最　高　行　政　法　院　判　決

111年度上字第25號

上　訴　人　張岳雄

訴訟代理人　陳武璋　律師

被 上訴 人　屏東縣恆春戶政事務所

代　表　人　張銘仁

輔助參加人　原住民族委員會

代　表　人　曾智勇

訴訟代理人　蔡德倫　律師

上列當事人間原住民身分法事件，上訴人對於中華民國110年11月18日高雄高等行政法院109年度原訴字第2號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、上訴駁回。

二、上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、上訴人於民國109年4月30日，以其外祖母潘氏○○日治時期戶口調查簿之種族欄載有「熟」之註記為由，向被上訴人申請登記取得原住民身分（收文日期：同年5月4日）。經被上訴人以平地原住民身分之取得係採登記制，而上訴人母親張潘○○於臺灣光復前設本籍於「高雄州恒春郡恆春街鵝鑾鼻三百四十八番地」屬平地行政區域內，迄至其於69年6月22日死亡止，戶籍登記資料均無原住民身分之登載，並非於辦理登記期間向戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所申請登記有案者，且日治時期種族欄事實之歷史註記，未涉原住民身分法之身分認定，即符合註記之民眾，並非當然取得原住民身分等語為由，依原住民身分法第2條第2款規定，以109年5月

7日屏恆戶字第10930163100號函（下稱原處分）否准。上訴人不服，循序提起行政訴訟，聲明：「1.原處分及訴願決定均撤銷。2.請求登記上訴人為平地排灣原住民。」經高雄高等行政法院（下稱原審）以109年度原訴字第2號判決（下稱原判決）駁回上訴人之訴，上訴人不服，遂提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張、被上訴人於原審之答辯及原判決理由，均引用原判決所載。

三、本院經核原判決駁回上訴人於原審之訴，於法尚無違誤，茲補充論斷如下：

㈠90年1月17日制定公布之原住民身分法（下稱90年原住民身分法）第2條規定：「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：一、山地原住民：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。二、平地原住民：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。」可知，「平地原住民」身分認定，須符合之要件有三：1.臺灣光復前原籍在「平地」行政區域內；2.戶口調查簿本人或直系尊親屬有登記為原住民；3.經戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所准予申請登記為平地原住民有案者。而所謂「准予申請登記為平地原住民有案者」，乃指在前臺灣省政府45年10月3日令發布「臺灣省平地山胞認定標準」所公告之自該公告日起至45年12月31日止登記期間，及3次公告補辦平地原住民登記期間（即46年5月10日至同年7月10日、48年5月1日至同年6月30日、52年9月1日至同年10月31日），向戶籍所在地鄉鎮區公所申請登記為平地原住民有案者而言（前臺灣省政府45年10月3日府民一字第109708號令、46年5月10日府民一字第19021號公告、48年4月7日府民一字第29784號令、52年8月21日府民一字第60148號令參照，見原處分卷第22、30、32、34頁）。又上開規定經憲法

法庭111年10月28日111年憲判字第17號判決主文揭明：「一、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。二、原住民身分法第2條規定……所稱原住民之定義性規定，僅指山地原住民及平地原住民，並未及於符合本判決主文第1項要件之其他臺灣原住民族，致其原住民（族）身分未受國家法律之保障，於此範圍內，與憲法第22條保障原住民（族）身分認同權、憲法增修條文第10條第11項及第12項前段規定保障原住民族文化等意旨有違。……。」（立法院嗣依憲法法庭上開判決意旨，於114年10月23日制定公布「平埔原住民族群身分法」，以對於平埔原住民族群之原住民族身分認同權提供法律保障）。可知，憲法法庭係宣告原住民身分法第2條所稱原住民之定義性規定，除上述違憲範圍外，其餘仍屬合憲之規定（原住民身分法嗣於113年1月3日修正公布全文，該法第2條規定並未修正）。

㈡90年原住民身分法第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。」上開規定就父母僅一方為原住民者，係兼採血統主義及附加從姓，以取得原住民身分。97年12月3日修正公布同法第8條規定：「（第1項）『依本法之規定應具原住民身分者』，於本法施行前，因結婚、收養、自願拋棄或其他原因喪失或未取得原住民身分者，得檢具足資證明原住民身分之文件，申請回復或取得原住民身分。（第2項）前項當事人已死亡者，其婚生子女準用第4條第2項及第7條之規定。」110年1月27日修正公布同法第8條第1項規定：「符合第2條、第4條、第5條或第6條規定取得

原住民身分之要件，但於申請取得原住民身分前死亡者，其子女準用第4條第2項、第6條及前條之規定。」嗣經憲法法庭111年4月1日111年憲判字第4號判決宣告，上開原住民身分法第4條第2項、97年12月3日修正公布同法第8條準用第4條第2項規定部分，暨110年1月27日修正公布同法第8條準用第4條第2項規定部分，違反憲法保障原住民身分認同權及平等權之意旨，均違憲，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，逾期未完成修法者，上開原住民身分法第4條第2項及110年1月27日修正公布同法第8條準用第4條第2項規定部分失效，原住民與非原住民結婚所生子女，取得原住民身分，並得辦理原住民身分及民族別登記。且該判決理由第50段併予指明：「……關於原住民族群文化認同之客觀表達方式本屬多元，原住民身分法立法當時決定就系爭規定一（即90年原住民身分法第4條第2項規定）之情形，所採用之從姓或原住民傳統名字，充其量僅係其中一種身分認同表徵，並非唯一。且因原住民族地位較為特殊，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。再就認同程度言，雖可能因人而異，惟應與父母雙方均為原住民或僅一方為原住民之差異間尚無必然關聯。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，但依憲法第7條保障平等權之意旨，仍不應以父母雙方均為原住民或僅一方為原住民作為區別標準。」準此可知，憲法法庭肯認就父母僅一方為原住民者，其子女需具有認同表徵，始取得原住民身分認定資格，且指明相關機關本於有限資源合理分配考量，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，乃屬立法裁量之形成空間。而立法院嗣於113年1月3日修正公布原住民身分法，將上開第4條規定條次變更為第3條而為修正規定：「（第1項）父或母為原住民，且符合下

列各款規定之一者，取得原住民身分：一、取用父或母所屬原住民族之傳統名字。二、取用漢人姓名並以原住民族文字並列父或母所屬原住民族之傳統名字。三、從具原住民身分之父或母之姓。（第2項）依前項第2款規定取得原住民身分者，其子女從其姓者，應依同款規定取得原住民身分。」其立法理由揭明：「……二、有關取得原住民身分，本法採行血統兼認同主義，亦即父母有一方具原住民身分，且符合一定認同表徵並願意申請者，得取得原住民身分。是以，凡具原住民血統者，其原住民身分之取得均採一致性標準並依本法修正條文第10條規定採登記生效主義，爰予釐明。三、第2項移列為第1項，將原住民與非原住民結婚所生子女，取得原住民身分之規定，酌修文字列為序文，除定明適用對象為『父或母為原住民』，另就其得申請取得原住民身分要件分款規範。又本法採認同主義，所謂認同表徵係指當事人彰顯自我認同之外在客觀表徵而言。取用或並列原住民父或母所屬民族之傳統名字均足以表彰其認同意識，爰為第1款及第2款規定；另以賽夏族為例，其中文姓氏係根據原氏族意涵所取，已具有區別宗族及自我認同之功能，其他各族亦有類似情形，爰原規範從具原住民身分之父或母之姓者，亦得作為表彰認同意識之表徵，爰列為第3款規定。……。四、依第1項第2款規定取用漢人姓名並以原住民族文字並列父或母所屬原住民族之傳統名字而取得原住民身分者，係以並列傳統名字為其認同表徵，是以從其姓之子女取得原住民身分亦應承繼其認同表徵，爰增訂第2項規定。」又90年原住民身分法第11條第1項規定：「原住民身分取得、喪失、變更或回復之申請，由當事人戶籍所在地之戶政事務所受理，審查符合規定後於戶籍資料及戶口名簿內註記或塗銷其山地或平地原住民身分及族別，並通報當事人戶籍所在地之鄉（鎮、市、區)公所。」（該條文於110年1月27日修正為：「原住民身分取得、喪失、變更或回復之申請，由戶政事務所受理，審查符合規定後，於戶籍資料內為原住民身分別及民族

別之登記，並於登記後發生效力。嗣於113年1月3日修正公布原住民身分法全文時，並未修正該條文內容，僅條次變更為第10條）。依上開各規定及其立法理由可知，原住民身分法有關取得原住民身分，如父或母為原住民者，立法者係採行「血統兼認同主義」，以父母有一方具「原住民身分」為必要前提要件，且外在客觀上須彰顯其認同意識之表徵者，得經申請登記，取得原住民身分。是以，倘若人民之父母一方具原住民血統，但其父或母並未符合原住民身分法所規定之「原住民身分」，則該人民自亦不符合依上開原住民身分法規定取得「原住民身分」之資格。

㈢90年原住民身分法第8條原係規定：「依本法之規定應具原住民身分者，於本法施行前因結婚、收養或其他原因喪失或未取得原住民身分者，得檢具足資證明原住民身分之文件，申請回復或取得原住民身分。」上開條文於97年12月3日修正時，第1項做文字上修正，並增列第2項：「前項當事人已死亡者，其婚生子女準用第4條第2項及第7條之規定。」其增列該項理由為：「第2項所謂之當事人，係指原住民身分認定標準施行之前（80年10月14日），原住民女子與非原住民結婚、原住民為非原住民收養、自願拋棄原住民身分者，因當時法令規定喪失原住民身分者，如果（1）當事人在原住民身分認定標準施行之前（80年10月14日）過世，或是（2）當事人在原住民身分認定標準施行之後（90年8月24日）在申請回復或取得原住民身分前過世未能於生前親自申請回復原住民身分，其結婚所生子女將受限於身分行為禁止代理之法律原則，無法取得原住民身分。故為落實本法血統主義之精神，並兼顧其子女相關權益，爰增訂第2項如當事人已死亡，其子女得準用本法第4條第2項及第7條規定取得原住民身分，以保障當事人直系血親卑親屬之權益。」依此可知，倘若原本即非屬97年12月3日修正之原住民身分法第8條第1項所規定之當事人（即依該法之規定應具原住民身分者，於該法施行前因結婚、收養、自願拋棄或其他原因喪失

或未取得原住民身分者），則其子女即無從適用同法第8條第2項規定申請回復或取得原住民身分。而上開規定嗣於110年1月27日修正為：「（第1項）符合第2條、第4條、第5條或第6條規定取得原住民身分之要件，但於申請取得原住民身分前死亡者，其子女準用第4條第2項、第6條及前條之規定。（第2項）得依第4條或第6條規定申請改姓或取用原住民族傳統名字取得原住民身分，但於本法中華民國109年12月31日修正施行前死亡者，其子女於修正施行後2年內，準用第4條第2項、第6條及前條規定，取用原住民傳統名字，得取得原住民身分。」（按憲法法庭111年憲判字第4號判決，僅就97年12月3日及110年1月27日修正公布該法第8條準用第4條第2項規定部分，宣告違憲，已如前述）。是以，倘若當事人並不符合前揭110年1月27日修正之原住民身分法第8條第1項規定之取得原住民身分要件（即指同法第2條〔有關原住民身分之認定〕、第4條〔有關婚生子女取用原住民傳統名字等認同表徵以取得原住民身分〕、第5條〔有關因收養而取得原住民身分〕或第6條規定〔有關非婚生子女取得原住民身分〕），則於該當事人死亡後，其子女亦無從準用上述各該規定以取得原住民身分。

㈣經查，上訴人係以其外祖母潘氏○○日治時期戶口調查簿之種族欄載有「熟」之註記為憑，向被上訴人申請取得原住民身分，而上訴人外祖母潘氏○○於臺灣光復前設本籍於「高雄州恆春郡恆春街鵝鑾鼻三百四十八番地」屬平地行政區域內，且於日治時期戶口調查簿「種族」欄確有「熟」之註記，然於光復後，上訴人母親張潘○○於上述得辦理「平地山胞登記」期間，均未向恆春鎮公所申請登記為平地山胞等情，已經原審依調查證據之辯論結果，認定甚明，核與卷內證據相符。原判決因此認定上訴人母親並不符合原住民身分法第2條所規定之認定要件，並未取得平地原住民身分，且非屬110年1月27日修正公布之原住民身分法第8條所規定得由子女代理之行為，婚生子女之上訴人無從依此規定申請取

得原住民身分，被上訴人依原住民身分法第2條第2款規定，以原處分否准上訴人所請，並無違誤，上訴人訴請判決如其聲明所示，為無理由，據以駁回其訴，揆諸前揭規定及說明，核無不合。上訴意旨爰引憲法法庭作成111年憲判字第17號判決前之本院107年度判字第240號判決意旨（即指國家就原住民身分設登記制度，僅出於行政管理便利性考量，不能認未登記者即非原住民；應許可「未及於登記時效期間內取得山胞身分者」申請回復或取得身分），主張：原住民身分係與生俱來，非可用任何限制其身分之方式抹滅其身分，不應以登記主義加以阻隔，而以認同來作為身分取得之依據，會造成弱勢民族為強勢族群同化之問題，有違聯合國對原住民族之各項宣言，違反憲法對於各民族一律平等之規定，且97年原住民身分法第8條規定之立法理由係採血統主義，其屬該條所規定可以登記之範疇內，應賦予實質上有原住民身分但未登記者有回復取得身分之機會，原判決援引原住民身分法第2條規定，認平地原住民身分係採登記主義，與97年原住民身分法第8條規定所揭示係血統主義不符，有適用法規不當之情形云云，無非係其一己主觀之見解，並無可採。

㈤至於上訴人援引屏東縣政府108年屏府訴字第98號訴願決定（即○○○等人申請更正原住民身分登記事件，下稱另案申請事件），上訴主張：另案申請事件與本件上訴人申請案，均同以具原住民身分之直系血親未及於登記時效期間內取得原住民身分，前者經被上訴人准予辦理原住民登記，基於平等原則及行政先例，其主張回復登記確屬有理由云云。惟按憲法之平等原則要求行政機關對於事物本質上相同之事件作相同處理，乃形成行政自我拘束，惟憲法之平等原則係指合法之平等，不包含違法之平等，故行政先例需屬合法者，乃行政自我拘束之前提要件，憲法之平等原則，並非賦予人民有要求行政機關重複錯誤之請求權。原判決已敘明：上訴人所指另案申請事件，係因訴願機關考量主管機關於82年、87

年間，就申請登記平地原住民身分事件所為之登記即非正確，嗣後逕依職權所為註銷其平地原住民身分之更正處分，撤銷對於已取得原住民身分逾20年之身分權益影響至鉅，無信賴不值得保護之情形，而撤銷該更正處分，此與本件是被上訴人於受理申請案之初，即認上訴人之申請與前揭原住民身分取得規定不符，兩案實難以相提並論，無法比附援引等情甚明。是上訴意旨再就已經原判決詳為論述之事項，復執陳詞為爭議，並無可採。

四、綜上所述，原判決駁回上訴人在原審之訴，並無違誤。上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

五、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中　華　民　國　115　年　3　月　19　日

最高行政法院第三庭

審判長法官　蕭　惠　芳

法官　梁　哲　瑋

法官　李　君　豪

法官　廖　建　彥

法官　林　淑　婷

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　華　民　國　115　年　3　月　19　日

書記官　徐　子　嵐