。因此，國家在建構相關原住民族之法律制度時，應依原住民族群之意願，而非指族內「個別原住民」之意願，乃當然之解釋。

應特別說明者，所謂「民族意願」，文義上固不排除依據特定民族（例如阿美族、泰雅族……等）之意願，制定屬於該族群之法律。但鑑於國內有眾多不同之原住民族，人數多寡不一，只為人數極少之特定原住民族制定法律，未必切合實際。何況臺灣因地狹人稠，不同原住民族間往來頻繁，應以法律規範其共同事項者，必所在多有。因此亦不能排除國家得依據「所有原住民族之意願」，制定可適用於所有原住民族之法律。

參、憲法上「原住民族」或「原住民」，為一法律概念

一、原住民族或原住民的意義或概念，可以從血緣、文化、社會、宗教或法律等層面加以描述。憲法增修條文第4條第1項第2款規定：「(立法委員席次)自由地區平地原住民及山地原住民各三人」，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。」第12項規定：「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。」雖未就該項規定所稱之原住民族或原住民，為任何定義。然判斷前開憲法所稱之「原住民族」或「原住民」之意義，乃國家依憲法規定建構包含原住民立法委員席次如何產生之法律，以及制定發展、推動原住民族語言文化及保障、扶助、促進發展原住民族事務之法律制度，所必須先行完成之準備作業。此之「原住民族」或「原住民」之意義如何，也影響到如何透過法律之制定，履行憲法上開義務問題。因此「原住民族」或「原住民」一詞，自然也成為適用憲法或依據憲法制定之法律時，所必須定義之法律概念。

二、吾人為了描述、理解、分析、討論及解決某一問題，通常會先就要處理之問題，界定其範圍，避免焦點模糊，言人人殊。為了要從憲法或法律制度層面，討論「原住民族」或「原住民」，當然必須界定「原住民族」或「原住民」，在憲法或法律制度上應有的意義或範圍。尤其憲法或法律制度是以國家權力加以維持與運作，事涉國家資源利用或國家能力範圍，所以在界定「原住民族」或「原住民」於憲法或法律制度上的意義或範圍時，更須具備明確標準、符合法律目的及可經由國家權力予以執行等要素。

例如為了遵循憲法有關平地原住民及山地原住民立法委員席次之規定，法律必須就「平地原住民」及「山地原住民」設有具備前述要素之認定標準。為了善用國家有限資源，充分、有效率履行前開憲法增修條文第10條第11項及第12項之義務，亦須以具備前述要素之認定標準，界定「原住民族」、「原住民」之範圍。事實上，如後述肆、二之立法過程，及協商通過之原住民身分法第1條第1項明定：「為認定原住民身分，保障原住民權益，特制定本法。」可知原住民身分法是由原住民立法委員主動提出法律草案，立法目的係為使原住民得享有前開憲法增修條文所賦予之權益，因而必須認定原住民在法律上之身分。

肆、基於議會民主制度，依原住民族之立法委員共識所制定之原住民身分法，原則上應認為符合原住民族之意願

一、在議會民主制下，國家法律之制定，應由代表民意組成之立法機關為之。我國憲法亦規定立法院有議決法律案

等權力，立法院由人民選舉之立法委員組織，代表人民行使立法權（憲法第63條、第62條參照）。是就憲法規定之意旨或民主政治之運作實際而言，民意代表於立法機關所為立法或其他意見表達，除非人民直接進行法律案之創制、複決或公民投票，否則常態上應被認定為係所代表之人民之意思。

二、就原住民身分法之立法過程觀之，應認為符合憲法增修條文第10條第12項之原住民族意願所制定之法律。理由如下：

（一）立法院內政及民族委員會立法委員楊仁福（中國國民黨籍，阿美族）於中華民國89年1月5日提出「原住民身分認定法草案」，於立法說明中指出立法目的為：「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第十條（按：公報誤載為第十一條）所賦與的權利。」有關原住民身分之認定，草案採血統主義，第4條規定，雙親為原住民，則子女取得原住民身分，雙親之一為原住民，子女是否取得原住民身分，於當事人未滿18歲時，由父母協議決定是否取得原住民身分，而年滿18歲者，則依當事人個人意願決定是否取得、保留或喪失原住民身分（立法院第4屆第2會期第16次會議議案關係文書，委81頁至委85頁參照）。

（二）立法委員章仁香（中國國民黨籍，阿美族）、林春德（親民黨籍，賽德克族）、曾華德（中國國民黨籍，排灣族）於89年4月19日共同提出「原住民身分法草案」，其立法目的為：「原住民身分之取得

與喪失等事項，係取得原住民權益或優惠受益對象之資格，屬人民權利、義務之事項，中央法規標準法第五條第二款明定，應以法律定之。」有關原住民身分之認定，草案第3條規定，父母均為原住民者，其所生之子女取得原住民身分。父母有一方為原住民，另一方為非原住民者，除父母另有協議外，其子女取得原住民身分。如父母協議其子女為非原住民者，其子女於成年後，得自願取得原住民身分（立法院第4屆第3會期第9次會議議案關係文書，委19頁至委23頁參照）。

(三) 上開2草案經該委員會併案審查，幾經討論後，於89年5月10日之審查會，決議有關前開楊委員版第4條及章委員版第3條，均予保留，送院會討論（立法院公報第89卷第28期委員會紀錄，第333頁、第353頁及第90卷第5期院會紀錄，第455頁參照）

(四) 89年5月20日民主進步黨籍之陳水扁先生就任總統，前述(一)及(二)提案之委員成為在野黨立法委員。行政院於同年9月23日函請立法院審議「原住民身分認定條例草案」，併同(一)及(二)草案審議。於90年1月2日、3日、4日召開之立法院第4屆第4會期第28次院會（二讀會），併案審議上開草案時，主席宣布：「針對本案，在野聯盟有一協商結論。……本案逐條討論時，依在野聯盟協商結論所列條文次序進行處理。」旋於院會照上開協商條文通過（立法院公報第90卷第5期

院會紀錄，第 462 頁至 464 頁參照)。

(五) 查上開立法院在野聯盟協商會議，係於 89 年 12 月 26 日中午 12 時 20 分至 2 時 50 分，於立法院試場三樓會議室召開，出席委員為楊仁福(中國國民黨籍，阿美族)、瓦歷斯.貝林(全國民主非政黨聯盟推舉，賽德克族)、章仁香(中國國民黨籍，阿美族)、蔡中涵(親民黨籍，阿美族)、高揚昇(中國國民黨籍，泰雅族)、林春德(親民黨籍，賽德克族)、曾華德(中國國民黨籍，排灣族)。參與協商之代表，除前述出席委員外，另有鍾紹和、何智輝、馮定國、蔡豪、賴士葆、曾永權及羅福助等在野立法委員。與本件有關之協商結論，法案名稱定為「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。」(立法院公報第 90 卷第 5 期院會紀錄，第 463 頁及 464 頁參照)。

上開協商會議，係由各在野黨之原住民立法委員出席，在野之其他立法委員參與協商，至於政府部分(行政院)所提出之「原住民身分認定條例」草案，從院會紀錄觀之，並未進行實質審議。縱該協商結論之內容，與政府部門所擬之草案內容相同，以當時立法委員席次分配係處於「朝小野大」之情況，難認該協商結論係出於國家行政部門之意思，而非出於協商之立法委員之共識。又出席之立法委員全部為原住民立法委員，因此應認為依此一協商結論所制定之原住民身

分法，符合憲法增修條文第 10 條第 12 項所要求「依民族意願」制定有關保障、扶助原住民族之法律。

#### 伍、大法官不能忽視原住民族之意願

作為憲法審查機關，大法官係針對系爭規定一之「原住民」身分之取得，是否為履行憲法義務所採取之適當規定為判斷，不是就系爭規定一是否符合文化、社會、政治、血緣等層面之原住民身分。又依憲法增修條文第 10 條第 12 項規定，國家為保障、扶助原住民族地位、政治參與、文化、教育、民生經濟、福利等所制定之法律，其所規範者，基本上為原住民族之族群認同、原住民身分之認同或原住民族權益之取得或分配之問題，均與原住民族之文化有關，且為原住民族內部問題，與原住民基於一般人民地位應受憲法保障之權利，關係較薄。故憲法前開增修條文乃規定制定此等法律「應依原住民族之意願」，則大法官於審查上開法律是否違憲，自應以該法律是否係依原住民族意願所制定，為審查依據，不能忽視原住民族之意願而為審查，自屬當然。

試想：如果全體原住民均認為系爭規定一符合其傳統文化，亦有助於其地位、身分之保障，大法官得否不受原住民族意願之拘束，認為系爭規定一對於某些特定之原住民仍可能發生不利，以違反性別平等、比例原則等理由，宣告系爭規定一違憲？退一步言，如以公民投票方式確認多數原住民族均同意系爭規定一者，情況是否有所不同？如前述二種情形，均應採否定，認為大法官應尊重基於原住民族之意願所制定之法律，不得為違憲宣告，何以原住民以選舉方式選出代表其意願之立法委員所為之立法，大法官即可以無視其亦出於原住民族之意願，而得為違憲之宣告？

陸、系爭規定一實質上亦難認係違憲

一、原住民身分法制定之主要目的，在於使原住民得否享有憲法增修條文第10條第11項及第12項所賦予之權益，有認定標準

原住民身分法制定之主要目的不論基於「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第十條（按：公報誤載為第十一條）所賦與的權利。」（楊仁福委員版），或基於「原住民身分之取得與喪失等事項，係取得原住民權益或優惠受益對象之資格，屬人民權利、義務之事項，中央法規標準法第五條第二款明定，應以法律定之。」（章仁香等委員版），均為判斷得否取得原住民所享有之法律上權利、義務之事宜。因此，應否賦予原住民身分，所應考慮者，除了原住民個人之族群認同外，亦涉及國家資源如何善用、國家能力範圍之問題。

易言之，無限制擴大原住民身分之認定，是否會使原住民族與非原住民間之區別變為模糊，欠缺原住民族群體之認同性？是否因而稀釋國家有限資源，導致憲法增修條文第10條第12項，要求國家應有保障、扶助原住民地位、權利或教育、文化等義務，流於華而不實之口號？反之，過於限縮原住民之身分認定條件，致國家資源僅為少數人所享有，是否將使前開憲法增修條文之意旨，反造成特權化之現象？乃系爭規定一所欲處理之問題。

至於如何從人格權、人性尊嚴、血緣關係、歷史地位或傳統文化等層面，界定原住民身分之取得，既非系爭規定一所欲解決之問題，可能也不是法律所能解決之問題（參照原住民身分法第2條關於「最初之原住民」之界定，亦出於國家權力）。

本判決多數意見雖認為「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」<sup>1</sup>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」(判決第 50 段)。然本席認為，原住民身分法之立法目的，本來就是為了確定得享有現行法有關原住民權益之「主體」為何所設共通規定，並不排除其他法律基於特別行政考量，另就得享有特定權益之原住民，特別規定其他要件(原住民身分法第 1 條第 2 項參照)，若其他法律未為特別規定，即依原住民身分法之規定，如此即可不必就個別規定適用之「原住民」要件。事實上，現行法規及行政規則中，就原住民為特別規定者，法規數量即達數百種，所涉法條數量更逾千條。在個別法規或行政規則分別規定應適用該法規或得適用該法規之「原住民」之要件，在立法技術上，其實並不可行，且無必要。

以最近公布有關原住民之解釋為例，如釋字第 803 號解釋所涉之野生動物保護法、槍砲彈藥刀械管制條例規定之特別受保護或除罪之原住民，釋字第 810 號解釋所涉之原住民族工作權保障法及政府採購法規定應僱用之一定比例原住民，是否也要在上開法律規定「何種條件下之原住民」才可適用上開規定，不符合此種條件者，縱然具有原住民身分，亦不適用上開法律？

二、將原住民血緣與原住民身分同視，難落實憲法要求

系爭規定一：「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。」此一規定，係適用於原住民與非原住民結婚所生子女。從血緣之觀點，如有 100%原住民血緣之原住民，與完全無原住民血緣之非原住民結婚，則其所生之子女係具有 1/2 之原住民血緣。如該子女復與非原住民結婚，則所生之第 2 代子女，僅有 1/4 之原住民血緣，依此類推此一結婚模式，其所生子女之原住民血緣，第 3 代為 1/8，第 4 代為 1/16，第 5 代為 1/32，第 6 代為 1/64，第 7 代為 1/128，時間愈久，原住民血緣關係愈淡薄。

立法政策上，規定凡有原住民血緣者，均具有原住民身分，理論上雖非不可行。只是作為履行憲法要求之法律制度，應有其穩定性與持續性，如果僅從血緣觀點，作為認定原住民身分之唯一要件，將原住民血緣有無等同原住民身分有無，則歷時愈久，原住民血緣愈淡薄，但原住民人數愈多，個別原住民所享有之國家資源必將嚴重稀釋，將無法真正落實憲法增修條文第 10 條第 12 項保障、扶助原住民族之意旨。

何況依前述原住民立法委員楊仁福提案第 4 條及章仁香委員提案第 3 條，以及在野聯盟之協商結論，原住民與非原住民結婚之情形，所生子女是否取得原住民身分，於子女未成年時，由父母協議決定，成年後可自行決定。即便是立法院第 4 屆 8 位之原住民立法委員中，唯一未參與協商之林正二委員（阿美族，中國國民黨），亦連署楊仁福委員提出之前述「原住民身分認定法草案」，贊同草案第 4 條規定，且於審查會時表達原住民子女身分，應由父母決定之立場（立法院第 4 屆第 2 會期第 16 次會議議案關係文書，委 81 頁、84 頁，立法院公報第 89 卷第 28 期委員會紀錄，第 341 頁參

照)。可知於立法過程中對於原住民與非原住民結婚所生子女，不因有原住民血緣即當然取得原住民身分，並無不同意見。

此外，將原住民血緣有無等同原住民身分有無，尚須面臨二個問題：一、如何證明身為「原住民」之父或母，係具有原住民血緣，因而取得原住民之身分（原住民身分法第 2 條參照）？二、有關為原住民收養無原住民血緣之子女，是否應取得原住民身分？

三、法律規定原住民身分之取得，除血緣外尚須有認同之表徵，並不違憲

按血緣為識別不同民族之重要因素，固無待言。然為建構國家有關原住民之法律制度，難將原住民血緣有無等同原住民身分有無，亦如前述。依憲法增修條文所保障、扶助者，為原住民族地位、政治參與、文化、教育、民生經濟、福利等原住民族文化生活事項，而非成員之個別原住民之血緣。身為原住民族成員之個別原住民，固有認同並遵循傳統文化生活之權利，但此權利仍係緣自前開憲法增修條文所承認之原住民族文化（釋字第 803 號解釋參照）。系爭規定一應認係依據原住民族意願所制定之法律，已如前述，其對欲取得原住民身分而受前開憲法增修條文所特別保障、扶助之權利者，設定除血緣之外，另須具備原住民族所認同之表徵，以強固或凸顯原住民族文化之主體性，使原住民族文化得以延續、發展，亦難認與前開憲法增修條文之意旨有違。

四、以姓名作為身分認同之表徵，亦不違憲

（一）姓名是身分表徵也是國家制度

姓名為他人對自己之呼號，為自己與他人進行社會

活動時，所不可欠缺之媒介。姓名，具有表彰自己與他人為不同之主體，以利於社會活動上之辨識之功能。某程度，姓名也具有表明自己所屬之血緣與宗族等功能，在愈重視傳統文化之社會，此一功能愈為明顯。尤其在一個社會或國家內，處於政經地位弱勢之少數民族，透過姓名達到族群認同，有時更顯其必要性。惟不可忽視者，依我國目前整體法律制度，姓名亦有便於國家各項施政之功能。因此，姓名權固然屬於表彰個人身分之人格權之一環，但姓名制度，也是國家制度，自不待言。

## （二）姓名非不得作為認同原住民身分之手段

個別原住民族對其所屬成員之身分認同方式，固未必一致，即使是姓或名，各原住民族亦有不同之傳統。如果是否具有原住民身分，在法律上並無特殊效果，亦不涉國家施政，國家自無透過法律規定原住民身分如何取得之必要。然而，原住民族之意義、範圍或原住民身分，已成為國家之憲法或法律制度之一環，且與原住民族或原住民之法律上權益有關，已如前述。因此，國家依原住民族之意願，制定可適用於全體原住民族之認同方式，即難遽認與憲法意旨不合。

至於認同方式，究依血緣、宗教儀式、紋面、服飾、姓名、戶籍註記或其他方式，當然可以有各種選擇，只須依原住民族之共同意願，選擇易於辨識、易於執行、可適用於全體原住民族又可真正落實憲法增修條文保障、扶助原住民族之意旨者，即無違背憲法之問題。

鑑於前述（一），姓名於表彰個人主體性、社會交往、族群認同及國家施政上之功能。因此，依原住民族意願

所制定之系爭規定一，選擇以具有原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字，作為原住民身分認同之表徵，即難認為違反憲法。

### (三) 已賦予當事人選擇機會，無所謂平等問題

或有主張系爭規定一規定：「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。」與同條第1項規定：「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分。」相較，系爭規定一已違反平等。然究違反何種平等，則有不同觀點，或認為於漢父原母結婚之情形，在社會多採用父姓之傳統下，所生子女亦採父姓而無法取得原住民身分，有歧視女性之不平等；或認為於「原與原結婚」之情形，依同條第1項，不論採父或母姓，均取得原住民身分，但於「原與非原結婚」之情形，則須從有原住民身分之父或母之姓，始能取得原住民身分，二相比較，對「原與非原結婚」之子女不公平。

按系爭規定一與同條第1項之規定，可以從血緣與從姓二層面觀察。就血緣之觀點，二者所生子女，均有原住民血緣，似乎應同賦予原住民身分，始符公平。然而，將原住民血緣與原住民身分同視，難成為落實憲法增修條文意旨之法律制度，已如前述，故以此觀點認為系爭規定一違反平等，僅重視形式平等，忽略憲法增修條文特別保障、扶助原住民族之意旨，已難贊同。就從姓之觀點，表面觀之，二者似有不同。但實質而言，二者均「從具原住民身分之父或母姓」為取得原住民身分之要件。易言之，於第1項規定情形，不論從父姓或母

姓，亦係因其「從具原住民身分之父或母姓」，故取得原住民身分，與系爭規定一，並無不同，難認其違反平等原則。

何況於原住民與非原住民結婚之情形，除非法律將原住民血緣與原住民身分同視，規定凡有原住民血緣者，即有原住民身分，否則就其所生子女應否享有原住民身分，必發生須有所選擇之問題。但將原住民血緣與原住民身分同視之立法，並非可採，已如前述。又依前述，於原住民與非原住民結婚之情形，所生子女並不因有原住民血緣而當然取得原住民身分，於子女未成年時，仍應由父母協議決定，成年後可自行決定，於立法過程中並無不同意見。因此，只剩如何選擇或由誰選擇之問題。依系爭規定一及同法第7條第1項規定，於子女未成年前由父母選擇，成年後可自行選擇，已賦予當事人有選擇機會。

(四) 系爭規定一，並非不可變更或透過法律解釋，達到本判決希望之認同方式

系爭規定一，縱以是否從原住民之父或母之姓，或原住民傳統名字，作為選擇享有原住民身分之方法，而不以其他方式，只是原住民族之意願之表達而已，並不排除嗣後復依原住民族新意願，制定其他選擇之法律。但無論如何，基於憲法增修條文要求「應依原住民族意願」制定法律，不應發生未選擇大法官所認為之「最好」或「更好」方式，即宣告該依原住民族意願所制定之法律違憲。何況系爭規定一係規定：「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。」原住民傳統名字，可作為取得原住民身分之條件，而所謂具原住民身分之父或母之姓，亦包含漢姓及漢名在內。從而，為達到本判決多數意見，認為「要求在從非原住民父或母之漢姓、漢名之外，另並列具所屬原住民族傳統意義之名字」（本判決第 30 段），亦可取得原住民身分之目的，透過對系爭規定一為合理解釋，並非絕不可行，未必要宣告其違憲。