



DOI: 10.6256/FWGS.202204\_(116).12

# 「原民身分認定的性別難題：血緣、姓氏與平等的認同之爭」論壇紀錄

文 | 郝思傑 | 國立臺灣大學法律學院人權與法理學研究中心兼任助理

圖 | 國立臺灣大學法律學院人權與法理學研究中心

## 前言

2022年4月1日憲法法庭公布憲判字第4號判決，宣告《原住民身分法》第4條等要求原漢雙裔子女必須從原住民父或母的姓或傳統名字才能取得原住民身分的規定違憲。這不只是一份關於原住民身分傳承與認同的判決。在漢人社會的父姓常規與部分原住民族命名傳統的共同作用下，表面上性別中立的規定使得原住民母親難以傳承身分給子女。因此，本件憲法訴訟的當事人除了訴諸原住民的身分自治權、文化權、種族平等權，也訴諸性別平等權，主張該法違反性別平等。

本案有兩組當事人。身為太魯閣族女性的國立臺北教育大學教育經營與管理學系鄭川如副教授曾經研究《原住民身



主辦 | 國立臺灣大學法律學院人權與法理學研究中心、基礎法學研究中心、  
公法學研究中心、婦女研究室、臺灣法學會基礎法學委員會

時間 | 2022 年 4 月 8 日 15:30 ~ 17:30

地點 | 國立臺灣大學法律學院霖澤館 7 樓第一會議室

主持 | 陳昭如 | 國立臺灣大學法律學院特聘教授

引言 | 鄭川如 | 國立臺北教育大學教育經營與管理學系副教授、吳若韶代理人

吳欣陽 | 個人執業律師、吳若韶代理人

馬潤明 | 元宜法律事務所律師、樂桃·來有代理人

回應 | 蘇慧婕 | 國立臺灣大學法律學院副教授

分法》法的相關規定，指出「原住民媽媽生不出原住民小孩」的困境，她和丈夫吳欣陽律師在女兒出生後即開始為從父姓的女兒爭取原住民身分的訴訟之路，並共同擔任女兒的訴訟代理人。本案另一組聲請人是樂桃·來有、梧梅·來有，姊妹二人本身為雙裔子女的後代，其主張原得由祖母傳

承原住民身分，卻因姊妹二人與其父皆從父姓而遭戶政機關拒絕，因而一路提起行政訴訟、聲請大法官解釋。

在舊法時代聲請大法官解釋獲得受理的兩組案件合併審理，並且在《憲法訴訟法》施行第一年成為首度召開憲法法庭言詞辯論的案件。國立臺灣大學法

律學院人權與法理學研究中心、基礎法學研究中心、公法學研究中心、婦女研究室與臺灣法學會基礎法學委員會於4月8日特別邀請案件聲請方梧姓兒童代理人鄭川如、吳欣陽，以及代理其母樂桃·來有的馬潤明律師為論壇引言，並邀請臺大法律學院蘇慧婕副教授以憲法學觀點回應。

## 隱身的交織觀點

主持人臺大法律學院陳昭如教授首先點出此案為典型的性別與種族交織的議題。以提出交織性（intersectionality）著稱的黑人女性主義法學者 Kimberlé Crenshaw 曾於其研究中指出，黑女人所遭受的多軸交織歧視無法被適當認識的困境。在本案中，訴訟當事人主張原住民的文化權、認同權等權利受到侵害，也主張其遭受性別歧視；但憲法法院判決則選擇僅承認系爭規定違反種族平等，卻未明白指出其違反性別平等。因此，陳昭如提出，本案判決的結果是否表示原住民女性遭受的歧視只被承認為種族歧視，而不被承認為性別歧視，就像黑女人所遭受的歧視被認為只是種族歧視而非性別歧視？也就是說，憲法法庭是否認定，原住民女性只是身為「原住民」而遭受歧視，不是身為「原住民女性」而遭受歧視？她因而提醒，或許透過交織性的視角能更幫助我們理解原住民母親在「姓氏綁身分」條款下的處境。

## 鄭川如引言

第一位引言的鄭川如首先點出其對於本案判決十分滿意，因為本案不只在結論上給予勝訴的結果，且在判決論理上也論及由部落自行認定部落族人身分的可能。對她來說，這趟訴訟旅程的開始可以回溯到其在太魯閣族部落的成長經驗：自幼身邊緊密生活、熟諳太魯閣族語與文化的親戚竟然沒有法律上的原住民身分，成為其開始思考此一問題的起點；而三位與漢人通婚的手足在太魯閣族「從父名」的命名文化以及漢人從父姓的常規下，只有最年幼的弟弟生得出原住民小孩，這也使鄭川如開始思考本案的性別問題與交織面貌。這樣的問題意識與思考甚至間接帶領著鄭川如一路求學，到國外學習原住民法相關知識，並且在歸國後投入為女兒爭取原住民身分的訴訟實踐。

鄭川如也回應幾項自今年一月中憲法法庭言詞辯論以來常見的不同意見，例如若系爭規定違憲使得原住民人口增加恐稀釋整體原住民社會福利資源、加速原住民保留地之流失等。對於「資源稀釋論」，鄭川如強調需要先區分依經濟狀況的福利措施與依族群身分的優惠性差別待遇措施；因系爭規定被宣告違憲失效所增加約9.5萬名原住民人口，對前者（依經濟狀況的措施）並不會有影響，對後者（依族群身分的措施）也

需細緻區分特定的討論對象，例如在公務人員特考、大學獎學金或是企業比例進用制度，各自或許都有不同考量，很難一概論定可能的後果。況且，若整體原住民人口增加，政府更應整體提升基於歷史不正義所為的優惠性保障措施之資源。至於原住民保留地流失的問題，鄭川如以圖表說明，其實有接近一半的土地已因事實上難以使用，皆屬於政府各機關所持有；而私有化的制度設計，使得原住民保留地早已偏離原住民族對於傳統領域的概念，承買資格的限制也造成土地價值低落與融資困難。

鄭川如接著分享兩個在推動訴訟過程中不斷思考、也支持著自己一路前進的問題：一、原住民人口的增加對原住

民族未來整體發展有什麼影響？二、原住民身分認定法制的改變是否符合原住民族的傳統文化？關於第一個問題，她認為當代臺灣原住民族至少面臨著語言文化流失、人口外移、經濟困境與健康狀況不佳等諸多危機，例如能講流利族語者往往只剩部落中的長者、城鄉顯著的教學落差等，而這些問題其實是需要更多的原住民投入才得以改善，而非是排除更多人成為原住民。關於第二個問題，鄭川如則以其田野調查的經驗指出，原住民對於父、母一方是原住民就該取得原住民身分此立場，其實具有廣泛共識。最後，鄭川如分享對未來原住民族群發展的願景：身分能由部落認定、資源能由部落政府管理，也就是原住民族能夠掌握自身族群未來、發展的





自決與自治。

## 吳欣陽引言

吳欣陽表達在身分認定中追求平等權、民族自治與集體權實踐的願景。首先引用聯合國《原住民族權利宣言》第9條及第33條第1項來討論國際人權觀點下的身分認定原則，包括兼具集體權與個人權的權利性質、依據相關社群或民族的傳統及習俗之文化連結必要性，以及不得產生任何形式之歧視等要求。就人權觀點而言，不應混淆認同與文化連結的概念，特別是主觀認同經常是動態發展的過程，與家庭環境、民族教育、社會經驗、同儕互動、自身探索等息息相關。因此族群認同的追求，首要應是環境的建立與文化參與，而個人身分的取得更可能是建立族群認同的起點。在法制上不應透過身分限制反而排除及抹煞許多參與、形成族群認同的機會。更何況，若在立法理由預設原漢通婚、無從選擇血源之子女，不具有原住民的心理認同且無法實踐原住民文化生活，已屬於對於原漢通婚家庭與其子女的刻板印象及偏見。

吳欣陽也分享訴訟過程中曾出現的反控批評，並參考Allan G. Johnson對人們否認特權、容許歧視存在言說策略的分析，來回應這些反控意見，例如：極小化壓迫（以前有歧視，但現在已經不是這樣了）、說成別的（不是要不平等，只是擔心就業、工作或原住民保留地受影響）、不是故意的就沒關係、這樣比較好（也讓更多原母小孩從母姓）、厭煩了（不要一直提種族平等、人性尊嚴）等。他認為，這些言說策略或許並非有意為之，但仍然可能造成掩蓋、模糊不平等的效果。

另外在身分自我認定原則的落實上，吳欣陽認為回歸原住民族身分自我認定原則，建立依據傳統或習俗、反歧視的認定標準，才是真正承認民族自決、落實集體權的起點。就此，吳欣陽更提醒，應注意誰有政治上的代表權。從法律史的研究而言，現行《原住民身分法》在2001年立法時，多數原住民立委提出雙親之一為原住民，子女原則取得原住民身分的提案，但卻被行政院原住民族委員會（下稱原民會）及漢人為主體的立法院所拒絕。由此可見原住

民立委、原民會與整體原住民族社群間的關係實際上是十分複雜的。

吳欣陽進一步提及現今原住民立委的選舉制度代表性失靈的問題，在選區劃分沿襲日治時代對於山地、平地的區分方式，與傳統領域嚴重脫鉤；全國單一選區的制度設計也使得立委很難真實反映民意，造成人數較少的部落或族群更難以形成全國性的民意代表。制度上有選舉人與選民疏離化，代表性不足的問題；容易忽略不同族群及部落之原住民文化與意願，反倒背離尊重民族自治的理想。

吳欣陽也提醒，聲請方強調的是身分與原住民傳統、慣習的文化連結，但現行法強調的是與漢族間的斷裂。他認為，其實「姓氏綁身分」條款所要求改採的也不是原住民的傳統名字，而且支持「姓氏綁身分」的論點還產生出「原住民的姓」與「漢人的姓」的說法。但每一個「原住民的姓」都是戰後由政府分配的漢姓，因此「改採被分配的漢姓」不僅不是原住民的傳統及慣習，原住民認同更不能與所從漢姓劃上等號。尤其從姓條款是 1980 年代才出現的新興產物，現今更有許多原住民實際上是從漢父或漢母的姓，莫非立法上要回頭質疑其身分的正當性？再者，不允許加註羅馬拼音傳統名字，而堅持從「原住民的姓」的要求，反而造成取具傳統名

字的比例偏低，可見「姓氏綁身分」條款無法通過文化連結的考驗。而「姓氏綁身分」條款也形同要求雙裔子女處在文化衝突的夾縫中，與子女的人格自由發展密切相關。

最後，吳欣陽呼應鄭川如對於「資源稀釋論」的回應，反思保留地與優惠性保障措施的現行制度，認為在集體權的觀點下，保留地政策應避免造成傳統領域的私有化與家族財產化，而且對於原住民族的社會福利措施應區分基於經濟弱勢而給予的社會補助，以及基於歷史不正義的優惠性保障措施。就後者而言，若原住民人口數增加，相應的工作權、就業權、教育權或民族教育預算等等份額也應增加，將更有助於爭取原住民族整體預算與資源的主張。

## 馬潤明引言

不同於前兩位引言人為雙裔子女的父母，馬潤明自己即為雙裔子女；他首先感謝這份判決與部分意見書中的許多文字都回應、撫平了其成長過程中「兩邊不是人」的經驗，提供了很重要的情感支持。接著引證本案判決部分大法官所提出之意見書部分段落呼應前二位引言人的論點，認為讓有原住民族血緣的孩子獲得身分，有利於原住民族整體的發展；其中尤其多次引用、感謝黃虹霞大法官溫柔的文字中對於原住民族認

同的尊重以及對原住民族未來發展的關心。馬潤明也提及自己擔任原民會法律顧問多年並參與《原住民族基本法》、土地相關法制等研擬工作之背景，點出原住民族政策推動主要困境來自法制不友善及經濟困境、土地利用不足，在上述政策推動上原民會面臨政府其他部門及立法的諸多困難，例如在立法草案尚在內部討論階段時，常常受到其他機關基於不同因素考量而持不同意見，因而原住民族階段性、框架性的立法成為迫切而必要的策略。

馬潤明接著進一步分享關於本案的訴訟策略與準備。首先，他評估大法官的組成特性，並考量憲法訴訟制度的變革，以構思訴訟策略。他引用報導指出目前大法官的組成乃是以具留學德國背景或是自由派觀點者占相對多數，或許可能有利於在本案中提出憲法上基本權的主張；而因為《憲法訴訟法》的施行，降低了評議的決定門檻（從舊法的三分之二以上降為過半數即可），在訴訟準備的法律策略上就可以獲得過半數認同為目標。因此，馬潤明在聲請書之論理上也扣緊人性尊嚴之憲法理論，提出與人格自由形成、發展密切關聯之原住民身分自我認同權，作為據以

審查系爭規定之憲法權利，且該權利應受憲法高度保障，因此必須適用最嚴格的審查標準。馬潤明認為，雖然部分憲法論證上的細節並未完全如同預期，但他仍欣見憲法法庭判決朝向更進一步正面保障原住民族權利的方向發展。馬潤明也指出，應繼續關注在違憲宣告後的修法過程，避免後續修法在身分認定上反而給予更嚴格的限制。至於先前提及「資源稀釋論」之憂慮，馬潤明則認為黃昭元大法官於協同意見書中所提出之修法方向建議可資參考，亦即在身分認定上盡量從寬而簡化，至於其他優惠身分、待遇不妨於個別檢討後再制訂合適之標準<sup>1</sup>。

此外，馬潤明也分享了個人的經驗。他自己並未從原住民母親之姓而取得原住民身分，曾詢問自己的兒女是否想要改姓以取得原住民身分；兒女對取得原住民身分無意見，但擔心改姓可能會讓周遭的人不認識自己，因而不想改。也就是說，馬潤明兒女的意願與認同、文化、優惠因素完全無關。這樣的經驗與吳欣陽的與談呼應，要求以改姓「展現認同」才能取得身分的《原住民身分法》規定，忽略了雙裔子女需要面臨的掙扎與困境。

1 見黃昭元大法官提出，許宗力大法官、謝銘洋大法官、楊惠欽大法官（一至四部分）加入之協同意見書第24段。

## 蘇慧婕回應

蘇慧婕以憲法學之觀點討論本案在憲法訴訟實務發展上之意義。首先，她指出本案仍屬於法規範違憲審查，在撰寫體例上則可看出在大法官近兩年為憲訴元年的鋪陳下已經採取全面、完整的裁判書格式。檢視本判決基本權審查的論證，蘇慧婕留意到多數意見是從個人權利的角度去建構原住民的身分認同權，並未觸及其潛在的集體權面向，這部分則出現在黃昭元大法官的意見書中；黃大法官指出，多數意見以傍論方式述及集體權，實際上是將集體權排除於本件判決審查標的之外<sup>2</sup>。蘇慧婕則認為，若是從本案爭點的角度出發，由於個人權利的論述已足以達到法律違憲的結論，集體權論述的留白或許也可以理解為多數意見的司法自制。另外，關於陳昭如所談到的，本案只審查種族平等、而未完整審查性別平等的問題，蘇慧婕認為或許並非刻意迴避，而單純出於基本權審查架構下的結果：由於大法官在種族平等審查後已獲得違憲結論，

在論證上就毋須再進行性別平等的審查。最後在宣告方式上，大法官採取近年在基本權保障上常規性的作法，即違憲並定期失效、期限內若未修正則替代立法的宣告方式以避免基本權侵害持續存在。

接著，蘇慧婕特別討論本案的兩份協同意見書，分別是黃昭元大法官、蔡宗珍大法官所提出之意見書。黃昭元大法官在意見書中對多數意見的論證有更細緻的區分，包含討論到可能的集體權面向、未來國家法退讓而交由部落自決的可能性<sup>3</sup>；黃大法官也進一步區分系爭規定取用漢姓部分的要求乃原住民身分認同權之侵害，取用原住民傳統名字的部分則是種族平等的問題<sup>4</sup>。此外，蔡宗珍大法官在不同意見書中的論證也值得注意。蔡大法官似乎認為落實原住民身分認定法制是來自憲法委託之國家義務，而立法者在履行這項義務時，是在進行原住民身分認同權的形塑、而不是針對原住民身分認同權的干預，所以毋須進行基本權審查<sup>5</sup>。如果前述理解

2 見黃昭元大法官提出，許宗力大法官、謝銘洋大法官、楊惠欽大法官（一至四部分）加入之協同意見書第6段，此處則相對表現司法積極主義。

3 見黃昭元大法官提出，許宗力大法官、謝銘洋大法官、楊惠欽大法官（一至四部分）加入之協同意見書第8-10段。

4 見黃昭元大法官提出，許宗力大法官、謝銘洋大法官、楊惠欽大法官（一至四部分）加入之協同意見書第12-17段。

5 參見蔡宗珍大法官提出，吳大法官陳鏗、林俊益大法官、張瓊文大法官加入之不同意見書。

正確，蘇慧婕認為此種見解值得商榷。如果國家對特定身分認同設有法定登記義務，而此處的身分認同又與人格尊嚴具有緊密關聯，那麼國家就必須在登記文件上提供合乎各種身分認同的選項，否則無異於在課予人民揭露義務的同時，強迫人民對國家說謊。依循這樣的思維，在本案的案例事實脈絡下，國家就應該提供不以姓名作為客觀必要條件的身分認同選項。

最後值得一提的是，憲判字第3、4號判決都出現了主筆大法官同時提出協同意見書的反制度現象。蘇慧婕初步詮釋，這可能是路徑依賴下的結果，例如過去每個案件有承辦大法官的舊制度所造成影響。蘇慧婕認為，雖然可以理解這樣的現象為何存在，但這並不代表此現象值得贊同。特別是在憲法訴訟元年、憲訴新制高度仰賴大法官去奠定實踐基準的此刻，大法官應該更加審慎思考如何落實主筆制的制度精神。

## 現場觀眾發言

原住民族青年陣線成員 Savungaz Valincinan 指出以種族歧視、種族平等思考原住民問題時需要留意，「原住民」並非種族類屬而是政治群體範疇；其所反映的是為殖民壓迫的歷史，也因此原住民身分的回復是轉型正義工作的一環。Savungaz 也提醒，雖然族群的自

治、自決是重要的目標與願景，但要落實這樣目標，國家必須先在文化資源的近用上扮演一定的角色。在過去同化政策所造成的文化流失等歷史不正義影響之下，國家若要求必須「已經有能力展現認同」才承認其原住民身分，就是延續著殖民壓迫。Savungaz 也分享自身經驗，從小不會說族語的她，在透過改姓取得原住民身分後，才開始學習族語及文化，從而發現原住民族其實已經被剝奪得太多；在缺乏文化資源近用、對於殖民壓迫歷史的轉型正義工程遙遙無期的前提下，原住民根本沒有認同的選擇權可言。



