

憲法法庭 111 年憲判字第 17 號判決協同意見書

許志雄大法官 提出

一、從原住民個人權至原住民族集體權

至今一年半期間，連同本號判決在內，大法官陸續作出 4 件攸關原住民權利之解釋及判決（司法院釋字第 803 號及第 810 號解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 4 號及第 17 號判決），顯示原住民權利保障已成重要之憲法課題，為憲法審查必須嚴正以對者。從演變軌跡觀之，大法官就原住民權利之保障雖曾出現頓挫現象，但大體上呈現深化及擴大趨勢。

首先，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，承認原住民於憲法上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個別原住民受憲法保障之基本權。對原住民個人權利之維護乃至原住民族集體文化之保存與發展而言，該號解釋具有劃時代之意義。詎知接下來釋字第 810 號解釋卻因比例原則不當操作，而宣告原住民族工作權保障法有關政府採購原住民就業代金之規定違憲；其背離原住民工作權之實質平等保障意旨，大開時代之倒車（釋字第 810 號解釋本席不同意見書參照）。惟今年初憲法訴訟法新制施行不久，憲法法庭即作成 111 年憲判字第 4 號判決，與釋字第 803 號解釋相互輝映，亦以憲法第 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，承認原住民身分認同權為應受憲法保障之重要基本權利。

無論釋字第 803 號解釋或 111 年憲判字第 4 號判決，均

從個別原住民之角度，承認原住民文化權及原住民身分認同權。其立論過程不免觸及原住民族集體之傳統及文化，然所保障之權利終究屬於原住民之個人權，尚不涉及原住民族之集體權。本號判決則除延續 111 年憲判字第 4 號判決之觀點，承認個別原住民之身分認同權外，更進一步表示，原住民族身分認同權亦受憲法第 22 條之保障。前者為個人權，後者為集體權。此乃大法官首度承認原住民族（少數群體）集體權，勢必對基本權之主體及譜系造成衝擊，值得關注。

二、原住民族集體權之承認可能產生擴散效應

原住民族集體權之承認，代表憲法法庭已突破第一代人權及第二代人權之藩籬，開始接受第三代人權之觀念。惟近代立憲主義想定之人權主體為個人，第三代人權之主體則為群體，二者顯然不同。個人與群體間難免蘊含緊張甚至對立關係，個人權與集體權間自亦存有扞格之處，彼此如何整合，乃引進第三代人權後必須克服之棘手問題。自 1970 年代以來，第三代人權成為國際人權法之焦點，少數群體之保障亦備受關注，而各國於國內憲法上對第三代人權卻始終抱持戒慎恐懼之態度，不輕易引進。所以如此，實因有其憲法原理及憲政實務上之難處。

本席認為，個人方為立憲主義終極維護之對象，個人之尊嚴及人權具有普世價值，即使引進第三代人權觀念，這種基本原理仍應堅守不變，庶幾得以維繫立憲主義於不墜。集體權之承認，並非表示群體本身具有終極之價值，而應該只是將其當作一種手段，用以達成維護群體成員之個人尊嚴及

人權之目的。因此，集體權不妨視為西歐人權之「亞種」¹，而第三代人權應係為落實第一代及第二代人權而存在。要之，唯有為落實個人權之保障，在不可或缺之範圍內，方可承認集體權。

憲法法庭既然接受第三代人權觀念，則對於原住民集體權以外之第三代人權，是否亦會以相同之態度及立場對待之，後續發展如何，仍在未定之天。惟大法官業已開啟潘朵拉之盒子，今後在處理此等問題時，將面臨沉重之負荷，不難想像。

第三代人權強調集體權，重視少數群體之保障。少數群體種類不一，其中少數民族堪稱典型，而原住民族屬少數民族，在我國更是最具代表性之少數群體。惟台灣素有移民社會之特質，本就存在各種族群，加以近年來新住民人數持續成長，少數民族有增無減，關於少數民族及其他少數群體之保障，勢必成為今後憲法上之重要課題。各種少數群體將來不無可能因本號判決之影響，紛紛提出集體權保障之要求。屆時大法官應如何因應，值得深思。

原住民族具有「原住群體」及「少數群體」兩要素，原住民族在法上之處遇，可能因重點置於何者，而異其內容。國際法上之原住民族權利，主要取徑於原住民族之「原住群體」要素，以原住民族自決權為核心，涉及國家定位、認同及領土問題，蘊含脫殖民地化及侵害國家主權之契機²，應不在本號判決處理及效應所及範圍。本號判決側重原住民族之

¹ 芦部信喜著，憲法叢說 1 憲法と憲法學，信山社，1994 年，頁 245。

² 常本照樹著，先住民族の權利—アイヌ新法の制定，收於深瀬忠一、杉原泰雄、樋口陽一、浦田賢治編「恆久世界和平憲法のために—日本國憲法からの提言」，勁草書房，1998 年，頁 990。

「少數群體」要素，關注之對象係原住民族在國內憲法上之權利，而且聚焦於原住民族身分認同權。但原住民族權利之內容，本不以原住民族身分認同權為限，其他如原住民族自治權、原住民族文化權、原住民族土地權，亦均屬之。又取徑於「少數群體」要素時，原住民族作為少數民族，基於平等原則，常有賴國家採取某些措施，於消極面上消除歧視待遇，於積極面上提供優惠性待遇，維護發展原住民族獨特之文化³。

三、本號判決疑點之釐清

（一）111 年憲判字第 4 號判決以憲法第 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，承認原住民身分認同權為應受憲法保障之重要基本權利。本號判決參照 111 年憲判字第 4 號判決，表示：「人格權作為個人人格的基礎，乃為不可或缺之基本權利，而為憲法第 22 條所保障之基本人權之一，其中包括原住民身分認同權」；並指出「另依憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之規定，國家應積極維護發展原住民族之語言及文化，並就其教育文化等事項予以適當之保障扶助。」從而認定「憲法第 22 條保障之原住民身分認同權，除保障個別原住民之身分認同外，亦包括各原住民族之集體身分認同」（理由第 20 段參照）。

惟無論 111 年憲判字第 4 號判決或本號判決，皆強調人格權為個人人格之基礎，則將其歸類為個人權，當無疑義。原住民身分認同權既納入人格權範疇，自應同屬個人權性質。按 111 年憲判字第 4 號判決承認原住民身分認同權之依

³ 常本照樹著，同註 2，頁 990、999。

據，主要係憲法第 22 條規定，而憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定則扮演輔助角色。因憲法第 22 條係概括性權利保障條款，本可作為憲法未列舉之權利之保障依據，而憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段復有保障原住民族之規定可資參照，故憲法法庭承認原住民身分認同權，立論尚稱允當。況原住民身分認同權乃個人權，攸關原住民之個人尊嚴及人格發展，即使與嚴格意義之人權有別，但與憲法既有之權利體系尚能調和，是將其納為憲法上權利或基本權利，應無理論上之障礙（111 年憲判字第 4 號判決本席協同意見書參照）。至於原住民族身分認同權屬集體權，與憲法上權利體系原本保障之個人權不同，要從憲法第 22 條規定直接導出，實有困難。又憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段屬基本國策性質之規定，與憲法之權利規定有別。憲法第 22 條規定即使加上前揭憲法增修條文規定之輔助，應猶不足以證立屬集體權性質之原住民族身分認同權。多數意見遽下「憲法第 22 條保障之原住民身分認同權，除保障個別原住民之身分認同外，亦包括各原住民族之集體身分認同」之判斷，恐有速斷甚至理由不備之嫌。

本席認為，原住民族之存在乃原住民身分認同權之前提，若未承認原住民族身分認同權，原住民身分認同權將無以實現。具體言之，我國原住民族實際上包含諸多台灣南島語系民族，其彼此之語言、習俗、信仰及其他傳統與文化頗見差異。所謂原住民之身分認同，實係指個別原住民對特定台灣南島語系民族之認同，而非對泛稱之原住民族之認同。唯當特定台灣南島語系民族經國家承認為原住民族，其成員始能取得原住民身分。本號判決之原因案件當事人，即因所

屬西拉雅族未經國家認定為原住民族，致其無法取得原住民身分。本號判決肯認原住民族身分認同權，讓符合主文第 1 項主客觀要件而未獲核定為原住民族之台灣南島語系民族，得以獲得救濟機會；其成員之原住民身分認同權亦因而得以實現。本號判決主文第 2 項以違反憲法保障原住民（族）身分認同權等為由，宣告系爭規定部分違憲。主文第 2 項限期修法或立法；並判示若逾期未完成修法或立法，則「舉凡日治時期戶口調查簿其本人或其直系血親尊親屬經註記為『熟』或『平』，釋明其所屬民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今依然存續，且其所屬民族成員仍維持族群認同者，於修法完成前，均得向中央原住民族主管機關申請依本判決意旨認定其民族別。」其顯然亦認原住民族之存在為原住民身分認同權之前提，民族別認定後，原住民身分認同權之保障始能實現。按理，集體權之權利主體為群體，原住民族身分認同權之權利主體自非原住民族本身莫屬。惟因特定原住民族尚未經認定，權宜之計，乃允許其成員行使原住民族身分認同權，申請主管機關為其民族別之認定。

（二）本號判決主文第一項宣示：「憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定所保障之原住民族，應包括既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族。除憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定所稱之山地原住民及平地原住民，舉凡其民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今仍然存續，其成員仍維持族群認同，且有客觀歷史紀錄可稽之其他臺灣南島語系民族，亦均得依其民族意願，申請核定其為原住民族；其所屬成員，得依法取得原住民身分。」依此，除憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定所稱之山地原住民及平地原住民外，

其他臺灣之南島語系民族要成為原住民族，不但須具備所列主客觀要件，尚須經「核定」，所屬成員要具有原民身分，尚須「依法取得」，故能否成為原住民族及原住民，似仍取決於法律規定及行政機關之處分。然本席認為所謂「核定」或「依法取得」，應屬確認性質，並無創設效果。凡具備上開主客觀要件之臺灣南島語系民族及其成員，皆有成為原住民（族）之資格，法律不得逕予排除，行政機關亦不得拒為核定。原住民身分法第2條（下稱系爭規定）界定之原住民範圍，僅包括山地原住民及平地原住民，即日治時期所稱之高山（砂）族（生蕃，當時戶口調查簿註記為「生」、「高砂」），而未及於符合本號判決主文第1項要件之其他臺灣原住民族，特別是日治時期業已承認之平埔族（熟蕃，戶口調查簿註記為「熟」、「平」），致後者原住民（族）身分未受國家法律之保障。系爭規定任意限縮原住民（族）之範圍，顯已背離前述「核定」及「依法取得」應有之確認性質，違反憲法保障原住民族認同權之意旨，故遭本號判決主文第2項認定違憲。