

## 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決不同意見書

蔡宗珍大法官提出  
吳大法官陳環加入  
林俊益大法官加入  
張瓊文大法官加入

本判決核心爭議在於原住民身分法第 4 條第 2 項規定是否違憲。對此，本席認為，就原住民與非原住民結婚所生之未成年子女，於其成年而得以自主變更為從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字，以取得原住民身分前，欠缺使其仍有依其他一定要件而取得原住民身分之機會之規定，於此範圍內，國家依憲法之委託所負有之立法形成原住民身分法制義務之履行顯有不足，牴觸憲法保障原住民族地位與權利之意旨，應由有關機關修正相關法律妥為規定。上開主張與理據，與多數意見所支持之本判決主文與理由均有重大差異，爰提出不同意見如下：

### 一、憲法審查基礎

國家應積極維護發展原住民族語言及文化，並應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項定有明文。是原住民族之地位、政治參與、語言及文化之存續與發展等，均受憲法明文保障，國家負有保障、維護、扶助並促進其發展之義務。此外，憲法更明文要求國家應以法律明定對原住民族教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業之保障扶助與促其發展之各種措施（憲法增修條文第 10 條第 12 項規定參照），

乃憲法具體委託之國家任務，國家依此負有立法實施相關行政措施之積極給付義務，其目的應在於藉此積極調整原住民族長期所承受之各種生存與發展上之不利處境與不平等待遇，進而促進原住民族於各領域之平等發展。基此，國家對原住民族所負有之憲法義務，主要即為落實憲法各種保障及受憲法委託之積極給付義務。

原住民係原住民族之構成員，乃具體承載與表現其所屬原住民族之認同與文化傳承之主體，為國家履行憲法委託之積極給付義務之基本前提與實施對象，是原住民自應為憲法對原住民族之保障之一部分。惟有關原住民之意涵及其資格要件，憲法並未自行定義，而須由立法者制定法律具體形成，正如同中華民國國民資格所繫之中華民國國籍（憲法第 3 條規定參照）、邊疆地區各民族（憲法第 168 條及第 169 條規定參照）、澎湖、金門及馬祖地區人民（憲法增修條文第 10 條第 12 項後段規定參照）與僑居國外國民（憲法增修條文第 10 條第 13 項規定參照）等受憲法保障之人民特定身分或地位般，均須由立法者立法形成其身分認定要件，方得落實憲法相關保障意旨。立法者此等立法形成任務，性質上應屬強制性（而非任意性）憲法委託事項，立法者因而負有立法形成原住民身分認定法制之義務。

就此立法義務之履行，立法者固享有一定程度之立法形成自由，惟其立法決定須符合立法平等之要求，亦即其所選擇之用以認定原住民身分之連結要素或身分取得要件，須與立法建立原住民身分之目的間具有正當合理之關聯，不得恣意。又，此等立法者基於憲法委託所負之立法義務，其履行

尚須達最低限度之要求，如其立法建立之原住民身分取得標準與要件，若將導致特定範圍之權利主體取得原住民身分之機會遭第三人（包括其父母或其他法定代理人）封鎖者，立法者之義務履行即難謂已達憲法最低限度之要求。

就原住民身分之連結要素或身分取得要件之立法決定而言，除直接影響個人就原住民身分之取得外，亦對其所屬原住民族之傳承與發展有重大而深遠之影響，因此，對此所為之立法制度形成，立法者除應考量原住民族文化與傳統習俗外，亦應適切保障與維護原住民族成員間之認同、凝聚與文化傳承之永續發展。是以，原住民身分取得之重要考量因素，即不外客觀性與主觀性要素二種，均為立法者履行憲法委託之立法義務時所應考量者。其中，客觀性要素通常以血統主義表現，即欲取得原住民身分者，須為原住民之後裔。主觀性要素則著重於主觀上認同，亦即欲取得原住民身分者對所欲參與之原住民族須有群體之認同，並自我認同為其成員，後者尤為是否承認其為原住民之關鍵（1989年原住民族與部落族群公約第1條2項規定參照）。客觀血統要素之要求，係為顯示原住民族群成員身分客觀之傳承；主觀認同要素則有助於確保用以凝聚原住民族之精神、價值與文化之傳承。立法者於原住民身分取得法制之形成上，若僅偏重客觀性之原住民血緣傳承關係，忽視對原住民族之認同或為其成員之自我認同等主觀要素之要求者，其於履行受憲法委託之立法義務上，即有不符憲法委託意旨之不足。

尤須說明者，「原住民」乃是一種法律地位或身分（Status），係附隨於權利主體之法律屬性，其本身尚無涉憲

法上之權利概念，而是享有憲法與法律所保障或賦予之相關權利之前提資格，且有待立法具體形成其要件等內涵，已如前述。因此，依法取得原住民身分之人民，除其本於人民與國民身分本得享有之各種憲法基本權外，亦得享有具原住民身分者始得享有之憲法保障與權利（如司法院釋字第 803 號解釋所肯認之原住民文化權利）；未能依法取得原住民身分者，則尚難主張其基於憲法人格權之保障，即享有所謂「原住民身分認同權」，或甚至以憲法第 22 條為據直接認定該等權利之存在，進而主張有權取得原住民身分。從憲法基本權之權利內涵，無法導出基本權主體之身分屬性，更無法導出基本權主體對該身分屬性之取得權或「身分認同權」，否則形同主張與論理邏輯之循環。「身分」既不同於權利，則立法者於立法形成身分法制時，固受各種憲法客觀規範之拘束，但基本權主體對此尚無得據以向立法者主張特定憲法上權能與內涵之基本權可言，就此而言，自無憲法上用以節制國家權力過度侵害人民基本權之比例原則之適用。

## 二、現行法制關於原住民身分之認定與取得要件

### （一）原住民身分之認定

現制下，有關原住民身分之認定與取得要件，係明定於自中華民國 90 年 1 月 1 日起施行之原住民身分法，其前身則依序為 69 年 4 月 8 日臺灣省政府發布施行之「臺灣省山胞身分認定標準」、80 年 10 月 14 日內政部發布施行之「山胞身分認定標準」及 83 年 10 月 24 日內政部修正發布之「原住民身分認定標準」。於臺灣省政府發布施行臺灣省山胞身

分認定標準前，有關原住民身分之認定，並未以統一法規予以明定，而是以台灣省政府自 35 年起陸續下達之公函為依據。而有關於原住民身分認定之標準，自始即以臺灣光復前之戶口調查簿之登記資料為據，亦即臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者，為山地原住民；臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者，為平地原住民（原住民身分法第 2 條規定參照）。本人據上開規定所為山地或平地原住民之登記，乃原住民身分之創始登記。基此，原住民身分之認定，係藉助臺灣光復前之籍設地及戶口調查簿登記其本人或其直系血親尊親屬為原住民族者為原住民，由此彰顯原住民身分之認定，係以特定制度為基礎，而非根源於「原始存在」之權利。

## （二）現制下原住民身分取得要件及其內涵分析

關於原住民身分之取得標準，自始（民國 35 年後）即以父母子女間之血緣關係（即所謂血統主義）為基礎，以具原住民身分之父母身分為前提，進而定其子女取得原住民身分之要件。其內容演變至今雖已有相當大之變化，然自始至今不變的是，取得（及嗣後喪失或回復）原住民身分之申請、審核、准駁決定與顯示，均係以戶籍登記方式為之，且得於子女出生登記時即併同辦理登記。換言之，我國原住民之身分，自始即以戶籍登記方式確認之，為國民身分基礎上所賦予之一種外加法律身分，並非如若干外國法制（往往見於無戶籍管理制度之國家），係依各種保障或福利措施之目的而

分別個案認定之。也由於原住民身分之取得自始即與戶籍登記相結合，且於父母為子女辦理出生登記時即得為之，因此，無論原住民身分法制化前或後，有關原住民身分取得要件，有權機關均納入或結合戶籍登記（尤其出生登記）之個人基本登記事項之要素。

就現制言，原住民身分之取得要件，主要規定於原住民身分法第 4 條至第 8 條。其中，本件聲請案核心爭議所在之原住民身分法第 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。」（下稱系爭規定）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」、第 5 條針對收養情形之規定及第 6 條針對原住民之非婚生子女之規定，共同構成原住民之子女取得原住民身分之基礎要件；第 7 條及第 8 條則為上開規定之補充規定。

就上開規定為整體觀察，首先，立法者就原住民身分之取得，係以父母子女之法律上血親關係（法律上血統主義）為客觀前提；其次，立法者進而區分天然血親（含婚生或非婚生子女）與擬制血親（收養），分別設定不同之原住民身分取得要件，屬於由欲申請取得原住民身分者依其意志而予以滿足之要件，性質上應屬於主觀要件。其中，就天然血親之子女取得原住民身分之要件部分，係納入子女之從姓與名字之要素而為規定。

由於我國法制上有關子女之從姓，除養子女得例外維持原來之姓外，無論婚生子女抑或非婚生子女，均僅得從父姓

或母姓（民法第 1059 條、第 1059 條之 1 及第 1078 條規定參照），而子女欲從父或母之傳統名字者，係以其父或母具原住民身分為前提；因此，除收養情形所生擬制血親關係有特別規定外，凡原住民所生之子女，其原住民身分之取得，實均以「子女從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」為共通要件。此於原住民與非原住民結婚所生子女，或原住民所生非婚生子女經非原住民父認領，或非原住民所生非婚生子女經原住民父認領之情形，已明文表現於系爭規定與同法第 6 條規定中；即如父母雙方均為原住民以及原住民女子之非婚生子女之情形，其子女亦必從其原住民父母之一方或原住民生母之姓或其傳統名字。因此，現行取得原住民身分之規定均隱含上開共通要件。

申言之，就第 4 條第 1 項之規定言，其雖未若系爭規定明定「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者」之要件，而僅簡潔規定：「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分」，然原住民與原住民結婚所生子女，亦必從其父或母之姓或取用原住民傳統名字，因此該規定本質上即已蘊含與系爭規定相同之要件內涵，僅立法技術上予以省略。該條 2 項規定實可整合、簡化為：「婚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。」就此而言，系爭規定與同條第 1 項規定間，並不存在取得原住民身分法定要件之差異。

綜上，立法者針對天然血親之父母子女關係，就其子女原住民身分之取得之主觀要件，係採從其具原住民身分之父或母一方之姓，或從其原住民傳統名字之要件。

### 三、系爭規定內容之合憲性審查

立法者既以「婚生子女從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」為天然血親之子女取得原住民身分之共通要件，系爭規定係針對其中原住民與非原住民結婚所生子女之情形而為規定，因此，系爭規定之合憲性審查，其核心爭議仍在立法者以上開共通要件為原住民身分取得要件是否合憲問題。具體而言，立法者以「從姓」或「取用原住民傳統名字」為取得原住民身分之法定要件，於原住民身分法制之立法形成上，是否合於其目的之追求？其手段是否恣意？

(一) 立法者就原住民身分之取得，於父母血統關係外另設表徵認同之要件，非憲法所不許

首應檢討者，立法者就天然血親之子女原住民身分之取得，得否於父母血統關係外，另設表徵認同之要件。對此，毫無疑問應予肯定。表徵原住民身分認同之要件，屬客觀血緣傳承關係外之主觀要素，係欲取得原住民身分者所應具備之個人條件。此等主觀性條件設定之目的則在促成所屬原住民族成員間之凝聚，不僅非憲法所不許，甚至應為立法者履行憲法委託之立法義務時所應採擇之標準；蓋若僅有血統上之客觀連結，卻缺乏主觀上之族群認同與自我認同表現即可取得原住民身分，勢必弱化其血統所連結之原住民族之凝聚與團結，長久以往，原住民族之文化傳承恐亦有鬆散化，甚至斷裂之危機，凡此皆悖離憲法保障原住民族與其文化傳承永續發展之意旨。

(二) 天然血親子女之從姓或取用原住民傳統名字，均可彰

## 顯父或母之原住民血緣傳承與認同

姓名係人之法律人格之代表，依法辦理戶籍登記之國民均須登記姓名，並為法律上之本名，代表本人。我國現制下，除收養所形成之父母與子女關係之情形外，於天然血親之情形，子女必然承續父或母之姓（或從其原住民傳統名字），因此，天然血親子女之姓氏，本質上即已彰顯其與所從姓之父或母間之血緣關係。又，父、母與其子女間分屬直系一親等血親之二種血緣系絡，因此父與母之姓就其子女而言，亦可表彰其所從出之二種血緣系絡。而子女從姓之選擇，即顯示父母所協議或子女成年得以自主後，對於子女二種血緣系絡之顯、隱決定。換言之，天然血親之子女從姓之決定，無論出自父母之決定或本人嗣後之決定，於子女法律身分上均象徵從姓一方之父或母血緣傳承之顯現，其於社會實態與風俗習慣中，往往也代表其主要承續之家族系譜或香火傳承關係；反之，未從姓一方之父或母血緣則為子女法律身分上之隱性傳承。又，人之姓名為人格之表現，於法律生活上即表徵其身分，因此姓與名字均足以表現個人之認同。由此可知，子女從姓之選擇，具有一般性彰顯父系或母系親族血緣傳承之選擇與認同之意涵與功能。

於此應強調的是，子女從姓所彰顯之血緣傳承，重點係在於父或母姓氏所連結之父或母血親身分，而不是抽象的姓氏字義，否則姓名條例即毋須就姓氏之決定及變更設有限制。因此，縱使其父或母或其所從姓之直系血親尊親屬曾改姓，並不影響父或母「本人」與其子女間之血緣傳承，自亦不影響姓氏所彰顯之血緣傳承與個人認同之意義。有認原住

民如今使用之漢姓，係外來統治者強迫施予，與其傳統命名文化格格不入，大部分原住民改從之漢姓亦不具文化傳承上之意義；然而，即便原住民所從之漢姓非其（父祖或母祖）所願，其字形或字義亦不具傳統文化上之意義，該漢人姓（名）卻仍明確代表其父祖或母祖，且從姓彰顯的是父祖或母祖之血緣傳承，並非該漢人姓氏的字義！換言之，只要原住民所生子女從其具原住民身分之父或母之姓，則此一姓氏即代表了原住民父或母與其子女之血緣傳承關係，以及對其所屬原住民族之連結與認同，因而亦表彰了原住民身分之傳承。

此外，原住民傳統名字之取用，原本即具有與其原住民父母、甚至祖先血緣關係之連結，因此，原住民與非原住民所生子女若取用原住民傳統名字，亦已顯示其與具原住民身分之父或母之血緣傳承關係，甚且更彰顯其對所屬原住民族之認同。

（三）「婚生子女從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」乃立法者擬制之主觀認同表現；此一擬制規定有其正當性，並非恣意，與憲法平等立法之要求無違

天然血親之子女從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字，既足以彰顯其與原住民族之血緣傳承，藉此客觀上亦可顯示本人與其具原住民身分之父或母所屬原住民族之連結以及對此一定程度之認同（含對該原住民族之認同與自我認同為其成員），則立法者以該等可與原住民族（成

員)產生連結之從姓或名字之要素，作為原住民身分取得之要件，實具有將之擬制為欲取得原住民身分者之認同表現之用意。就此而言，立法者關於天然血親子女取得原住民身分要件之規定，包括系爭規定在內，客觀上即具有正當合理性，並非恣意，尚難認有抵觸憲法之疑慮。更何況，如前所言，我國法制上係以原住民身分為國民身分基礎上之一種法律身分，是戶籍登記中之身分登記法定事項之一（戶籍法第4條第1款第9目規定參照），相關法律並未排除得於辦理出生登記時，即由父母等法定代理人為本人申請取得原住民身分，並完成登記。立法者就天然血親之子女取得原住民身分之要件，除其父母應至少一方具原住民身分之客觀血統要素外，以其從姓或傳統名字之選擇擬制為主觀認同表現，亦有使子女於無行為能力階段即可取得原住民身分之正當制度考量，亦證立法者關於天然血親子女取得原住民身分要件之規定，包含系爭規定在內，並無違反立法平等而違憲之疑慮。

至立法者就收養之子女另定原住民身分之取得要件，因收養所生之父母子女關係本即為擬制血親關係，欠缺天然血緣，勢需另有兼顧原住民血緣傳承與身分傳承之標準，與天然血親之情形難以比擬，自有為不同規定之必要，附此敘明。

#### 四、系爭規定就未成年子女部分之規範不足，於此範圍內違憲

就系爭規定而言，其就子女取得原住民身分之要件規定，係屬絕對必要之要件，不符該等要件者，原住民與非原住民所生子女即無從取得原住民身分。而依原住民身分法第

7 條第 1 項之規定，於父母僅一方具原住民身分之情形，其子女是否從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字，子女成年前係由法定代理人協議，成年後始得依個人意願變更。因此，父母僅一方具原住民身分之子女出生後、成年前，是否得依系爭規定取得原住民身分，端視其父母或其他法定代理人是否協議使其從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字。此種情形下，未成年子女原住民身分之取得，完全附隨於其法定代理人就未成年子女從姓與名字之專屬性決定權；其結果，法定代理人即享有封鎖其未成年子女取得原住民身分之權限，或相反地，得無視未成年子女之真實意願，而強行為之申請取得原住民身分。

然而，未成年子女為獨立之權利主體，於憲法上亦享有獨立之權利保障地位，絕非其父母（包含具原住民身分之父或母）等法定代理人權利之附屬或客體。系爭規定所定取得原住民身分之要件，就子女成年前之階段，子女如欲取得原住民之身分，除由父母等法定代理人行使其對子女之姓、名決定權予以滿足外，別無其他管道可循；因此，就未成年子女得否取得原住民身分而言，系爭規定無異使未成年子女成為其父母等法定代理人權利行使之客體，未成年子女亦因而實質喪失取得原住民身分之權利主體地位。是系爭規定欠缺使原住民與非原住民結婚所生之未成年子女，於其成年後依其認同，而得以自主變更為從其具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字，以取得原住民身分前，仍有依其他一定要件（如所屬原住民族之認可等）而過渡性或終局取得原住民身分之機會之規定，致使該等未成年子女於成年前取得原

住民身分之可能，完全掌握於父母之決定，亦可能受其封鎖。於此範圍內，憲法課予國家形成原住民身分法制之立法義務之履行，顯有不足，從而抵觸憲法保障原住民族地位與權利之意旨。

由於此種立法者因履行不足所致之違憲情形，立法者並未喪失其於立法義務之履行所享有之立法裁量權，包括立法手段與方式之選擇等，因此此等立法不足之違憲仍須由立法者適切行使其裁量權，充分履行其立法義務予以排除，尚不得由職司憲法審判之憲法法庭逕行介入而決定未成年子女於成年前取得原住民身分之要件。

五、本判決依職權將 110 年 1 月 27 日修正公布之原住民身分法第 8 條規定納入審查範圍，並宣告其「準用第 4 條第 2 項部分違憲」，缺乏合理性與必要性

本件聲請人樂桃·來有與梧梅·來有（即聲請人一）除就系爭規定提出聲請外，另就原住民身分法第 2 條第 1 款、97 年 12 月 3 日修正公布之第 8 條第 1 項及第 2 項規定提出聲請。其中針對原住民身分法第 2 條第 1 款規定聲請部分，經本判決不受理，第 8 條規定部分（下稱 97 年版第 8 條規定），則經本判決認定其聲請符合應適用之司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定要件，予以受理。本判決進一步就 110 年 1 月 27 日修正公布之原住民身份法第 8 條規定（下稱 110 年版第 8 條），以其「仍規定為須準用第 4 條第 2 項規定」為由，認與 97 年版第 8 條規定意旨相同，與系爭規定「有重要關聯」，而依職權將之納入審理與裁判之範

圍，並就 97 年版第 8 條「準用第 4 條第 2 項規定部分」以及 110 年版第 8 條「準用第 4 條第 2 項規定部分」均宣告違憲，並連同系爭規定要求「相關機關應於本判決宣示之日起 2 年內，依本判決意旨修正之」。

然聲請人一於 110 年版第 8 條規定修正施行後，即依該新修正之規定，取用原住民傳統名字，並已依法取得原住民身分，其聲請解釋憲法所主張之「憲法上所保障權利，遭受不法之侵害」已不存在，欠缺權利保護之必要，其憲法審查之聲請，是否仍應予以受理，實非無疑。

姑不論此，依相關確定終局判決所認定之事實及理由，聲請人一未能取得（保有）原住民身分之原因，係因所涉事實並不在 97 年版第 8 條第 1 項及第 2 項規定之規範範圍內，致無法適用該項規定取得原住民身分。依此，就聲請人一原因案件事實而言，97 年版原住民身分法（含第 8 條）之規定存有規範漏洞，亦即立法者漏未就相關事實類型予以規範，而非適用 97 年版第 8 條規定而構成要件不該當之情形。110 年版第 8 條之修正，正為填補該規範漏洞。詳言之，110 年版第 8 條第 1 項規定係修正 97 年版第 8 條第 1 項及第 2 項規定內容，刪除「於本法（原住民身分法）施行前，因結婚、收養、自願拋棄或其他原因而喪失或未取得原住民身分」之限制；同條第 2 項規定則為填補規範漏洞之新規定，乃舊規定所無。聲請人一之情形與該條第 1 項規定無涉，但得依第 2 項之全新規定申請取得原住民身分。由此可知，110 年版第 8 條二項規定與 97 年版第 8 條二項規定間，於規範內容上並無實質要件上或法律效果上之依存性或延續性。因此，針對

97年版第8條規定所聲請之憲法審查，不必也不應納入已全新修正舊規定之新規定，兩者間並不存在憲法審查上之必要關聯。至於無論97年版抑或110年版第8條規定，其規定內容均涉及系爭規定，即原住民身分法第4條第2項規定，此種情形僅意味著針對系爭規定所為憲法審查結論，將會影響所有以系爭規定為構成要件之其他規定之效力，然此係憲法判決之直接效力或間接效力當然之結果，毋待憲法法庭另為宣告，根本毋須以「具重要關聯」之說，依職權將相關規定納入審查。況本判決根本未獨立論究97年版與110年版第8條規定之合憲性，而是始終將之附於系爭規定而為審查。

雖未有獨立之理由論述，本判決最後仍宣告已因法律修正而失效之97年版第8條規定及新修正之110年版第8條規定於「準用第4條第2項部分」違憲，甚至進一步限期要求立法修正，逾期未完成修正，該準用部分失效，且直接諭示「原住民與非原住民結婚所生子女，取得原住民身分」。然而，耐人尋味的是，110年版第8條第2項規定（亦即聲請人一取得原住民身分之依據）所稱之「準用第4條第2項」，實僅準用第4條第2項之類型規定，亦即「原住民與非原住民結婚所生子女」部分，至於第4條第2項所定取得原住民身分之要件，並不在準用之列，而是自行規定為「取用原住民傳統名字」。換言之，依110年版第8條第2項規定取得原住民身分者，必應取用原住民傳統名字，無申請改姓之途（已過世之父或母亦無從改姓）。本判決宣告110年版第8條規定「準用第4條第2項部分違憲」，則受違憲宣告者，究竟為何？本判決就此部分之效力，又如何可逕行排除110年版

第 8 條第 2 項規定所設「取用原住民傳統名字」之要件？如本判決效力並無法排除該要件之要求，則又如何可得出，立法者如逾期未完成修正該規定—即準用第 4 條第 2 項部分—，原住民與非原住民結婚所生子女，即得取得原住民身分？凡此均令人費解！