

釋憲聲請書

聲請人 劉陳春梅

吳陳春桃

代理人 馮潤明律師

為依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款及第8條第1項規定，聲請解釋憲法，並將有關事項說明如下：

壹、 聲請解釋憲法之目的

請求解釋臺灣高等行政法院105年度原訴更一字第1、2號判決及最高法院106年度判字第305、306號判決所適用之原住民身分法第2條第1款、第4條第2項及第8條第1、2項規定，違反憲法第7條平等權、第22條概括基本權利及憲法增修條文第10條多元文化之保障、原住民基本法、聯合國原住民族權利宣言、聯合國原住民公民政治權利國際公約經濟社會文化權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約。

貳、 疑義之性質與經過暨所涉及之憲法條文

一、 本案事實經過

(一) 劉陳春梅部分：

緣聲請人於民國102年11月13日委由其次子陳劉世傑(原名劉世傑)

檢附當時行政院原住民族委員會100年11月28日原民企字第



1001063438 號函等證明文件，主張依原住民身分法第 8 條第 2 項規定取得原住民身分為由，向台北市中山區戶政事務所(下稱戶政事務所)申請原住民身分登記，經戶政事務所依上開原民會函之說明，聲請人之祖母楊來有為山地原住民（泰雅族），聲請人之父陳添爐依原住民身分法第 2 條第 1 款規定，應具山地原住民身分，惟陳添爐於原住民身分法施行前死亡，未及申請取得原住民身分，其婚生子女即原告得依同法第 8 條第 2 項規定，申請取得原住民身分，戶政事務所乃審認原告之申請符合原住民身分法第 8 條第 2 項規定，准予所請，並辦竣原住民身分登記在案。嗣經戶政事務所查得原民會以 101 年 8 月 21 日原民企字第 1010039333 號函更正前揭認定，以聲請人之父陳添爐為原住民與非原住民所生子女，應適用原住民身分法第 4 條第 2 項規定認定是否具原住民身分，無適用同法第 2 條規定之餘地，戶政事務所乃以聲請人是否具原住民身分尚有疑義，經基隆市政府民政局轉請原民會釋示，經原民會以 102 年 12 月 26 日原民企字第 1020070605 號函復略以，若聲請人既依法不得認定為原住民身分，應由戶政機關依職權逕為更正登記，撤銷其原住民身分，並給予陳述意見之機會。戶政事務所遂以 103 年 1 月 6 日北市中戶登字第 10231461300 號函通知聲請人陳述意見，經戶政事務所以書面向聲請人陳述意見後，戶政事務所審認聲請人之父陳添爐為原住民（原告之

祖母楊來有)與非原住民(原告之祖父陳金堂)所生子女,且未從具原住民身之母之姓,依原住民身分法第4條第2項規定,應不具原住民身分,原告之申請與原住民身分法第8條第2項規定不符,其原住民身分登記有錯誤,應予撤銷並為更正登記,乃以戶政事務所103年2月19日函通知聲請人於103年2月26日前至戶政事務所處辦理撤銷原住民身分之更正登記,逾期未辦理,將逕為更正登記。聲請人逾期仍未辦理更正登記,戶政事務所乃於103年3月25日逕為撤銷登記,並以戶政事務所103年3月28日函通知聲請人業依原住民身分法第12條規定逕為更正登記。聲請人不服被告103年1月6日函及被告103年2月19日函,提起訴願,經遭訴願機關以關於戶政事務所103年1月6日函部分,訴願不受理;關於戶政事務所103年2月19日函部分,訴願駁回。聲請人猶不服,遂向本院提起行政訴訟,後臺北高等行政法院103年度原訴字第3號判決勝訴在案(附件一)。戶政事務所不服,提起上訴,經最高行政法院104年度判字第760號判決(附件二)廢棄原判決,發回原審法院更為審理,理由僅係程序上未明確區分聲請人不服之處分為何。然嗣經臺北高等行政法院以105年度原訴更一字2號判決(附件三),竟實質認定聲請人不符合原住民身分法之要件,駁回其之訴。聲請人仍不服,遂提起上訴,雖經最高行政法院於106年5月26日行首開先例之言詞辯論,

惟 106 年度判字第 306 號判決(附件四)仍裁定駁回，確定判決。

(二) 吳陳春桃之部分：

聲請人於 102 年 11 月 21 日檢附行政院原住民族委員會 100 年 11 月 28 日原民企字第 1001063438 號函等證明文件，主張依原住民身分法第 8 條第 2 項規定取得原住民身分為由，向戶政事務所申請原住民身分登記，經戶政事務所依上開原民會函之說明，審認聲請人之祖母楊來有為山地原住民（泰雅族），聲請人之父陳添爐依原住民身分法第 2 條第 1 款規定，應具山地原住民身分，惟陳添爐於原住民身分法施行前死亡，未及申請取得原住民身分，其婚生子女即聲請人得依同法第 8 條第 2 項規定，申請取得原住民身分，台北市中山區戶政事務所（下稱戶政事務所）乃審認聲請人之申請符合原住民身分法第 8 條第 2 項規定，准予所請，並辦竣原住民身分登記在案。嗣經戶政事務所查得原民會業以 101 年 8 月 21 日原民企字第 1010039333 號函更正前揭認定，以聲請人之父陳添爐為原住民（聲請人之祖母楊來有）與非原住民（聲請人之祖父陳金堂）所生子女，且未從具原住民身分之母之姓，依原住民身分法第 4 條第 2 項規定，應不具原住民身分，聲請人之申請與原住民身分法第 8 條第 2 項規定不符，其原住民身分登記有錯誤，應予撤銷並為更正登記，乃以 103 年 3 月 28 日北市松戶登字第 10330305400 號函通知聲請人於文到 10 日內至戶政事務所辦理撤

銷原住民身分之更正登記，逾期未辦理，將逕為更正登記。該函於103年4月1日送達，惟聲請人逾期仍未辦理更正登記，戶政事務所乃於103年4月18日逕為辦理撤銷聲請人原住民身分之更正登記，並以103年4月21日北市松戶登字第10330403400號函通知聲請人業依原住民身分法第12條規定逕為更正登記。聲請人不服戶政事務所103年3月28日北市松戶登字第10330305400號函，提起訴願，遭經駁回，遂向提起行政訴訟，後臺北高等行政法院103年度原訴字第1號判決勝訴在案(附件五)，惟戶政事務所不服，上訴後，經最高法院104年度判字第761號判決(附件六)廢棄原判決，發回原審法院更為審理，理由僅係程序上未明確區分聲請人不服之處分為何。然嗣經臺北高等行政法院以105年度原訴更一字第1號判決(附件七)竟實質認定聲請人不符合原住民身分法之要件，駁回其之訴。聲請人仍不服，遂提起上訴，雖經最高法院於106年5月26日行首開先例之言詞辯論，惟106年度判字第305號判決(附件八)仍判決駁回，確定判決。

二、 所涉條文

(一) 憲法第7條平等原則之保障：

按「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」、「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在

法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。」憲法第 7 條規定、大院釋字第 211 號解釋可參。

足見平等原則應採實質平等而非形式，然本件聲請人於申請回復原住民身分時，因其父未於日治時期從母姓，竟駁回聲請人之訴，最高行政法院雖稱係源於立法漏洞，卻忽視尚有其他相同案例（僅因男女之別）可獲得原住民身分，而違原住民身分法之立法精神即係保障歷史遺憾下無法回復原住民身分之人。是故，此「具體案件事實上差異」，顯已違反憲法第 7 條之平等原則。

（二） 憲法第 22 條姓名權之保障：

參大法官釋字第 399 號解釋：「姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第二十二條所保障。」，而「姓名權作為一種憲法上的基本權利，具有雙重功能，包括防禦功能：得對抗國家公權力之侵害；保護功能：國家應使姓名權得受保護，不受侵害。」（附件九：王澤鑑，人格權保護的課題與展望(3)——人格權的具體化及保護範圍(2)：姓名權，臺灣本土雜誌，2006 年 9 躍，第 86 期，第 4 頁）。然查，聲請人本具有山地原住民族之血統，擬依原住民身分法規定，回復其原住民族之身分、姓名，卻遭戶政事務所以登記之實體要件

為由，撤銷並更正登記，又為最高行政法院駁回請求，實已侵害憲法第 22 條姓名自由之保護。

(三) 憲法第 5 條及增修條文第 10 條對於原住民族之保障：

按憲法第 5 條：「中華民國各民族一律平等。」、憲法增修條文第 10 條：「(第 11 項)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)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。」，細查我國憲法第 10 條中，大部份之規定乃以國家「應」如何之方式鋪陳，其中於第 12 項中特別在「應」如何做為之規範後，再加上「其辦法另以法律定之」之用語，應至少可視為一種憲法委託，該憲法委託具有構成立法裁量性之界線(參李惠宗，憲法要義，2016 年，頁 685。)；另言之，我國憲法所揭諸之社會國原則概念(包含基本國策的相關規定)，實非單純能僅以方針條款或憲法委託視之，此規範不僅僅是一種憲法委託，而是除了對立法者之外，亦對行政權具有強制力的憲法規範。故立法院不得以有立法裁量權為由，遲不作為；此等憲法義務對於行政機關而言，應屬具強制性，無正當理由：例如戰爭或不可抗力事故外，消極拒絕履行或不作為，應屬違憲行為。(參謝榮堂，社會

法治國基礎問題與權利救濟，頁 75-78。)，而聲請人之祖母具山地原住民之血統無疑，最高行政法院就原住民身分法第 4 條及第 8 條之要件解釋，卻增加聲請人所無之限制，已不利於日治時期無法回復身分之原住民，係不當解釋法律規定，已違憲法第 5 條及增修條文第 10 條對於原住民族保障之精神。

（四）原住民基本法對於原住民族之保障：

「為保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，特制定本法。」、「政府為保障原住民族尊嚴及基本人權，應於國家人權法案增訂原住民族人權保障專章。」原住民基本法第 1、9 條分別定有明文。可知保障原住民族之基本權利、原住民族尊嚴及基本人權乃原住民基本法之意旨，故對涉及原住民族上開權利之爭議，除憲法規定外，亦應切合原住民基本法對原住民之保障。

而「原住民基本法既然做為一權利保障之法令，則如同行政程序法的通過一般，即應做為所有關涉原住民土地權主張時，應提供之最低保障之依據。故法院在審理涉及原住民族觀點之案件中，就不能驟然排除原住民族基本法之適用，而應在判決理由中交代原住民基本法所提供之保障，在個案中應該如何被遵守、或應該如何被排除，先求在判決中引用作為審判依據之後，再求適用方式之統一。否則，上級審法院應認為屬判決不適用法令之違法判決。」（附件十：許萃華，原住

民族基本法之司法實踐—原住民族土地權為中心)，顯見，本件最高行政法院既忽視聲請人就原住民基本法之主張，亦未援引原住民基本法作為法律依據，應屬就原住民族權益認定之輕忽。

(五) 「聯合國原住民族權利宣言」有關原住民族的各項權利：

宣言第 1 條：「原住民族，無論是集體，還是個人，均有權充分享受《聯合國憲章》、《世界人權宣言》和國際人權法承認的所有人權和基本自由。」；第 2 條：「原住民族和個人享有自由，與其他所有民族和個人完全平等，有權在行使其權利時，不受任何形式的歧視，特別是不受基於其原住民出身或身份的歧視。」、第 44 條：「原住民，不分男女，均可平等享有本《宣言》承認的所有權利和自由。」(附件十一：聯合國原住民族權利宣言)分別有明文規定。

該宣言「為明文承認原住民族作為集體與個人之權利，享有不受歧視、同化之權利，並有自主發展經濟、政治、文化、教育等集體權利，其傳統領土領域更受到強烈保障，原住民特殊之集體權利，已經成為重要之世界潮流。(附件十二：廖元豪，平等權：第一講—憲法平等權之意義，55 頁)，惟本件最高行政法院援引之原住民身分法第 4 條之法定要件，未考量原住民族命名之方式，立法僅以漢族社會之姓氏作為唯一要件，實乃歧視原住民族之原有文化，而罔顧其於身分法上權利，已違聯合國原住民族權利宣言保障原住民族之精神甚明。

(六) 「公民政治權利國際公約 (ICCPR)」與「經濟社會文化權利國際公約 (ICESCR)」保障人權：

我國於 2009 年通過兩公約施行法，將兩公約國內法化，保障人權，根據公政公約第 1 條自決權：「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位並自由從事其經濟、社會與文化之發展。」、第 2 條平等權：「本公約締約國承允尊重並確保所有境內受其管轄之人，無分種類、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張民族本源或社會階級、財產、出生或其他主張民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分等等，一律享受本公約所確認之權利。」、第 3 條：「本公約締約國承允確保本公約所載一切公民及政治權利之享受，男女權利，一律平等。」、第 27 條少數群體權利：「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」(附件十三：公民與政治權利公約、經濟社會文化權利公約、公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法)。

本件聲請人本具為山地原住民之血統，回復其原住民身分與姓名皆受兩公約所保障，然最高行政法院卻認原住民身分法立法目的為血統主義兼認同主義，駁回聲請人之請求，自與兩公約對於人權之保障有違。

參、 聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、 程序事項

依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」，故人民聲請憲法解釋應具備以下要件：一、人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害。經依法定程序提起訴訟。三、確定終局裁判所適用之法律或命令有牴觸憲法之疑義。故本件釋憲聲請案確已符合上開程序要件，茲分述如下：

（一） 人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害：

凡因國家之行為而致人民之基本權利無法完善行使者，均可能構成對基本權利之「侵害」，至於該行為是否出於有意或無意，直接或間接，屬於法律行為或事實行為，以及得否與予以強制等，應非所問。（附件十四：李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，86 頁。）且所謂基本權的危害，即對基本權的保護法益，尚未構成實害，但有造成實害之虞之謂。…基本權的危害是否亦可構成基本權的限制，我國相關學說與實務見解迄未表示過意見。德國聯邦憲法法院則認為單純的基本權危害一般而言固尚

未到有憲法上重要意義的基本權干預地步，但不排除危害視其規模大小，也就是視實害發生風險的大小與可能造成損害的種類、強度與範圍，亦有「晉升」為干預之可能。（參許宗力，基本權利：第六講基本權的保障與限制（上），70 頁。）。

本件聲請人向戶政事務所申請回復原住民身分及姓名，乃聲請人受憲法、相關法律保障之行使業如前述，而戶政事務所對此拒絕，即對於聲請人之平等權及人格權構成侵害；又聲請人嗣後循行政爭訟程序尋求救濟，遭訴願管轄機關不受理，以及行政法院援引原住民身分法採血統主義兼認同主義予以駁回，亦係對聲請人之平等權、人格權及多元文化保障構成侵害應屬無疑。

（二） 經依法定程序提起訴訟：

聲請人向台北市中山、松山區戶政事務所申請原住民身分登記，惟先准予所請，後遭原住民族委員會以函釋撤銷及更正前揭登記，對於該函部分業已提起不服，其訴願不受理，後經行政訴訟，最後仍為最高行政法院判決駁回，故聲請人業已依法定程序提起訴訟，且窮盡訴訟程序仍無法獲得權利救濟。

（三） 確定終局裁判所適用之法令解釋，發生疑義：

按本件最高行政法院裁定意旨略以：「上訴人之父陳添爐為原住民即上訴人之祖母楊來有與非原住民即上訴人之祖父陳金堂所

生子女，且未從具原住民身分之母之姓，此為原判決認定之事實。……陳添爐雖是原住民與非原住民所生子女，然未從具原住民身分之母之姓，亦未從原住民傳統名字，亦不符合原住民身分法第4條第2項要件，自不得依該規定取得原住民身分。上訴人雖然主張陳添爐於日據時期並無機會改從母姓等語。然原住民身分法第4條第2項之適用，以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」為要件，法文甚明。該法立法時即使未考慮到日據時期女姓原住民與男姓非原住民所生子女，無從具原住民身分之母姓之可能，亦屬應否另行修法之立法政策上考量問題。上訴人不能以陳添爐在日據時期無從母姓機會，而主張其符合原住民身分法第4條第2項之要件。

是以陳添爐非屬「依原住民身分法應具原住民身分者」，不符合同法第8條第1項所稱「依本法之規定應具原住民身分者」之要件，其婚生子女即上訴人無從依同條第2項規定取得原住民身分。……(四)立法院內政及民族委員會審議原住民身分法草案時……關於原住民與非原住民結婚所生子女身分之認定方面，行政院草案採「限制取得」規定，即依其父母婚姻方式為「嫁娶婚」或「招贅婚」及附加「從姓或原住民傳統名字」條件予以不同認

定……版本採較寬的「原則取得」規定，即不問原住民與非原住民結婚方式為何，其結婚所生子女原則上取得原住民身分。副主任委員孫大川並進一步說明，該會以為未來若要放寬身分認定的標準，除了血源的考量外，文化方面也是相當重要的因素，該會希望能將一些「文化條件」的限制放在法條中，故由「從母姓或恢復原住民傳統名字」方面限制，期能兼顧文化及血源因素……最後立法通過的原住民身分法第4條第2項就原住民與非原住民結婚所生子女情形，附加「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」，作為取得原住民身分之要件，此部分係依行政院草案。依上述可知，輔助參加人主張原住民身分法立法係採血統主義輔以認同主義一節，應屬有據。」云云，惟，

1. 原住民身分法係採血統主義：

就原住民身分法是否採「以血統主義為主，以認同主義為輔」乙節，查該項說法係出自立法院公報第97卷第65期院會紀錄中，簡東明委員於97年11月5日擬具「原住民身分法第四條及第八條條文」之說明〈附件十五，立法院公報第97卷第65期院會紀錄，第40頁中段〉，然其提及「以血統主義為主，以認同主義為輔」，係在「爰提案刪除原住民身分法第四

條第三項從不需『從姓』便取得身分例外規定」時，嗣後該項提案並未獲得支持而維持原條文，即「前項父母離婚，或有一方死亡者，對於未成年子女權利義務，由具有原住民身分之父或母負擔者，其無原住民身分之子女取得原住民身分。」。

由上述可知，「以血統主義為主，以認同主義為輔」原係簡東明委員個人就刪除原住民身分法第四條第三項之說明。該原則是否即為原住民身分法之原則應尚無共識，此從原住民身分法第四條第三項維持原條文而未刪除可知，否則如何解釋本無原住民身分之未成年子女不需『從姓』便能取得身分？

此再參上開公報，原住民身分法於 89 年 5 月 10 日立法院討論時，均僅提及採血統主義，並未見「認同主義為輔」乙節，顯見原住民身分法之立法理由係採血統主義應無疑義。

至原住民身分法第四條第二項所謂「從具原住民之父或母之姓」，應係指「認同」父或母之血統，應原住民本無姓，原住民所用之漢姓亦與血統無關，若原住民身分法尚另有認同主義為輔之意涵，則該認同主義，參酌整部原住民身分法立法意旨及相關原住民人權法規發展歷程，應係指「認同原住民血統」。

2. 上開確定判決與原住民身分法之立法旨不符：

按原住民身分法之立法意旨為：原住民身分法草案於民國 89 年 5 月 10 日於立法院第 4 屆第 4 會期進行討論時，立法委員章仁香之提案要旨敘及「．．再者，現行『原住民身分認定標準』係採父系血統主義，對於原住民女性嫁與非原住民所生子女，規定不能取得原住民身分，顯有違反我國憲法有關男女平等之規定，且未能因應原住民社會之實況，如阿美族與卑南族之傳統社會結構係母系社會。」〈附件十六，90.1.17 日立法院公報 450 頁倒數第 6 行起〉。

而該次之院會紀錄，主要係針對「原住民身分認定標準」之不公平及不合時宜之檢討，並就原住民身分法草案之 7 條條文進行審查，且觀該次草案通過說明中，楊仁福委員提案「第三條：採血統主義；第四條：一、採血統主義。二、根據國際公法，原住民身分認定應以自我認定為原則；第五條：尊重國際公法自我認定原則。」，以及章仁香委員提案「第四條：二、為貫徹憲法上男女平等之規定，並參考我國國籍法已由父系血統主義改為父母雙系血統主義之立法趨勢。」〈參附件十六，90.1.17 日立法院公報 454 頁起〉，顯見，原住民身分法草案之提案說明，均著重血統主義、男女平等、原住民自我認定之權利．．等。

故原住民身分法應係保障身分平等、採父母雙系血統主義、自我認定原則，以「認定原住民身分，保障原住民權益」（原住民身分法第1條第1項參照），絕非原確定判決上開所稱「輔以認同主義」，其認定限縮及前開原住民身法之精神，已有誤解而與立法意旨未符。

另，原住民身分法第4第2項「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。」、第8條第一項前段「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」。

上開規定係在規範原住民與非原住民結婚所生子女情形，以及原住民身分法施行前，如何取得及認定原住民身分事項，故原審認「該法立法時即使未考慮到日據時期女姓原住民與男姓非原住民所生子女，無從具原住民身分之母姓之可能，亦屬應否另行修法之立法政策上考量問題」云云，實係誤解原住民身分法所致，若確係原住民身分法於立法時未考慮到日據時期女姓原住民與男姓非原住民所生子女，無從具原住民身分之母姓之可能之情形，則原住民身分法上揭條文應已違憲法所示之平等相關原則而有解釋之必要。

3. 聲請人之父無法於日治時期從母之姓：

查陳添爐（生於 1904 年，歿於 1938 年）於日治時代並無原住民身分法之規範以從母姓，重要者，日據時代對原住民有諸多之歧視及非國民待遇，要求陳添爐於日據時代改從母姓，不僅強人所難且係不可能發生之情事，此見國立臺灣大學國家發展研究所研究生劉維哲「臺灣原住民身分認定變革因素之探討」一文(附件十七)，可知，原住民於日據時代先被蔑視稱為「蕃」，既未有人格，法律地位上不具帝國臣民身分，更不適用一般法律，陳添爐怎可能反從其「生蕃」之母之姓？。足徵原住民於日治時代所受之非人道待遇已非現今所能想像，然原確定判決卻以陳添爐未從母姓為由認與身分法第 4、8 條規定未符，實已違種族平等及憲法平等原則至明。

4. 原住民身分法第 8 條第 1 項之「應具原住民身分者」與第 4 條所稱「取得原住民身分」之意義不同：

又按原住民身分法第 8 條第一項前段「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」，其「應具原住民身分者」，與該第 4 條所稱「取得原住民身分」，二者係不同概念。

蓋「取得原住民身分」是指第4條各項所列情形，包括第2項「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」，於完成從父或母姓或傳統名字後，即能取得原住民身分。而「應具原住民身分者」，則係指「本該具有」，此參原住民身分法採血統主義精神觀，應指自然血統而言，此可從二者一謂「應具」一謂「取得」之不同用語即知，故「應具原住民身分者」，在文義及各項解釋上，應非已完成「父或母姓或傳統名字」之情形，從母姓並非「應具原住民身分」之要件，僅係於申請登記時，為「取得原住民身分」之程序事項（見後所述）。

又，「其他原因」應指與結婚、收養、自願拋棄等原因類似喪失或未取得者而言，考量原住民就自我身分決定之權利，以及現行原住民身分法精神，該其他原因應包括因法律保障規範不足、時代不同．．等，而無從決定自己原住民身分之情形，故應做對「具有原住民血統者」較有利之解釋，乃符保障原住民人權之精神。況，原住民身分法第8條第1項前段「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」，亦規範「於本法施行前，未取得原住民身分者」之情形，本件被上訴人之父陳添爐乃為具原住

民身分楊來有之子，卻因斯時日據時代並無「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」之規定，陳添爐怎可能於當時尚傳統之封建社會中，無故從母姓？此乃強人所難。

基此，陳添爐應已符合原住民身分法第8條第1項前段「於本法施行前，因其他原因未取得原住民身分者」之要件，若其去世，即可檢具文件以取得原住民身分，惟因陳添爐已去世，故其子女即原告可依第8條第2項規定，準用第4條第2項之規定取得原住民身分。

實則，依前揭立法意旨，雖僅提及「喪失原住民身分者」，而未提及「具有原住民血統者在80年10月14日前過世，且未取得原住民身分者，其直系血親卑親屬是否亦在保護之列」，但既強調血統主義，前揭「未提及」應非有意省略，且原住民身分法第8條第1項條文亦有「於本法施行前，因……或其他原因喪失或未取得原住民身分者」之明文，故若可證明具有原住民血統，基於「落實本法血統主義之精神，並兼顧其子女相關權益」之立法意旨，「具有原住民血統者在80年10月14日前過世，且未取得原住民身分者」，其直系血親卑親屬亦應在原住民身分法第8條第2項規定保護，此方符該項修正之立

旨。

5. 原確定判決誤認原住民身分法第 8 條第 1 項「應具原住民身分者」之真意：

末按，「應具原住民身分者」，則係指「本該具有」，此參原住民身分法採血統主義精神觀，應指自然血統，業據前述。

而該「應具原住民身分者」之血統，係源自於原住民身分法第

2 條所定原住民者而言，故陳添爐之血統既係來自於山地原

住民泰雅族之楊來有，陳添爐即屬「應具原住民身分者」。

而原住民身分法第 2、4、5、6、8、10 條各為取得原住民身分之規定，其中第 2 條係定義山地原住民、平地原住民，故其他取得原住民身分之規定應依各該條文之要件適用。

二、 原住民身分法中第 8 條第 1 項「施行前」應違反憲法第 7 條平等原則：

原住民身分法第 8 條：「(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，其婚生子女準用第四條第二項及第七條之規定。」定有明文。

若如原確定判決謂上開條文未及於日治時期，應與憲法中之實質

平等原則未符，故聲請人之父於施行前已死亡，縱認非屬上述所示之原因，則該條文恐與現行保障原住民之相關規定未合，而有違憲之虞。

三、原住民身分法中第 4 條第 2 項「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者」要件違反憲法第 7 條之平等原則：

再按憲法第 7 條之平等權規定，旨在保障人民不致因身分不同而在法律上受到不合理之差別對待。原住民亦為中華民國人民，應享有憲法第 7 條平等原則之保障，而依原住民身分法第 4 條：「(第 2 項)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。」，如判斷原住民對於取得其欲繼承血統之身分時，漠視原住民身分法之保障原住民族延續目的，以認同主義形諸於客觀登記行為作為標準，亦即僅以聲請人是否具「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」作為判斷標準，則未符憲法第 7 條平等原則之，其理由如下：

(一) 未將日據時期女性原住民與男性非原住民所生之子女，無從母姓機會之背景納入考量，解釋過於僵化，有違實質平等原則：聲請人之父生前處於臺灣日據時期，於 1905 年，日本總督府首度實施戶口調查，為掌握臺灣之人口現況，於戶籍登記簿上設置

「種族」項目。原則上，第一次調查認定時，以「本人的認知」來處理，而後，關於其子女之種族，依「戶口規則」的規定，係以父親的種族作為子女的種族。也就是說，父親之戶口登記簿種族欄登記為太魯閣族者，不論其生母為太魯閣族人亦或其他族人，其子女皆登記為太魯閣族人（採父系血統主義）。只有在父親種族不明的情形下，才會以生母之種族作為子女的種族。（附件十八：詹素娟，臺灣平埔族的身分認定與變遷（1895—1950）——以戶口制度與國勢調查的「種族」分類為中心，頁121-166）。故縱日據時期之法規允許聲請人之父親「從母姓」，且其亦有意願取得原住民身分，其在世時亦期待不可能會去「從母姓」，足見從姓氏與否，與時代背景之政治政策或傳統思想有關。是以，原住民於各時期所受面臨之待遇均不相同，故在判斷原住民對於回復其身分，適用法規之要件時，理應基於不同時期之法律困境而給予合理之區別對待，若僅從「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」之有無者判斷之，此實無異於在「原住民」之單一概念下要求齊頭式、機械式之平等，自與憲法第7條之平等原則有違。

（二）上揭條文違反憲法保障原住民婦女之平等權：

1. 對婦女之歧視以及禁止歧視之範圍：我國憲法及其他相關法律

(例如：性別工作平等法)雖明言禁止性別歧視，但何謂「對婦女的『歧視』」，並未有明確之定義。惟根據聯合國 1979 年《消除對婦女一切歧視公約》(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women，以下簡稱 CEDAW)，及 100 年 6 月 8 日立法院所通過之《消除對婦女一切形式歧視公約施行法》(附件十九：消除對婦女一切形式歧視公約施行法規)，所謂「對婦女的『歧視』」，係指「基於性別而作的任何區別、排斥或限制，其影響(結果)或其目的均足以妨礙或否認婦女不論已婚未婚在男女平等的基礎上認識、享有或行使在政治、經濟、社會、文化、公民或任何其他方面的人權和基本自由。」(CEDAW 第 1 條原文)這裡所稱的歧視，包括了對女性的「直接歧視」、「間接歧視」、「目的上歧視」與「結果上歧視」。故此，根據 CEDAW 的規定，不管法律規定為何，只要其實施的結果或其目的足以妨礙或否認婦女的政治、經濟、社會、文化、公民或其他任何方面的基本人權，即構成對婦女的歧視。

2. 違憲審查：大法官針對涉及性別歧視(男女平等)的平等權案件中，採取表面上最嚴格的審查標準。(附件二十：黃昭元，平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可

能，頁 257。)參照司法官釋字第 365 號解釋理由書：「因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。」故此，只有在該差別待遇是「基於男女生理上之差異」或「因此差異所生之社會生活功能角色上之不同」，此對於男女不同的差別待遇才有可能合憲。以下先就判斷是否有「差別待遇」的存在，接著判斷其差別待遇之立法目的是否合憲（目的合憲），倘若立法目的合憲，則接著應判斷其分類方式與目的的達成間是否具有一定程度的關聯性（手段合理或必要），作為審查判斷，合先述明。

(1) 此見以下案例，顯見上揭條款於實際適用，尚存差別待遇：

a. 桃園市平鎮區戶政事務所(附件二十一：

http://www.pingc.gov.tw/cht/howto/casex_np727.html)

於 99 年 8 月 12 日報請行政院原民會釋示：本轄居民吉○平之母林○花於民國 49 年死亡，生前並未取得原住民身分，經查其外祖父戶籍資料有記載平地山胞之原住民身分，吉○平可否以其外祖父具有平地原住民身分，申請其母取得平地原住民身分後，其再改從母姓取得原住民身分。經行政院原住民族委員會 99 年 9 月 1 日原民企字第 0990042296 號函略以：

「…依原住民身分法第 4 條規定，林○花君為原住民所生子女又從具原住民身分之父姓，為依法應具原住民身分之人。林○花君雖因故未能取得原住民身分，依同法第 8 條第 2 項規定，吉○平得準用第 4 條第 2 項規定，改從母姓取得原住民身分…」綜上，此案申請人可依原住民身分法第 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。」辦理改從母姓及原住民身分登記。

b. 桃園市八德區戶政事務所案例：(附件二十二：

<http://www.patehr.gov.tw/cht/howto/CaseStudyH.html>)

楊女士之父楊X X非原住民，母高○○光復後至死亡戶籍資料均無登記原住民身分，惟日治時期設籍在「蕃地」，戶口調查簿之種族欄註記為「夕」；又楊女士之外祖父高X X民國 35 年至 36 年除戶戶籍資料無登記原住民身分，母高○○民國 35 年至 43 年死亡戶籍資料亦無登記原住民身分，惟外祖父高X X民國 74 年死亡除戶戶籍資料登記為「山地山胞」，且二人日治時期設籍在「蕃地」，戶口調查簿之種族欄註記為「夕」。行政院原住民族委員會 101 年 5 月 16 日原民企字第 1010027621 號函：查本案當事人之祖父高X X，臺灣光復前

本籍在「蕃地」內，且其戶口調查簿種族欄內登記有其為泰雅族之註記，並於 74 年戶籍資料已有「山地山胞」註記，因此，依本法第 2 條第 1 項規定，高 XX 應具山地原住民身分。又查高○○為原住民與非原住民結婚所生子女，又從具原住民身分之父之姓，應依本法第 11 條規定程序，申請依本所第 4 條第 2 項規定取得原住民身分，爰不得逕依本法第 2 條第 1 款規定認定為山地原住民。惟高○○於本法施行前死亡，其婚生子女應依本法第 8 條第 2 項規定申請取得原住民身分。本案依上開函釋，當事人依原住民身分法第 8 條第 2 項規定申請取得原住民身分。

- c. 綜上，上述兩位當事人外祖父皆具原住民身分，當事人之母皆為原住民與非原住民之婚生子女，雖死亡前從未取得原住民身分，值得注意的是，在未考慮當事人之母本人有無取得原住民身分意願下，只因為當時皆從其原住民之父之姓，原民會函示兩位當事人皆可依原住民身分法第 8 條第 2 項取得原住民身分。二案例與本件差別在於具原住民身分者為外祖父皆為男性，本件為祖母即女性原住民；兩位男性原住民之婚生子女，從未登記取得原住民身分，然卻可依本法第 4 條第 2 項及第 8 條第 1 項為應具原住民身分要件之人，其婚生

女可依本法第 8 條第 2 項取得原住民身分。益證與本件聲請

人之祖母為原住民婦女而受差別待遇甚明。

(2) 「文化」(目的)與「從姓氏」(手段)不具關聯性：按文化的傳承

係源於日常生活一點一滴的累積，透過父母使用的語言、言行舉

止、思想價值的傳遞、(宗教)儀式的舉行……等等，文化傳承

的成功與否及其程度多寡在於父母個人的意願以及其可支配的

時間，與子女所從姓氏並無任何關聯。原住民的命名方式，與漢

人的命名方式有很大的區別(後就兩者命名文化之區別詳述之)，

其體現其特殊的部落文化與社會組織，倘若原民族身分的取得應

該與其「文化」綁在一起，則不應以漢人的命名文化「家族姓+

名」判斷其是否應取得該族群的身分，而係以該特定族群的命名

方式作為身分取得的條件之一。亦即以「所從姓氏」作為分類標

準，與達到「將原民族身分與文化綁在一起」此立法目的，關聯

性極低。顯然，用「所從姓氏」此分類方式以達成「確認原住民

身分與文化連結」不具任何關聯性。(附件二十三：鄭川如，「原

住民身份法」中「姓氏綁身分」條款的違憲分析，頁 29。)是以，

原依原住民身分法第 8 條有補償過去歷史缺憾的立法旨意，然解

釋上卻以僵化錯置的從姓氏要件(同法第 4 條)，再次造成對婦女

不平等的遺憾。是其立法、修法的目的與所依據之憲法平等原則

皆推動男女平等，從原本均等的法律規範中，未依回復正義解釋，造成對原住民女性與非原住民男性結婚之子女的不公平歧視。

綜上，本於原住民身分法精神在保障原住民權益，尊重原住民之血統以及選擇原住民身分之權利，且須依男女平等及合理區別個別家庭背景狀況而給予不同之對待，故本件自不符合憲法第 7 條平等原則之要求。

(三) 聲請人為山地原住民血統之後代，因立法漏洞而無法回復身分，惟相較於近年來推動之平埔族正名活動，構成兩者差異過甚之不合理差別對待：

平埔正名運動是受到原台灣高山族正名運動的鼓舞、民族學、民俗學的進步而產生的運動，於 1994 年「山胞、番人、山地人、高山族」的稱號終於在臺灣正式走入歷史。從 2001 年起，400 位平埔族前往中華民國立法院召開公聽會，要求回歸原住民身份後，平埔族的正名運動走上了積極的路線，於 2017 年 8 月行政院通過〈原住民身分法〉修法草案，增列平埔族為原住民族，為落實總統政策(附件二十四：原住民身分法修正草案懶人包、原住民身分法修正草案及相關新聞。))。

然參照釋字第 719 號陳新民大法官之部分不協同意見書：「當年居住於山地之原住民，可能早已遷居平地、更遑論當時已遷居平

地之所謂平地原住民。臺灣地小人稠，不少非原住民也前往山地開墾、經商，若論今日臺灣居住環境原住民與非原住民早已混雜，其生活習慣、文化、語言、外表膚色、社會關係……等幾乎完全分辨不出，有無必要再以祖先之血統、且以三代人（七十年）前的血統依據，作為法制上差別待遇的判斷基準？」可知，平埔族納入原住民身分法之保障仍有疑義，惟原民會更特別說明，原住民身分法修正後，只要直系血親尊親屬在日治時期有「熟蕃」或「平埔」註記，無論相隔幾代，也不分父系還是母系，更無須改姓或傳統名字，就可以直接申請取得「平埔原住民」身分(附件二十五：行政院通過原住民身分法修正草案 增列平埔原住民 回應平埔多年正名訴求，原住民族委員會全球資訊網 新聞稿)，無異是架空原住民身分法第 4 條之規定，形成平埔族較具優勢且簡易即可取得原住民之身分，故與本件聲請人相較，恐有實質上不平等之待遇，而違反憲法第 7 條平等原則。

四、原住民身分法中第 4 條之法定要件違反憲法增修條文第 10 條多元文化精神：

- (一) 從姓氏之行為，即所謂命名文化，係指一群人在替自己或他人命名時所依循的既定社會習俗，此社會習俗在不同的社群間存在不同程度的差異。漢人的命名方式，係根據「家族姓+名」之

模式組合而成，而因臺灣原住民族文化傳統皆有名無姓臺灣原住民族的命名方式，故並不是根據上述模式(參丘其謙，台灣土著族的名制)。臺灣原住民族命名習慣包括親子連名制、家屋名制、氏族名制、親從長嗣更名制等方式，例如泰雅族、賽夏族、賽德克族採用「子父連名制」，經典例子如莫那·魯道的兒子稱為塔達歐·莫那，而女兒稱為馬紅·莫那。阿美族採用「子母連名制」，因為阿美族是母系社會，一般會在自己的名字後面接母親的名字。而雅美(達悟)族有「親從子名」及「祖從孫名」制。在這些親子連名制及親從長嗣更名制等制度之下，其實並沒有「姓氏」之概念。但是在魯凱族、鄒族、布農族、排灣族等有氏族的社會，會在個人名後附加氏族名稱，例如據稱全國最長之名字有 13 字：「巴拉卡夫·伊斯瑪哈單·伊斯立端」，其為布農族原住民。而排灣族、魯凱族、卑南族會在個人名後附加類似氏族名的家名。例如有一位排灣女子稱為「瑪萊依慈·得馬拉拉得」，「瑪萊依慈」是名字，意思是擁有閉月羞花之貌，而「得馬拉拉得」是氏族名。所稱之氏族名比較接近漢人之「姓氏」概念，但是實質上依然不是姓氏。(附件二十六：廖福特，建構選擇姓氏的權利，頁 20-21)，此參原民會 100 年 10 月 19 日原民企字第 1001054924 號函略以：

「經查原住民族文化慣俗，係採親子連名、氏族名、家屋名、親

從子名等類型之名制，均無姓名條例所稱之『姓』。」足證。

(二) 蓋憲法增修條文第十條：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」臺灣原住民族共有 16 族，有父系、母系社會之差異，如最大族群的阿美族即為母系社會，傳統阿美族家屋、田產為母傳女，子女命名亦多傳襲母系名字。臺灣原住民族 16 族傳統命名方式各不相同，所相同者，乃原住民族傳統文化並無如漢族以「父姓」延續族群認同已如前述，故不應單自漢人之姓氏觀念來看待原住民之命名方式及內容，基於文化多元之理念，國家應容許不同之文化特質所形成之姓氏理念。故此，上揭條文僅以原住民父母的漢姓規定作為判斷依據，卻又未注意父系從姓習俗所造成對原住民婦女權益之歧視，忽略原住民多元文化存在，而屬違反憲法保障多元文化精神。

五、 原住民身分法中第 4 條之法定要件有違反憲法第 22 條保障姓名權之虞：

人格權，為憲法第二十二條所保障之基本人權之一，人格權作為個人人格的基礎，其保護範圍包括生命、姓名、血統……等。關於人格權與血統的關係，參照司法院釋字第 587 號解釋理由書：「子女獲知其血統來源，確定其真實父子身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法保障。」人格權為個人人格的基礎，與個人有

不可分離之關係。人格權包括維護個人人格的完整性與不可侵犯性，尊重個人的尊嚴、稱呼，以及保障個人身體與精神活動等之權利在內。人格權在本質上具有不可拋棄性、不可移轉性及不可侵害性，例如生命、身體、自由、血統等權利。

故若將原住民身分法之意旨，係限縮至將有限資源保留給真正需要的原住民之目的，亦即所謂原住民優惠政策，基於婦女原住民與非原住民結婚後可能獲得生活上之改善，進而忽視造成男女不平等及人權時代潮流所趨，使其婚生子女喪失承續原住民血統身分權利，影響其人權與憲法所保護之人格權，自屬違背憲法 22 條所保障人民之權利。

六、原住民身分法第 4 條之「從具父或母之姓」乃申請取得原住民身份程序之一：

查原住民身分法第 4 條第 2 項及第 8 條之規範要件之不同已如前述，，此再就第 8 條第 1 項規定「應具原住民身分者，…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」，可知應具原住民身分者，尚須依該項規定向戶政主管機關申請取得原住民身分，而於申請階段茲再依申請流程辦理後（即原住民身分法第 4 條第 2 項從母姓即為其中之程序）取得原住民身分，故原住民身分法第 8 條乃先於第 4 條第 2 項，非先依第 4 條取得身分

後方具第 8 條之要件。此可見以下流程即知：

「高雄鳳山區第一戶政事務所網頁上之「原住民專區」-「辦理原住民身分認定及登記作業流程」作業流程欄 2.1 第 7（附件二十七：高雄鳳山區第一戶政事務所網頁上之「原住民專區」頁面），戶政機關受理原住民身分登記之申請，從原住民之母之姓為辦理過程中之程序事項。

依上揭作業流程表格 2.1 第 1 點「依據民眾所欲辦理原住民身分登記項目，審查所應檢附的證件是否齊全，申請人是否適格」〈請參閱同單位「原住民身分認定及民族別登記申請須知表」〉（附件二十八：原住民身分認定及民族別登記申請須知表），所審查「應檢附的證件是否齊全」、「申請人是否適格」，無審查申請人改姓要件等規定，若申請人需從具原住民之父母之姓者以取得原住民身分，在本表格 2.1 之第 7 點，填「自願從姓並取得原住民身分意願書」（附件二十九：自願從姓並取得原住民身分意願書），再依「原住民族族別認定辦法」（附件三十：原住民族族別認定辦法）填寫「民族別登記申請書」（附件三十一：民族別登記申請書）才算完成原住民身分登記而取得原住民身分。基此，自上述原住民身分認定及登記作業流程表可証明，原住民與非原住民婚生子女從具原住民之父母之姓，取得原住民身分，係申請過程中按程

序事項之順序填表辦理，非在申請辦理登記原住民身分之前即須完成改姓。且於申請取得原住民身分，依前揭說明，尚須填寫「民族別登記申請書」，辦理族別登記後，始完成取得原住民身分，非僅從父或母之姓而已，故上述所提及之吉○平之案例係有違反法定程序而有疑義，亦與聲請人形成實質上不平等之對待。

七、綜上，聲請人爰狀請鈞院依聲請事項作成解釋，以維人權，不勝感禱。

附件一：臺北高等行政法院 103 年度原訴字第 3 號判決

附件二：最高法院 104 年度判字第 760 號判決

附件三：台北高等行政法院以 105 年度原訴更一字第 2 號判決

附件四：最高法院 106 年度判字第 306 號判決

附件五：臺北高等行政法院 103 年度原訴字第 1 號判決

附件六：最高法院 104 年度判字第 761 號判決

附件七：台北高等行政法院以 105 年度原訴更一字第 1 號判決

附件八：最高法院 106 年度判字第 305 號判決

附件九：王澤鑑，人格權保護的課題與展望(3)——人格權的具體化及保護範圍(2)：姓名權，臺灣本土雜誌，2006 年 9 躍，第 86 期，頁 44-45。

附件十：許萃華，原住民族基本法之司法實踐—原住民族土地權為中心，司法新聲 106 期，2013 年 4 月。

附件十一：聯合國原住民族權利宣言。

附件十二：廖元豪，平等權：第一講—憲法平等權之意義，月旦法學教室第 68 期，2008 年，頁 55。

附件十三：公民與政治權利公約、經濟社會文化權利公約、公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法。

附件十四：李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，憲法理論與實踐（二），新學林出版，2007 年，頁 86。

附件十五：立法院公報第 97 卷第 65 期院會紀錄，第 40 頁中段。

附件十六：90.1.17 日立法院公報 450 頁倒數第 6 行起。

附件十七：劉維哲「臺灣原住民身分認定變革因素之探討」。

附件十八：詹素娟，臺灣平埔族的身分認定與變遷(1895—1950)——以戶口制度與國勢調查的「種族」分類為中心，臺灣史研究，第 12 卷第 2 期，2005 年 12 月，頁 121-166。

附件十九：消除對婦女一切形式歧視公約施行法規

附件二十：黃昭元，平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能，國立臺灣大學法學論叢，第 37 卷第 4 期，2008 年 12 月，頁 257。

附件二十一：桃園市平鎮區戶政事務所網頁，
<http://www.patehr.gov.tw/cht/howto/CaseStudyH.html>。

附件二十二：桃園市八德區戶政事務所網頁，
<http://www.patehr.gov.tw/cht/howto/CaseStudyH.html>。

附件二十三：鄭川如，「原住民身份法」中「姓氏綁身分」條款的違憲分析，國立中正大學法學集刊，第40期，2013年7月，頁29。

附件二十四：原住民身分法修正草案懶人包、原住民身分法修正草案及平埔族正名總統落實承諾自由時報 106.08.17 新聞

附件二十五：行政院通過原住民身分法修正草案 增列平埔原住民 回應平埔多年正名訴求，原住民族委員會全球資訊網 新聞稿，發布日期：2017年8月17日。

附件二十六：廖福特，建構選擇姓氏的權利，台北法學論叢，第89期，頁20-21。

附件二十七：高雄鳳山區第一戶政事務所網頁上之「原住民專區」頁面，

<http://fongshan-hr.kcg.gov.tw/SubPage/SP-01.aspx?menu=148>，

最後瀏覽日：2017年12月26日。

附件二十八：原住民身分認定及民族別登記申請須知表。

附件二十九：自願從姓並取得原住民身分意願書。

附件三十：原住民族族別認定辦法。

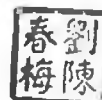
附件三十一：民族別登記申請書。

謹狀

司法院

公鑒

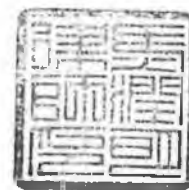
聲請人 劉陳春梅



吳陳春桃



代理人 馬潤明律師



中 華 民 國 1 0 7 年 2 月 1 4 日

委任狀

	委任人	受任人
姓名或名稱	吳陳春桃 劉陳春梅	馬潤明律師
住居所或營業所、郵遞區號及電話號碼	詳卷	台北市衡陽路 85 號 5 樓之 7 電話：(02) 23315208
送達代收人姓名、住址、郵遞區號及電話號碼		

為 聲請大法官解釋 事件委任人茲委任受任人為代理人就本事件有為一切訴訟行為之權並有行政訴訟法第 51 條第一項但書及第二項之特別代理權，依同法第 50 條之規定提出委任書如上。

謹 呈

司法院 公鑒

委任人：吳陳春桃
劉陳春梅



受任人：馬潤明 律師



中華民國 一 ○ 七 年 二 月 十 四 日

最高行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】 106,判,305
【裁判日期】 1060615
【裁判案由】 原住民身分法
【裁判全文】

最 高 行 政 法 院 判 決

106年度判字第305號

上 訴 人 吳陳春桃
訴訟代理人 馬潤明 律師
被 上訴 人 臺北市松山區戶政事務所

代 表 人 蔣宜君
訴訟代理人 謝佳真
侯美如
輔助參加人 原住民族委員會

代 表 人 夷將·拔路兒 (Icyang·Parod)

訴訟代理人 曾興中
陳天石

上列當事人間原住民身分法事件，上訴人對於中華民國105年7月7日臺北高等行政法院105年度原訴更一字第1號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文
上訴駁回。
上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由
一、上訴人於民國102年11月21日檢附輔助參加人100年11月28日原民企字第1001063438號函（下稱輔助參加人100年11月28日函）等證明文件，主張依原住民身分法第8條第2項規定取得原住民身分為由，向被上訴人申請原住民身分登記，經被上訴人依上開輔助參加人函之說明，審認上訴人之祖母楊來有為山地原住民（泰雅族），上訴人之父陳添爐依原住民身分法第2條第1款規定，應具山地原住民身分，惟陳添爐於原住民身分法施行前死亡，未及申請取得原住民身分，其婚生子女即上訴人得依同法第8條第2項規定，申請取得原住民身分，被上訴人乃審認上訴人之申請符合原住民身分法第8條第2項規定，准予所請，並辦竣原住民身分登記在案。嗣經被上訴人查得輔助參加人業以101年8月21日原民企字第1010

039333號函（下稱輔助參加人101年8月21日函）更正前揭認定，以上訴人之父陳添爐為原住民（上訴人之祖母楊來有）與非原住民（上訴人之祖父陳金堂）所生子女，且未從具原住民身分之母之姓，依原住民身分法第4條第2項規定，應不具原住民身分，上訴人之申請與原住民身分法第8條第2項規定不符，其原住民身分登記有錯誤，應予撤銷並為更正登記，乃以被上訴人103年3月28日北市松戶登字第10330305400號函（下稱被上訴人103年3月28日函）通知上訴人於文到10日內至被上訴人處辦理撤銷原住民身分之更正登記，逾期未辦理，將逕為更正登記。該函於103年4月1日送達，惟上訴人逾期仍未辦理更正登記，被上訴人乃於103年4月18日逕為撤銷登記，並以被上訴人103年4月21日北市松戶登字第10330403400號函（下稱被上訴人103年4月21日函）通知上訴人業依原住民身分法第12條規定逕為更正登記。上訴人不服被上訴人103年3月28日函，提起訴願，經遭駁回，遂向原審法院提起行政訴訟，經原審法院以103年度原訴字第1號判決（下稱原審法院前判決）撤銷訴願決定及原處分（原審法院前判決稱103年3月28日函為原處分，惟依原審法院前判決理由載：含逕為更正登記撤銷上訴人原住民身分之後續處分）。被上訴人不服，提起上訴，經本院104年度判字第761號判決廢棄原判決，發回原審法院更為審理，嗣經原審法院以105年度原訴更一字第1號判決（下稱原判決）駁回。上訴人仍不服，遂提起本件上訴。

- 二、上訴人起訴主張：（一）原住民身分法係採血統主義，此有原住民身分法草案於89年5月10日於立法院第4屆第4會期進行討論之該次院會紀錄可參。再據原住民身分法第4條及第8條於97年修正草案之說明，明確敘及「為落實本法血統主義之精神，並兼顧其子女相關權益」等語，益足證之；原住民身分法第8條第2項係為落實血統主義之精神並兼顧其子女相關權益，該條於97年11月5日立法院審查時，斯時審查會通過提案條文對照表第8條之說明三亦敘及「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。故為落實原住民身分法血統主義之精神，並兼顧其子女之相關權益，爰增訂第2項如當事人已死亡，其子女準用本法第4條第2項及第7條之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。」而該立法理由雖未提及「具有原住民血統者在80年10月4日前過世，且未取得原住民身分者，其直系血親卑親屬是否亦在保護之列」，然原住民身分法既強調血統主義，未提及應非有意省略，應係當然之解釋，此參原住民身分法第8條第1項規定「於本法施行前，因……或其他原因喪失或未取得原住民身分者」。是故，若具原住民血統，為落實原住民身分法之精神，並兼顧

其子女之相關權益，上訴人之祖母既具山地原住民身分，依血統主義之精神，上訴人之父陳添爐應具原住民之身分，從而，上訴人亦應有原住民身分而得申請登記，始謂兼顧子女之權益而符合原住民身分法之立法意旨。(二)原住民身分法第8條第1項之「應具原住民身分者」與第4條所稱「取得原住民身分」之意義不同，原住民身分法第8條第1項適用者為在「原住民身分法施行前」應取得原住民身分而喪失或未能取得身分者，顯然是為彌補在原住民身分法施行前，因時代因素喪失或未能取得原住民身分的歷史遺憾；而原住民身分法第4條各項所列情形，包括第2項「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」，於完成從父或母姓或傳統名字後，即能取得原住民身分。而「應具原住民身分者」，則係指「本該具有」，此參原住民身分法採血統主義精神，應指自然血統而言，此可從二者一謂「應具」一謂「取得」之不同用語即知，故「應具原住民身分者」，在文義及各項解釋上，應非已完成「父或母姓或傳統名字」之情形，從母姓並非「應具原住民身分」之要件，僅係於申請登記時，為「取得原住民身分」之程序事項，但是被上訴人卻以「原住民身分法施行後」同法第4條第2項規定「未具原住民之母之姓」來作為不符合第8條第1項要件，顯適用法律錯誤。(三)被上訴人漠視原住民身分法第8條第2項立法規定與目的，將原本男女平等的法律規定，經被上訴人解釋執行造成男女不平等的結果，顯然違反憲法第7條男女平等之原則；輔助參加人100年11月28日函就訴外人劉陳春梅可取得原住民身分之認定，雖其理由不盡完備，然其理由及結論係與原住民身分法之立法意旨及法條規定相符，應屬可採；而輔助參加人101年8月21日函認「當事人（劉陳春梅）之父亦因未從具原住民身分之母之姓，而不得取得原住民身分。」云云，不僅與其前所為函釋相反，與原住民身分法之立法意旨及法條規定不符，更錯將從具母姓作為「應具原住民身分」之要件，已與血統主義有違而不可採。(四)另參據輔助參加人99年9月1日原民企字第0990042296號函（下稱輔助參加人99年9月1日函）：「……依原住民身分法第4條規定，林○花君為原住民所生子女又從具原住民身分之父姓，為依法應具原住民身分之人。林○花君雖因故未能取得原住民身分，依同法第8條第2項規定，吉○平得準用第4條第2項規定，改從母姓取得原住民身分……」，該案申請人可依原住民身分法第4條第2項規定辦理改從母姓及原住民身分登記。基此相同法理，基於男女平等原則下，應為相同處理。上訴人應有取得原住民身分之資格等語，為此，訴請將訴願決定、原處分均撤銷【此原處分係指被上訴人103年4月18日逕為撤銷登記、被上訴人103年4月21日函】。

三、被上訴人則以：原住民身分法第8條規定有關原住民身分法

之適用範圍，係為了保障原住民在原住民身分法施行前，因結婚、收養或其他原因（例如：臺灣省政府所訂定之臺灣省山胞身分認定標準【已廢止】），致喪失或未取得原住民身分，始有該條規定之適用。上訴人之父陳添爐並未符合上述喪失或未取得原住民身分之事由，故無原住民身分法第8條第1項之適用。另依該所戶籍資料，上訴人之父陳添爐係屬原住民與非原住民結婚所生子女，依原住民身分法第2條、第4條及輔助參加人101年8月21日函之意旨，其是否得認定具原住民身分，應依原住民身分法第4條第2項規定審認之。上訴人之父陳添爐未從具原住民身分之母之姓，因而不得取得原住民身分。本案陳添爐如上所述並未符合原住民身分法第8條第1項所定各項原住民身分認定實體要件，故無法適用。依行政程序法第119條第2款規定，上訴人僅提供對其有利之輔助參加人100年11月28日函劉陳春梅之公文書，並隱匿該函釋業已被輔助參加人101年8月21日函「更正」，致使臺北市中山區戶政事務所及被上訴人依該函釋憑以為據而作成行政處分，渠等信賴不值得保護，故被上訴人當日辦理之戶籍登記，應予撤銷。被上訴人依輔助參加人101年8月21日函及現行原住民身分法之規定，依循依法行政之原則，原住民身分法在未經有權機關宣告違憲時，行政機關自應尊重，難認有何違憲及違反大法官解釋之虞等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人之訴。

- 四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據結果，以：(一)原住民身分法第8條規定有關原住民身分法之適用範圍，係為了保障原住民在原住民身分法施行前，因結婚、收養或其他原因，致喪失或未取得原住民身分，始有該條規定之適用。參諸現行亦即97年12月3日修正之原住民身分法第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。」【該條文於修正前係規定：「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。」】其修正理由為「一本條第1項做文字上之修正，並增列第2項將當事人之關係予以修正明定。二第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。」是依上可知，原住民身分法第8條第2項所規定「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」之適用前提，必須該已死亡之當事人依原住民身分法之規定，應具有原住民身分，惟於原住民身分法施行前，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而言，亦即該當事人必須符合原住民身分法規範實體構成要件，已可認定取得原住民身分者，始有回復或取得原住民身分之可言，此係因身分行為不得代行原則而來，核與男女平等原則無涉。茲依卷內相關人員戶籍資料顯示，上訴人之父陳添爐之母楊來有固為日據時期所載之「生蕃」，然上訴人之祖父即陳金堂及上訴人之父陳添爐依據日據時期戶口調查簿種族欄記載為「福」（即福佬人），乃非屬原住民，是非原住民之上訴人祖父與原住民之上訴人祖母2人結婚，彼2人所生之子即上訴人之父陳添爐乃為原住民與非原住民結婚所生子女，依原住民身分法第2條、第4條意旨，上訴人之父陳添爐須從具原住民身分之母之姓或原住民傳統名字者，始取得原住民身分。然上訴人之父陳添爐係於日據時期即昭和13年1月2日死亡，則本件上訴人之父陳添爐既於原住民身分法施行前即已死亡，其本人並未從具原住民身分之母之姓或原住民傳統名字，是其並未符合上述喪失或未取得原住民身分之事由，故無原住民身分法第8條第1項之適用，則其婚生子女之上訴人，基於身分行為不得代行原則，亦無從援引原住民身分法第8條第2項規定而得予主張準用原住民身分法第4條第2項之規定；故本件上訴人之父陳添爐是否得認定具原住民身分，應依原住民身分法第4條第2項之規定審認之，茲依該規定予以審認，陳添爐於日據時期即已死亡，而依其日據時期之戶籍資料顯示，其乃從非原住民身分之父陳金堂之姓（陳姓），無從認具原住民身分，核與原住民身分法第8條第1項所定之當事人應具原住民身分之要件不符。則身為陳添爐婚生子女之上訴人，自無主張可適用原住民身分法第8條第2項，準用同法第4條第2項規定取得原住民身分，是其此項主張，乃屬誤解前揭規定，礙難憑採。至上訴人據以援引之輔助參加入99年9月1日函所示內容，核其情形與本件情形並不相同，自屬無從比附援引。（二）上訴人之父陳添爐並未符合原住民身分法第8條第1項所定各項原住民身分認定實體要件，故上訴人無法援引同法第8條第2項之規定予以準用同法第4條第2項規定，取得原住民身分。則被上訴人核認上訴人前於102年11月21日取得山地原住民身分並註記原住民族別，係因上訴人憑

輔助參加人100年11月28日函劉陳春梅之公文書，並隱匿該函業已被輔助參加人101年8月21日函「更正」，致被上訴人依輔助參加人100年11月28日函據以作成上訴人取得山地原住民身分並註記原住民族族別，然因輔助參加人100年11月28日函業經輔助參加人以101年8月21日函更正，且依原住民身分法之規定，依循依法行政之原則，被上訴人103年4月18日逕予撤銷登記，並以被上訴人103年4月21日函通知上訴人，於法並無不合。(三)復據本件輔助參加人即主管原住民身分與原住民族認定職權之輔助參加人陳明略以，原住民身分法為解決原住民身分制度舊法令時代之不正義，而非矯正日據時代或光復後從姓之問題，陳添爐縱存活至光復後，亦無法取得原住民身分，倘其存活至今，其可依第4條第2項取得原住民身分。日據時期政府並未針對原住民身分設計制度，僅依政治上順服與否加以分類，當時生蕃不具有法律上人格，迄至光復後始有原住民身分制度，當時國民政府為了解決山地行政區域人民之生活困境，而設計原住民身分制度提供給付行政。依原住民身分法之立法理由，該法並非處理族群認同問題，而係確認國家給付行政之範圍，族群認同身分制度等問題應尋求立法解決，立法之提案機關為輔助參加人。而陳添爐過世前仍為日據時期，其未有選擇回復原住民姓氏之機會，並進而影響其子女選擇之權利，惟此係立法者依原住民身分認同之概念而決定構成要件之問題，對於過往無機會取得原住民身分者，倘法律未有修正，輔助參加人即無裁量空間等語，參諸原住民身分法之立法目的及相關規定，並無不合。是本件在現行原住民身分法之規範下，尚無從為有利於上訴人之解釋。(四)從而，被上訴人以上訴人於102年11月21日取得山地原住民身分並註記原住民族登記，因上訴人之父陳添爐不得取得原住民身分，該登記應予撤銷；經被上訴人以103年3月28日函通知上訴人於文到10日內辦理撤銷，惟因上訴人逾期仍未辦理，乃於103年4月18日逕為撤銷登記，並以被上訴人103年4月21日函通知上訴人，於法並無違誤，訴願決定雖以原處分為被上訴人103年3月28日函為訴願標的予以維持，惟因該函僅係書面催告觀念通知性質，核非行政處分，被上訴人所為實質撤銷前所為登記處分應為103年4月18日逕為撤銷登記，而該登記業經被上訴人以103年4月21日函通知送達上訴人而生效，是被上訴人所為逕為撤銷登記之結論仍無不合，應予維持等由，而駁回上訴人在原審之訴。

五、本院按：

- (一)「最高行政法院之判決不經言詞辯論為之。但有下列情形之一者，得依職權或依聲請行言詞辯論：一、法律關係複雜或法律見解紛歧，有以言詞辯明之必要。二、涉及專門知識或特殊經驗法則，有以言詞說明之必要。三、涉及公益或影響

當事人權利義務重大，有行言詞辯論之必要。」行政訴訟法第253條第1項定有明文。本件涉及上訴人是否得依原住民身分法認定具有原住民身分，涉及公益並影響上訴人之權利重大，本院依上開規定，於106年5月26日行言詞辯論，並命與劉陳春梅基於同一事實及法律上原因提起之本院105年度上字第907號事件合併辯論，惟分別裁判，合先敘明。

- (二)原住民身分法第2條：「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。」第4條第2項：「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。」第8條：「（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。」上訴人主張其父陳添爐符合上開原住民身分法第2條第1款及第4條第2項之要件，其得依同法第8條第2項規定取得原住民身分。
- (三)上訴人之父陳添爐為原住民即上訴人之祖母楊來有與非原住民即上訴人之祖父陳金堂所生子女，且未從具原住民身分之母之姓，此為原判決認定之事實。又本院依行政訴訟法第253條第1項但書行言詞辯論所得闡明或補充訴訟關係之資料，本院亦得斟酌之（同法第254條第3項）。查依本院於言詞辯論時令兩造及輔助參加人陳述辯論之卷內陳添爐日據時期戶籍謄本（更審前原審卷第77頁）所載，陳添爐於日據時期係設籍於非山地行政區之臺北州基隆市（亦未登記為平地原住民），又無其他證據足以證明陳添爐於臺灣光復前原籍在山地行政區，陳添爐並不符合原住民身分法第2條第1款「臺灣光復前原籍在山地行政區域內」之要件（亦不符合第2款要件），無從依該規定認定陳添爐應具山地原住民身分。又陳添爐雖是原住民與非原住民所生子女，然未從具原住民身分之母之姓，亦未從原住民傳統名字，亦不符合原住民身分法第4條第2項要件，自不得依該規定取得原住民身分。上訴人雖然主張陳添爐於日據時期並無機會改從母姓等語。然原住民身分法第4條第2項之適用，以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」為要件，法文甚明。該法立法時即使未考慮到日據時期女姓原住民與男姓非原住民所生子女，無從具原住民身分之母姓

之可能，亦屬應否另行修法之立法政策上考量問題。上訴人不能以陳添爐在日據時期無從母姓機會，而主張其符合原住民身分法第4條第2項之要件。是以陳添爐非屬「依原住民身分法應具原住民身分者」，不合同法第8條第1項所稱「依本法之規定應具原住民身分者」之要件，其婚生子女即上訴人無從依同條第2項規定取得原住民身分。

- (四)立法院內政及民族委員會審議原住民身分法草案時（行政院函請審議「原住民身分認定條例草案」，併案審委員楊仁福等32人擬具之「原住民身分認定法草案」及委員章仁香等32人擬具之「原住民身分法草案」），當時輔助參加人副主任委員孫大川說明，比較行政院草案與委員楊仁福及章仁香草案，關於原住民與非原住民結婚所生子女身分之認定方面，行政院草案採「限制取得」規定，即依其父母婚姻方式為「嫁娶婚」或「招贅婚」及附加「從姓或原住民傳統名字」條件予以不同認定；楊委員及章委員版本採較寬的「原則取得」規定，即不問原住民與非原住民結婚方式為何，其結婚所生子女原則上取得原住民身分。副主任委員孫大川並進一步說明，該會以為未來若要放寬身分認定的標準，除了血源的考量外，文化方面也是相當重要的因素，該會希望能將一些「文化條件」的限制放在法條中，故由「從母姓或恢復原住民傳統名字」方面限制，期能兼顧文化及血源因素（見立法院公報第90卷第5期第451頁，原審更審卷第94頁）。最後立法通過的原住民身分法第4條第2項就原住民與非原住民結婚所生子女情形，附加「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」，作為取得原住民身分之要件，此部分係依行政院草案。依上述可知，輔助參加人主張原住民身分法立法係採血統主義輔以認同主義一節，應屬有據。原審於更審前準備程序中，依上訴人之聲請徵詢蔡志偉副教授法律上意見（上訴人稱其為「專家證人」，原審稱其為「鑑定人」），其表示原住民身分主要是以血統主義為主，在原住民身分法第4條第2項是屬於比較晚近，特別是在原住民社會與非原住民社會互動後所形成的認同主義想法，目的是為了更強化原住民身分的凝聚性，把這樣的族群特質保留下來，即是為了回應到原住民社會在與非原住民社會互動的需求，所產生出來的以認同為輔的一種身分取得方式，比較大的差異性在這裡之意見。此項法律上意見亦與上述見解相同。上訴人以未被採納的委員楊仁福及章仁香版本的提案理由，及捨原住民身分法第8條第1項之「依本法」，僅擷取「應具原住民身分者」之法文，主張原住民身分法係採血統主義，只要具原住民血統者，就取得原住民身分云云，即不可採。雖然蔡志偉副教授另認為原住民身分法第8條第1項之「應具原住民身分」應回到同法第2條。然即使採此見解，因陳添爐不合同法第2條要件，已如上述，亦無從執蔡志偉副教授法律上意

見而為有利於上訴人之認定。

- (五)輔助參加人99年9月1日函之基礎事實，是吉○平之生母林○花雖與上訴人同是原住民與非原住民結婚所生子女，然其係從具原住民身分（戶籍資料記載平地山胞）父姓，此與上訴人從不具原住民身分生父姓之事實不同，自不得比附援引，此與吉○平之生母林○花有無先辦原住民身分登記無關。上訴人主張如其未能適用該函，違反平等原則云云，尚有誤會。
- (六)原住民身分法第4條第2項以從具原住民身分之父、母之姓或原住民傳統名字，作為取得原住民身分之要件，同法第7條第1項另就第4條第2項子女變更或取得從具原住民身分之父、母之姓或原住民傳統名字為規定，第11條就原住民身分取得登記為規定。據此等規定可知，主張符合原住民身分法第4條第2項要件而取得原住民身分者，自是應先依同法第7條第1項變更或取得從具原住民身分之父、母之姓或原住民傳統名字，始得論以是否符合第4條第2項之要件，取得原住民身分，而得依第11條向戶政事務所辦理取得原住民身分登記。上訴人提出之「戶政機關之從姓並取得原住民身分暨民族別登記意願（約定）書」，並不足以否定上開法律規定。上訴人主張依原住民身分法第4條第2項申請原住民身分登記時，不用先改姓云云，尚乏依據。
- (七)上訴人之父陳添爐既不符合同法第8條第1項所稱「依本法之規定應具原住民身分者」之要件，其婚生子女即上訴人無從依同條第2項規定取得原住民身分。被上訴人准許上訴人於102年11月21日取得山地原住民身分並註記原住民民族登記之處分，即屬違法。又該登記處分內容係關於原住民身分之有無，除與上訴人之私益有關外，亦涉及公益，除原判決已論及上訴人信賴不值得保護外，即使上訴人無行政程序法第119條信賴不值得保護之情形，其信賴利益亦非顯然大於撤銷該違法處分所欲維護之公益，該登記處分應予撤銷。被上訴人以103年3月28日函通知上訴人於文到10日內辦理撤銷，惟因上訴人逾期仍未辦理，乃於103年4月18日逕為撤銷登記，並以被上訴人103年4月21日函通知上訴人，於法無違。上訴人請求撤銷訴願決定及原處分（即被上訴人103年4月18日逕為撤銷登記及103年4月21日函），尚無理由，原判決予以駁回，於法有據，自應予以維持。上訴意旨指摘原判決違背法令，求予廢棄，並無理由，應予駁回。

六、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 106 年 6 月 15 日

最高行政法院第三庭

審判長法官 吳 東 都

法官 黃 淑 玲

法官 鄭 小 康
法官 林 文 舟
法官 姜 素 娥

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異
中 華 民 國 106 年 6 月 15 日
書記官 莊 子 誼

臺北高等行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】 105,原訴更一,1

【裁判日期】 1050707

【裁判案由】 原住民身分法

【裁判全文】

臺北高等行政法院判決

105年度原訴更一字第1號

105年6月16日辯論終結

原 告 吳陳春桃
訴訟代理人 馬潤明 律師
被 告 臺北市松山區戶政事務所

代 表 人 高蔭翹（代理主任）住同上
訴訟代理人 謝佳真
侯美如
輔助參加人 原住民族委員會

代 表 人 夷將·拔路兒（Icyang·Parod）（主任委員）

訴訟代理人 曾興中
陳天石

上列當事人間原住民身分法事件，原告不服臺北市政府103 年6月25日府訴一字第10309084500 號訴願決定，提起行政訴訟。經本院103 年度原訴字第1 號判決後，經最高行政法院以104 年度判字第761 號判決廢棄，發回本院更審，本院更為判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

第一審及發回前上訴審訴訟費用均由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

（一）被告代表人原為李文瑞，於訴訟進行中變更為高蔭翹，茲據被告新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

（二）輔助參加人代表人原為林江義（Mayaw·Dongi），於訴訟進行中變更為夷將·拔路兒（Icyang·Parod），茲據輔助參加人新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

（三）按行政訴訟法第111 條規定：「（第1 項）訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意或行政法院認為適當者，不在此限。（第2 項）被告於訴之變更或追加無

異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。（第3項）有下列情形之一者，訴之變更或追加，應予准許：……二訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之基礎不變。……」，查原告於發回更審前之民國103年8月21日起訴時原係聲明：「訴願決定及原處分均撤銷。」【前揭所指原處分係指被告103年3月28日北市松戶登字第10330305400號函（下稱被告103年3月28日函），參見本院103年度原訴字第1號卷（下稱原判決卷）第6頁、第180頁】；嗣經最高行政法院廢棄本院103年度原訴字第1號判決（下稱原判決），發回本院更為審理。本院於105年3月29日行準備程序時，原告變更聲明為「訴願決定、103年4月18日原處分均撤銷。」，嗣於本院105年6月16日行言詞辯論程序時，原告復變更聲明為「訴願決定、原處分均撤銷。」【前揭原處分係指被告103年4月18日逕為辦理撤銷原告原住民身分及族別登記（下稱被告103年4月18日逕為撤銷登記）、被告103年4月21日北市松戶登字第10330403400號函（下稱被告103年4月21日函）】。本院認原告訴之聲明變更前後其請求基礎事實不變，且被告亦無異議，而為本案之言詞辯論（參見本院卷第122頁），爰依前揭規定予以准許，先予陳明。

- 二、事實概要：緣原告於102年11月21日檢附行政院原住民族委員會（為配合行政院組織法修正，已改名為「原住民族委員會」，下稱原民會）100年11月28日原民企字第1001063438號函（下稱原民會100年11月28日函）等證明文件，主張依原住民身分法第8條第2項規定取得原住民身分為由，向被告申請原住民身分登記，經被告依上開原民會函之說明，審認原告之祖母楊來有為山地原住民（泰雅族），原告之父陳添爐依原住民身分法第2條第1款規定，應具山地原住民身分，惟陳添爐於原住民身分法施行前死亡，未及申請取得原住民身分，其婚生子女即原告得依同法第8條第2項規定，申請取得原住民身分，被告乃審認原告之申請符合原住民身分法第8條第2項規定，准予所請，並辦竣原住民身分登記在案。嗣經被告查得原民會業以101年8月21日原民企字第1010039333號函（下稱原民會101年8月21日函）更正前揭認定，以原告之父陳添爐為原住民（原告之祖母楊來有）與非原住民（原告之祖父陳金堂）所生子女，且未從具原住民身分之母之姓，依原住民身分法第4條第2項規定，應不具原住民身分，原告之申請與原住民身分法第8條第2項規定不符，其原住民身分登記有錯誤，應予撤銷並為更正登記，乃以被告103年3月28日函通知原告於文到10日內至被告處辦理撤銷原住民身分之更正登記，逾期未辦理，將逕為更正登記。該函於103年4月1日送達，惟原告逾期仍未辦理更正登記，被告乃於103年4月18日逕為撤銷登記，並以被告

103 年4 月21日函通知原告業依原住民身分法第12條規定逕為更正登記。原告不服被告103 年3 月28日函，提起訴願，經遭駁回，遂向本院提起行政訴訟，經本院以原判決撤銷訴願決定及原處分（原判決稱103 年3 月28日函為原處分，惟依原判決理由載：含逕為更正登記撤銷原告原住民身分之後續處分）。被告不服，提起上訴，經最高行政法院104 年度判字第761 號判決（下稱最高行政法院發回判決）廢棄原判決，發回本院更為審理。

三、原告主張略以：

- (一)原告提起訴願時係請求撤銷被告103 年3 月28日函，然原告請求事項乃被告以原告不符原住民身分法為由，撤銷原告已取得之原住民身分。訴願機關即臺北市政府應就被告所為之撤銷原告原住民身分事項為審查，而該事項即是被告之撤銷登記行為，應不受原告之誤認被告103 年3 月28日函為撤銷登記行政處分拘束。雖臺北市政府亦就該非本件行政處分之函作出決定，然考其理由亦係針對被告之撤銷登記是否有理乙事審查。是故，原告不服訴願決定而提起本件起訴，亦係就撤銷原住民登記違法並已損害其權利或法律上利益為訴訟標的，已屬無疑；且原告係以被告撤銷原住民登記違法並已損害其權利或法律上利益為訴訟標的，查原告於103 年8 月1 日提起本件起訴時（本院於103 年8 月21日收文），訴之聲明係「訴願決定及原處分均撤銷。」，斯時原告認被告就撤銷登記乙事，被告曾分別於103 年3 月28日、103 年4 月21日發函予原告，於前者請原告「文到十日內至本所辦理撤銷原住民身分與原住民族別登記」，而於後者稱「有關臺端應辦理撤銷原住民及原住民族別登記，因逾法定期間仍未申請，本所已於民國103 年4 月18日逕為撤銷登記在案」云云，故於前審起訴時，原告為慎重起見，於「被告撤銷原住民身分及原住民族別登記」此一基礎事實上，聲明撤銷被告所為之「原處分」，應包括被告103 年3 月28日函、103 年4 月21日函及103 年4 月18日逕為撤銷登記之行為。是本件最高行政法院發回判決之發回意旨，既認被告103 年3 月28日函非行政處分，則本件之原處分應為被告於103 年4 月18日逕為撤銷登記之行為，被告於103 年4 月18日逕為撤銷登記，並以被告103 年4 月21日函通知原告業依原住民身分法第12條規定逕為更正登記，則該撤銷原告原住民身分及族別登記行為，已對外直接發生法律效果，非被告內部文書作業。
- (二)原住民身分法係採血統主義，此有原住民身分法草案於89年5 月10日於立法院第4 屆第4 會期進行討論之該次院會紀錄，主要係針對「原住民身分認定標準」之不公平及不合時宜之檢討，並就原住民身分法草案之7 條條文進行審查，且觀該次草案通過說明中，楊仁福委員提案「第三條：二採血統主義；第四條：一採血統主義。二根據國際公法，原住民身

分認定應以自我認定為原則；第五條：一尊重國際公法自我認定原則。」，以及章仁香委員提案「第四條：二為貫徹憲法上男女平等之規定，並參考我國國籍法已由父系血統主義改為父母雙系血統主義之立法趨勢」等語，顯見，原住民身分法草案之提案說明，均著重血統主義、男女平等、原住民自我認定之權利等，應無疑義。此再核原住民身分法第4、8條於97年修正草案之說明，明確敘及「為落實本法血統主義之精神，並兼顧其子女相關權益」等語，益足證之；原住民身分法第8條第2項係為落實血統主義之精神並兼顧其子女相關權益，該條於97年11月5日於立法院審查時，斯時審查會通過提案條文對照表第8條之說明三亦敘及「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。故為落實原住民身分法血統主義之精神，並兼顧其子女之相關權益，爰增訂第2項如當事人已死亡，其子女準用本法第4條第2項及第7條之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。」而該立法理由雖未提及「具有原住民血統者在80年10月4日前過世，且未取得原住民身分者，其直系血親卑親屬是否亦在保護之列」，然原住民身分法既強調血統主義，未提及應非有意省略，應係當然之解釋，此參原住民身分法第8條第1項規定「於本法施行前，因……或其他原因喪失或未取得原住民身分者」。是故，若具原住民血統，為落實原住民身分法之精神，並兼顧其子女之相關權益，原告之祖母既具山地原住民身分，依血統主義之精神，原告之父陳添爐應具原住民之身分，從而，原告亦應有原住民身分而得申請登記，始謂兼顧子女之權益而符原住民身分法之立法意旨。

- (三)原住民本無姓氏之文化慣俗，臺灣原住民所謂的漢姓多為外族或當初戶政人員在辦理戶籍登記時，憑承辦人個人主觀所賜，非源自於族群傳統與文化認同，被告僅以漢族宗姓觀點處理，忽視原住民身分法之立法意旨；原住民身分法第8條第1項之「應具原住民身分者」與第4條所稱「取得原住民身分」之意義不同，原住民身分法第8條第1項適用者為在「原住民身分法施行前」應取得原住民身分而喪失或未能取得身分者，顯然是為彌補在原住民身分法施行前，因時代因素喪失或未能取得原住民身分的歷史遺憾；而原住民身分法第4條各項所列情形，包括第2項「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」，於完成從父或母姓或傳統名字後，即能取得原住民身分。而「應具原住民身分者」，則係指「本該具有」，此參原住民身分法採血統主義精神，應指自然血統而言，此可從二者一謂「應具」一謂「取得」之不同用語即知，故「應具原住民身分者」，在文義及各項解釋上，應非已完成「父

或母姓或傳統名字」之情形，從母姓並非「應具原住民身分」之要件，僅係於申請登記時，為「取得原住民身分」之程序事項，但是被告卻以「原住民身分法施行後」同法第4條第2項規定「未具原住民之母之姓」來作為不符合第8條第1項要件，顯適用法律錯誤。且在原住民身分法施行前，原告之父無任何法律可依循改具母姓取得原住民身分；原住民身分法於97年12月增修第8條第2項之立法理由是「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。」被告以原告之父已死亡無法從具原住民之母之姓為要件，將執行過程中從具原住民之母之姓辦理程序，作為審議要件，嚴重扭曲原住民身分法第8條第2項修法理由與目的。原住民身分法第8條第1項規定因自願拋棄而喪失原住民身分者之婚生子女，可回復原住民身分；依公平原則與舉輕明重原則，原住民身分法施行前應取得未取得者之婚生子女也應同等享有取得原住民身分之權益；原住民身分法第8條規定上一代自願拋棄已喪失原住民身分者，只要發生時間在原住民身分法施行前，第8條第2項給予自願拋棄喪失原住民身分之當事人其婚生子女，有取得原住民身分的權益與機會；何況本案原告之父因在日據時期死亡，無法可申請，合於前述原住民身分法第8條第2項立法目的，在當事人因其他原因（死亡）未取得原住民身分的情形下，依公平原則與舉輕明重原則，其婚生子女依原住民身分法也應有取得原住民身分之權益；被告漠視原住民身分法第8條第2項立法規定與目的，將原本男女平等的法律規定，經被告解釋執行造成男女不平等的結果，顯然違反中華民國憲法第7條男女平等之原則；原民會100年11月28日函就訴外人劉陳春梅可取得原住民身分之認定，雖其理由不盡完備，然其理由及結論係與原住民身分法之立法意旨及法條規定相符，應屬可採；而原民會101年8月21日函認「當事人（劉陳春梅）之父亦因未從具原住民身分之母之姓，而不得取得原住民身分。」云云，不僅與其前所為函釋相反，與原住民身分法之立法意旨及法條規定不符，更錯將從具母姓作為「應具原住民身分」之要件，已與血統主義有違而不可採。

- (四)90年8月24日廢止之原住民身分認定標準第3條第2款係規定「原住民女子嫁與非原住民男子，其原住民身分不喪失，其所生子女不取得原住民身分」，與90年1月1日施行之原住民身分法第4條第2項「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。」明顯不同，況原住民本無姓氏，僅有名字，故本件依原住民身分法第4條第2項，原告之父陳添爐倘改姓從母姓即能取得原住民身分，然陳添爐於27年即已過世，

依法無從改姓，惟按原住民身分法精神本在保障原住民權益，尊重原住民之血統以及選擇原住民身分之權利，且依男女平等之原則，原告得依原住民身分法第8條第1、2項取得原住民身分之資格；原住民身分法為血統主義，該法第8條「依本法之規定應具原住民身分者」即係第4條第1、2項所指之「原住民與原住民結婚所生子女」及「原住民與非原住民結婚所生子女」，原住民身分法施行前，原告之父無任何法律可依循改具母姓取得原住民身分，故本件符合原住民身分法第8條第1項「於本法施行前……『其他原因』喪失或未取得原住民身分者」，原告自得依原住民身分法第8條第2項申請取得原住民身分，嗣後之改姓僅為程序規定，而非實質構成要件規定；另參桃園市平鎮區戶政事務所案例，該轄居民吉○平之母於49年死亡，生前並未取得原住民身分，經查其外祖父戶籍資料有記載平地山胞之原住民身分，吉○平以其外祖父具有平地原住民身分，申請其母取得平地原住民身分後，其再改從母姓取得原住民身分。該戶政事務所於99年8月12日報請釋示，經原民會99年9月1日原民企字第0990042296號函（下稱原民會99年9月1日函）略以：「……依原住民身分法第4條規定，林○花君為原住民所生子女又從具原住民身分之父姓，為依法應具原住民身分之人。林○花君雖因故未能取得原住民身分，依同法第8條第2項規定，吉○平得準用第4條第2項規定，改從母姓取得原住民身分……」是以，該案申請人可依原住民身分法第4條第2項規定辦理改從母姓及原住民身分登記。基此相同法理，基於男女平等原則下，應為相同處理。原告應有取得原住民身分之資格等語。並聲明請求判決：訴願決定、原處分均撤銷【原處分係指被告103年4月18日逕為撤銷登記、被告103年4月21日函】。

四、被告抗辯略以：

- (一)依行為時戶籍法（100年5月25日修正公布）第23條、第46條、第48條第3項、第4項第7款及原住民身分法第12條等規定，戶政機關查有未於法定期間申請之撤銷登記者，應以書面催告應為申請之人，經催告仍不申請者，戶政事務所應逕為撤銷之登記。查原告於102年11月21日提憑原民會100年11月28日函向被告申請取得原住民身分，惟被告事後接獲本市中山區戶政事務所聯繫告知，原民會業於101年8月21日函更正前揭函旨，說明略以：「……本會100年11月28日原民企字第1001063438號函解釋應予更正。……當事人之父（即原告之父）亦因未從具原住民身分之母之姓，而不得取得原住民身分。」被告以103年3月28日函請原告於文到10日內至被告處辦理撤銷原住民身分登記，該函並於103年4月1日送達在案。因被告逾期未至被告處辦理登記，遂於103年4月18日依職權逕為辦理撤銷原住民身分及民族別登記

，此僅係電腦系統註記之變更，被告並於103 年4 月21日函通知原告已逕為辦理撤銷原住民身分登記，該函並已送達原告，本件行政處分應為103 年4 月21日函，一般實務上會註記教示條款，本件當時漏未記載。

(二)被告103 年3 月28日函於實務上已被認定非行政處分：依最高行政法院104 年11月份第1 次庭長法官聯席會議決議：「行政機關如係以作成終局決定為目的前所為之指示或催告，因不發生規制效力，自非行政處分。」查行為時戶籍法第48 條第4 項第7 款所訂撤銷登記事項，依同法第23條規定，於法定事由發生時原告即有申請登記之義務，並非因被告催告始創設之新義務，被告103 年3 月28日函僅為觀念通知，尚未發生獨立之法律規制效力，自非行政處分，最高行政法院發回判決意旨亦可參照；被告103 年4 月18日逕為撤銷登記，僅係屬行政機關內部作業文書，非行政處分，依訴願法第3 條第1 項及行政程序法第92條第1 項規定，可知行政機關之執行行為未對外通知或公告前，因不發生規制效力，尚屬行政機關內部之文件，自非行政處分。被告雖於103 年4 月18日逕於戶役政系統上為原告之撤銷原住民身分及民族別登記，惟被告於103 年4 月21日函送達原告前，該登記不對原告產生規制效力。是被告103 年4 月18日逕為撤銷登記亦不具行政處分之對外實質法效力，其應屬行政機關內部作業文書，自非行政處分。

(三)依行政訴訟法第4 條第1 項、第107 條第1 項第10款規定可知，原告主張撤銷被告之撤銷戶籍登記，究係針對撤銷被告103 年4 月18日逕為撤銷登記或撤銷被告103 年4 月21日函？若為前者，被告已於前文闡明被告103 年4 月18日逕為撤銷登記僅為行政機關內部作業程序產生之文書，既非屬行政處分，原告自不得主張以為撤銷訴訟之標的，行政法院應依行政訴訟法第107 條第1 項第10款規定，以裁定駁回原告之訴；若為後者，原告撤銷被告103 年4 月21日函之訴訟未經訴願先行政程序，其起訴屬不備其他合法要件，行政法院亦應依前揭規定以裁定駁回之。縱被告103 年4 月21日函未記載教示條款，該行政處分並非當然無效，依行政程序法第98條第3 項規定，僅發生延長救濟期間為1 年，然本案亦已逾訴願救濟期間。

(四)另查，原住民身分法第8 條規定有關原住民身分法之適用範圍，係為了保障原住民在原住民身分法施行前，因結婚、收養或其他原因（例如：臺灣省政府所訂定之臺灣省山胞身分認定標準【已廢止】），致喪失或未取得原住民身分，始有該條規定之適用。原告之父陳添爐並未符合上述喪失或未取得原住民身分之事由，故無原住民身分法第8 條第1 項之適用。另依本所戶籍資料，原告之父陳添爐係屬原住民與非原住民結婚所生子女，依原住民身分法第2 條、第4 條及原民

會101年8月21日函之意旨，其是否得認定具原住民身分，應依原住民身分法第4條第2項規定審認之。原告之父陳添燼未從具原住民身分之母之姓，因而不得取得原住民身分。本案陳添燼如上所述並未符合原住民身分法第8條第1項所定各項原住民身分認定實體要件，故無法適用。依行政程序法第119條第2款規定，原告僅提供對其有利之原民會100年11月28日函劉陳春梅之公文書，並隱匿該函釋業已被原民會101年8月21日函「更正」，致使臺北市中山區戶政事務所及被告依該函釋憑以為據而作成行政處分，渠等信賴不值得保護，故被告當日辦理之戶籍登記，應予撤銷；本案肇因於原民會100年11月28日函及101年8月21日函之解釋函釋，由兩關鍵函釋內容可得知原民會對原告於原住民身分初採認可取得原住民身分，函中並請申請人逕向戶籍地戶政事務所提出申請；後卻僅以「更正」函通知當時戶籍地之基隆市政府，並未對全國相關各地戶政機關進行通報，以致臺北市中山區戶政事務所及被告均依原民會100年11月28日之函釋予以辦理，而不知有101年8月21日更正函釋之存在。被告依原民會101年8月21日函及現行原住民身分法之規定，依循依法行政之原則，原住民身分法在未經有權機關宣告違憲時，行政機關自應尊重，難認有何違憲及違反大法官解釋之虞等語，資為抗辯。並聲明請求判決原告之訴駁回。

五、輔助參加人未提出書狀，陳述略以：

- (一)原民會僅就法令為解釋，不作任何行政處分，具體事實認定由戶政機關為之。原民會100年11月28日函係依訴外人劉陳春梅所提供之戶籍資料所為之解釋，其祖母楊來有依原住民身分法第2條第1款規定具有原住民身分，其父陳添燼則有機會成為原住民，惟該函說明五告知其「逕向戶籍所在地之戶政事務所提出申請；前開各情仍應由該所依職權調查後確認」。嗣基隆市政府收受劉陳春梅之陳情，基隆市政府函請參加人解釋，該案係針對原住民身分法第2條及第8條適用之問題，楊來有依原住民身分法第2條第1款規定具有原住民身分，惟陳添燼必須依原住民身分法第4條第2項規定判斷是否具有原住民身分，並無第2條適用之餘地，故以原民會101年8月21日函更正前開100年11月28日函之見解。
- (二)原住民身分法為解決原住民身分制度舊法令時代之不正義，而非矯正日據時代或光復後從姓之問題，陳添燼縱存活至光復後，亦無法取得原住民身分，倘其存活至今，其可依第4條第2項取得原住民身分。日據時期政府並未針對原住民身分設計制度，僅依政治上順服與否加以分類，當時生蕃不具有法律上人格，迄至光復後始有原住民身分制度，當時國民政府為了解決山地行政區域人民之生活困境，而設計原住民身分制度提供給付行政。依原住民身分法之立法理由，該法並非處理族群認同問題，而係確認國家給付行政之範圍，族

群認同身分制度等問題應尋求立法解決，立法之提案機關為原民會。而陳添爐過世前仍為日據時期，其未有選擇回復原住民姓氏之機會，並進而影響其子女選擇之權利，惟此係立法者依原住民身分認同之概念而決定構成要件之問題，對於過往無機會取得原住民身分者，倘法律未有修正，原民會即無裁量空間。依原住民身分法第8條第1項規定，其適用之前提要件係何謂「依本法之規定應具原住民身分者」？原民會考量過去身分認定標準、法規命令、函釋等，應係指申請人完全符合原住民身分法對於取得原住民身分之構成要件，該條項所適用之對象應限於已合乎原住民身分法規範實體構成要件、已經認定取得原住民身分者，原告所稱之「有機會」取得原住民身分者不在規範之列等語。

六、本件如事實概要欄所載之事實，為兩造所不爭執，復有原民會100年11月28日函、原民會101年8月21日函、被告103年3月28日函暨送達證書、被告103年4月21日函、最高行政法院發回判決、被告原住民身分及民族別撤銷登記申請書（被告103年4月18日逕為撤銷登記）、訴願決定、原告戶籍謄本、原告之父陳添爐、祖父陳金堂暨祖母楊來有等人於日據時期之戶籍資料等附卷可稽（參見本院卷第58～59頁、第60～61頁、第62～64頁、第65頁、第66～67頁、第69～75頁、第76～77頁、原判決卷第23～25頁、第104頁、第60頁～92頁、第115～121頁），自堪信為真正。

七、本院之判斷：

（一）本件原告陳明其係對被告所為103年4月18日逕為撤銷登記暨被告103年4月21日函不服，提起本件撤銷訴訟。則以原告既於103年4月1日收受被告103年3月28日函後，業於103年4月29日提起訴願（參見原處分卷第102頁、訴願卷第2頁），乃已表明對於被告以103年3月28日函通知原告於文到10日內辦理撤銷原住民身分之登記，逾期未辦理，將逕為登記之旨為不服之意旨，則嗣被告所為103年4月18日逕為撤銷登記、復以103年4月21日函通知原告，原告雖未另為表明對被告103年4月21日函（含103年4月18日逕為撤銷登記）不服之意，惟以前揭被告所為函文中，被告僅在103年3月28日函附記教示條款，而該函文業經最高行政法院發回意旨核認該函文僅係書面催告，並非行政處分。則以被告因原告未依被告103年3月28日函文意旨辦理，乃於103年4月18日逕為撤銷登記後，以被告103年4月21日函通知原告，雖被告以103年4月21日函文通知原告該撤銷登記意旨，並依法送達原告，對於原告發生法效性，始為行政處分，惟因該函文並未附記教示條款，則原告雖誤以被告103年3月28日函為訴願標的提起訴願，復提起本件行政訴訟，惟以其真意即係對該撤銷登記處分不服之意。則原告既已於收到被告103年3月28日函後，於法定救濟期間，提起訴願

，即表明有不服該逕為撤銷登記處分之意，應認原告業已對被告103 年4 月21日函所為103 年4 月18日逕為撤銷登記有不服之意；參諸訴願程序亦就被告所為撤銷登記有無違誤乙節予以實質審究，則原告於訴願遭駁回後，循序提起本件撤銷訴訟，雖於原判決經最高行政法院發回審理後，始陳明其本件撤銷訴訟標的之原處分為被告103 年4 月18日逕為撤銷登記、被告103 年4 月21日函，惟在程序上應為有利於原告之解釋，是其提起本件撤銷訴訟，乃屬合法，合先陳明。

(二)次按「(第1 項)為認定原住民身分，保障原住民權益，特制定本法。(第2 項)本法未規定者，適用其他法律規定。

」「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。」「原住民與非原住民結婚，除第九條另有規定外，原住民身分不喪失，非原住民不取得原住民身分。」「(第1 項)原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分。(第2 項)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。(第3 項)前項父母離婚，或有一方死亡者，對於未成年子女之權利義務，由具有原住民身分之父或母行使或負擔者，其無原住民身分之子女取得原住民身分。」「(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。」「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。」「因戶籍登記錯誤、遺漏或其他原因，誤登記為原住民身分或漏未登記為原住民身分者，當事人戶籍所在地之戶政事務所應於知悉後，書面通知當事人為更正之登記，或由當事人向戶籍所在地之戶政事務所申請查明，並為更正之登記。」「本法自中華民國九十年一月一日施行。」原住民身分法第1 條、第2 條第1 款、第3 條、第4 條、第8 條、第11條第1 項、第12條、第13條定有明文。

(三)再按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政策等受益對象之資格，屬於人民之權利、義務事項，是原住民身分之認定及範圍，立法者考量國家資源之有限性，本有立法裁量之空間，應以法律定之，其依中央法規標準法第5 條第2 款規定而訂定之原住民身分法等規定，基於權力分立之原則，司法機關及行政機關自應予以尊重，作為依

法審判及依法行政。是關於原住民身分之認定，既屬「法律保留」事項，基於「依法行政」原則，自應遵循原住民身分法之相關規定。又依原住民身分法草案總說明可知，茲以當時現行之「原住民身分認定標準」（已於90年8月24日廢止）係採父系血統主義，對於原住民女性嫁與非原住民所生子女，規定不能取得原住民身分，顯有違反我國憲法有關男女平等之規定，且未能因應原住民社會之實況，如阿美族與卑南族之傳統社會結構係母系社會。另根據內政部統計，原住民人口在10年前為33萬人，佔臺灣地區總人口的百分之1.65，而89年2月統計則顯示，原住民總人口數僅成長至40萬2,452人，不到全國總人口的百分之2，原住民人口成長的速度較一般國民為緩慢，除原住民人口的死亡率為一般國民的2倍之問題外，主要原因是「原住民身分認定標準」規定，原住民女子嫁與非原住民男子，或原住民男子入贅非原住民女子，其所生子女不取得原住民身分，及原住民女子之非婚生子女，經非原住民生父認養或撫育者，喪失原住民身分，如此規定，使得應具有原住民身分的人被剝奪他原住民身分。有鑑於此，為延續原住民族命脈，保障原住民身分之安定，及確立原住民權益之認定基礎，建構原住民身分之法律規範，乃草擬「原住民身分法」草案，提供審議等語。參諸廢止前之原住民身分認定標準第2條規定：「本標準所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民。其身分之認定，除本標準另有規定外，依左列規定：一山地原住民：台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為原住民種族者。二平地原住民：台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為原住民種族者，並申請當地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者。」第3條規定：「原住民身分之取得、喪失，依左列規定：一、原住民男子與原住民女子結婚，其所生之子女，取得原住民身分。二原住民女子嫁與非原住民男子，其原住民身分不喪失，其所生子女不取得原住民身分。但母無兄弟，約定從母姓者，取得原住民身分；非原住民女子嫁與原住民男子，不取得原住民身分，其所生子女取得原住民身分。三原住民女子招贅非原住民男子為夫，贅夫不取得原住民身分，其所生子女取得原住民身分；原住民男子入贅非原住民女子，其原住民身分不喪失，其所生子女不取得原住民身分。但約定從父姓者，取得原住民身分。四原住民為非原住民收養者，其原住民身分不喪失；非原住民為原住民收養者，不取得原住民身分。五原住民女子之非婚生子女，取得原住民身分。但經非原住民生父認領或撫育者，喪失原住民身分；非原住民女子之非婚生子女，經原住民生父認領或撫育者，取得原住民身分。」，則以上揭原住民身分認定標準，採父系血統主義，對於原住民女性嫁與非原住

民所生子女，依規定不能取得原住民身分，確與我國憲法男女平等原則有違。然現行原住民身分法第4條規定，就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，乃就原住民身分認定要件，採血統主義兼認同主義，核就男女平等原則已予考量，與男女平等原則乙節尚屬無違。至原住民身分法第4條規定，於該條文立法當時，本有諸多爭議，參諸立法院公報第90卷第5期會議紀錄，即有多位委員提出不同之提案意見，惟該次審查會結果乃為「保留，送院會討論」。嗣經立法院在野聯盟協商會議之協商結論，而有現行第4條條文之結論，該協商條文，嗣並經三讀通過，被告予以適用，自無不合。至立法當時即修正前之原住民身分法第8條規定，乃係以依原住民身分法之規定應具原住民身分者，始有該條文之適用，此應無疑義。

(四)查本件原告之父為陳添爐（業於日據時期昭和13年【即民國27年】1月2日死亡），原告祖父即陳添爐之父為陳金堂，原告祖母即陳添爐之母則為楊來有，楊來有於臺灣光復前戶籍資料內註記為「生蕃」，於明治26年3月10日前設籍於當時桃仔園廳海山堡大嵙崁街。原告於102年11月21日檢附原民會100年11月28日函等證明文件，主張依原住民身分法第8條第2項規定取得原住民身分為由，向被告申請原住民身分登記，經被告依上開原住民100年11月28日函之說明，審認原告之祖母楊來有為山地原住民（泰雅族），原告之父陳添爐依原住民身分法第2條第1款規定，應具山地原住民身分，惟陳添爐於原住民身分法施行前死亡，未及取得原住民身分，原告得依原住民身分法第8條第2項規定，申請取得原住民身分，乃以原告為山地原住民（泰雅族）辦竣原住民身分登記。嗣被告查得原民會以101年8月21日函更正前揭認定，以原告之父陳添爐為原住民與非原住民所生子女，應適用原住民身分法第4條第2項規定認定是否具原住民身分，經查明陳添爐未從具原住民身分之母之姓，依該規定未取得原住民身分，是被告依原住民身分法第12條規定，以被告103年3月28日函通知原告於文到10日內至被告處辦理撤銷原住民身分之更正登記，逾期未辦理，將逕為更正登記；嗣因原告逾期未至被告處辦理，被告乃於103年4月18日逕為撤銷登記，並以被告103年4月21日函通知原告。原告爭執被告所為撤銷登記處分違法，因而提起本件撤銷訴訟。是本院應審究者乃被告103年4月18日逕為撤銷登記，並以被告103年4月21日函通知原告，是否適法有據。

(五)原告主張其依原住民身分法第8條第2項取得原住民身分，被告以103年4月21日函通知於103年4月18日逕為撤銷登記，乃屬違法處分云云，然查原住民身分法第8條規定有關原住民身分法之適用範圍，係為了保障原住民在原住民身分

法施行前，因結婚、收養或其他原因，致喪失或未取得原住民身分，始有該條規定之適用。參諸現行亦即97年12月3日修正之原住民身分法第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。」【該條文於修正前係規定：「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。」】，其修正理由為「一本條第一項做文字上之修正，並增列第二項將當事人之關係予以修正明定。二第二項所謂之當事人，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08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，爰增訂第二項如當事人已死亡，其子女得準用本法第四條第二項及第七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。」，是依上可知，原住民身分法第8條第2項所規定「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」之適用前提，必須該已死亡之當事人依原住民身分法之規定，應具有原住民身分，惟於原住民身分法施行前，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而言，亦即該當事人必須符合原住民身分法規範實體構成要件，已可認定取得原住民身分者，始有回復或取得原住民身分之可言，此係因身分行為不得代行原則而來，核與男女平等原則無涉。茲依卷內相關人員戶籍資料顯示，就本件而言，原告之父陳添爐之母楊來有固為日據時期所載之「生蕃」，然原告之祖父即陳金堂及原告之父陳添爐依據日據時期戶口調查簿種族欄記載為「福」（即福佬人）【參見原判決卷第80、118頁】，乃非屬原住民，是非原住民之原告祖父與原住民之原告祖母2人結婚，彼2人所生之子即原告之父陳添爐乃為原住民與非原住民結婚所生子女，依原住民身分法第2條、第4條意旨，原告之父陳添爐須從具原住民身分之母之姓或原住民傳統名字者，始取得原住民身分。然原告之父陳添爐係於日據時期即昭和13年1月2日死亡（參見原判決卷第79頁），則本件原告之父陳添爐既於原住民身分法施行

前即已死亡，其本人並未從具原住民身分之母之姓或原住民傳統名字，是其並未符合上述喪失或未取得原住民身分之事由，故無原住民身分法第8條第1項之適用，則其婚生子女之原告，基於身分行為不得代行原則，亦無從援引原住民身分法第8條第2項規定而得予主張準用原住民身分法第4條第2項之規定；故本件原告之父陳添爐是否得認定具原住民身分，應依原住民身分法第4條第2項之規定審認之，茲依該規定予以審認，陳添爐於日據時期即已死亡，而依其日據時期之戶籍資料顯示，其乃從非原住民身分之父陳金堂之姓（陳姓），無從認具原住民身分，核與原住民身分法第8條第1項所定之當事人應具原住民身分之要件不符。則身為陳添爐婚生子女之原告，自無主張可適用原住民身分法第8條第2項，準用同法第4條第2項規定取得原住民身分，是其此項主張，乃屬誤解前揭規定，礙難憑採。至原告據以援引之原民會99年9月1日函所示內容，核其情形與本件情形並不相同，自屬無從比附援引。

(六)次查本件原告之父陳添爐如上所述並未符合原住民身分法第8條第1項所定各項原住民身分認定實體要件，故原告無法援引同法第8條第2項之規定予以準用同法第4條第2項規定，取得原住民身分。則被告核認原告前於102年11月21日取得山地原住民身分並註記原住民族別，係因原告憑原民會100年11月28日函劉陳春梅之公文書，並隱匿該函業已被原民會101年8月21日函「更正」，致被告依原民會100年11月28日函據以作成原告取得山地原住民身分並註記原住民族別，然因原民會100年11月28日函業經原民會以101年8月21日函更正，且依原住民身分法之規定，依循依法行政之原則，被告103年4月18日逕予撤銷登記，並以被告103年4月21日函通知原告，於法並無不合。原告指摘被告所為前揭處分違法云云，核不足採。

(七)復據本件輔助參加人即主管原住民身分與原住民族認定職權之原民會陳明略以，原住民身分法為解決原住民身分制度舊法令時代之不正義，而非矯正日據時代或光復後從姓之問題，陳添爐縱存活至光復後，亦無法取得原住民身分，倘其存活至今，其可依第4條第2項取得原住民身分。日據時期政府並未針對原住民身分設計制度，僅依政治上順服與否加以分類，當時生蕃不具有法律上人格，迄至光復後始有原住民身分制度，當時國民政府為了解決山地行政區域人民之生活困境，而設計原住民身分制度提供給付行政。依原住民身分法之立法理由，該法並非處理族群認同問題，而係確認國家給付行政之範圍，族群認同身分制度等問題應尋求立法解決，立法之提案機關為原民會。而陳添爐過世前仍為日據時期，其未有選擇回復原住民姓氏之機會，並進而影響其子女選擇之權利，惟此係立法者依原住民身分認同之概念而決定構

成要件之問題，對於過往無機會取得原住民身分者，倘法律未有修正，參加人即無裁量空間等語，參諸首揭原住民身分法之立法目的及相關規定，並無不合。是本件在現行原住民身分法之規範下，尚無從為有利於原告之解釋。

(八)從而，被告以原告於102年11月21日取得山地原住民身分並註記原住民族登記，因原告之父陳添爐不得取得原住民身分，該登記應予撤銷；經被告以103年3月28日函通知原告於文到10日內辦理撤銷，惟因原告逾期仍未辦理，乃於103年4月18日逕為撤銷登記，並以被告103年4月21日函通知原告，於法並無違誤，訴願決定雖以原處分為被告103年3月28日函為訴願標的予以維持，惟因該函僅係書面催告觀念通知性質，核非行政處分，已如前述，被告所為實質撤銷前所為登記處分應為103年4月18日逕為撤銷登記，而該登記業經被告以103年4月21日函通知送達原告而生效，是被告所為逕為撤銷登記之結論仍無不合，應予維持。原告猶執前詞，訴請撤銷，為無理由，應予駁回。

(九)本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊防禦方法均與本件判決結果不生影響，故不逐一論述，併此敘明。

八、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 105 年 7 月 7 日

臺北高等行政法院第四庭

審判長法 官 王碧芳

法 官 高愈杰

法 官 陳秀嫻

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

三、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第241條之1第1項前段）

四、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第1項但書、第2項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所 需 要 件
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其法定代

	理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
(二)非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合(一)、(二)之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出(二)所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中 華 民 國 105 年 7 月 7 日
書記官 黃玉鈴

最高行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】 106,判,306
【裁判日期】 1060615
【裁判案由】 原住民身分法
【裁判全文】

最 高 行 政 法 院 判 決

106年度判字第306號

上 訴 人 劉陳春梅

送達代收人 劉林宗

訴訟代理人 馬潤明 律師

被 上 訴 人 臺北市中山區戶政事務所

代 表 人 艾 蕾

訴訟代理人 賴雪鈴

吳孟蓉

輔助參加人 原住民族委員會

代 表 人 夷將·拔路兒 (Icyang·Parod)

訴訟代理人 曾興中

陳天石

上列當事人間原住民身分法事件，上訴人對於中華民國105年7月7日臺北高等行政法院105年度原訴更一字第2號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、上訴人於民國102年11月13日委由其次子陳劉世傑（原名劉世傑）檢附輔助參加人100年11月28日原民企字第1001063438號函（下稱輔助參加人100年11月28日函）等證明文件，主張依原住民身分法第8條第2項規定取得原住民身分為由，向被上訴人申請原住民身分登記，經被上訴人依上開輔助參加人函之說明，上訴人之祖母楊來有為山地原住民（泰雅族），上訴人之父陳添爐依原住民身分法第2條第1款規定，應具山地原住民身分，惟陳添爐於原住民身分法施行前死亡，未及申請取得原住民身分，其婚生子女即上訴人得依同法第8條第2項規定，申請取得原住民身分，被上訴人乃審認上訴人之申請符合原住民身分法第8條第2項規定，准予所請，並

辦竣原住民身分登記在案。嗣經被上訴人查得輔助參加人以101年8月21日原民企字第1010039333號函（下稱輔助參加人101年8月21日函）更正前揭認定，其遂以103年1月6日北市中戶登字第10231461300號函（下稱被上訴人103年1月6日函）通知上訴人陳述意見，經上訴人以書面向被上訴人陳述意見後，被上訴人審認上訴人之父陳添爐為原住民（上訴人之祖母楊來有）與非原住民（上訴人之祖父陳金堂）所生子女，且未從具原住民身分之母之姓，依原住民身分法第4條第2項規定，應不具原住民身分，上訴人之申請與原住民身分法第8條第2項規定不符，其原住民身分登記有錯誤，應予撤銷並為更正登記，乃以被上訴人103年2月19日北市中戶登字第10330082200號函（下稱被上訴人103年2月19日函）通知上訴人於103年2月26日前至被上訴人處辦理撤銷原住民身分之更正登記，逾期未辦理，將逕為更正登記。上訴人逾期仍未辦理更正登記，被上訴人乃於103年3月25日逕為撤銷登記，並以被上訴人103年3月28日北市中戶登字第10330223800號函（下稱被上訴人103年3月28日函）通知上訴人業依原住民身分法第12條規定逕為更正登記。上訴人不服被上訴人103年1月6日函及被上訴人103年2月19日函，提起訴願，經遭訴願機關以關於被上訴人103年1月6日函部分，訴願不受理；關於被上訴人103年2月19日函部分，訴願駁回。上訴人猶不服，遂向原審法院提起行政訴訟（於原審言詞辯論時陳明爭執之原處分為被上訴人103年2月19日函部分），經原審法院以103年度原訴字第3號判決（下稱原審法院前判決）撤銷訴願決定及原處分（原審法院前判決稱被上訴人103年2月19日函為原處分，惟依原審法院前判決理由載：含逕為更正登記撤銷上訴人原住民身分之後續處分）。被上訴人不服，提起上訴，經本院104年度判字第760號判決廢棄原審法院前判決，發回原審法院更為審理，嗣經原審法院以105年度原訴更一字第2號判決（下稱原判決）駁回。上訴人仍不服，遂提起本件上訴。

- 二、上訴人起訴主張：（一）原住民身分法係採血統主義，此有原住民身分法草案於89年5月10日於立法院第4屆第4會期進行討論之該次院會紀錄可參。再據原住民身分法第4條及第8條於97年修正草案之說明，明確敘及「為落實本法血統主義之精神，並兼顧其子女相關權益」等語，益足證之；原住民身分法第8條第2項係為落實血統主義之精神並兼顧其子女相關權益，該條於97年11月5日立法院審查時，斯時審查會通過提案條文對照表第8條之說明三亦敘及「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。故為落實原住民身分法血統主義之精神，並兼顧其子女之相關權益，爰增訂第2項如當事人已死亡，其

子女準用本法第4條第2項及第7條之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。」而該立法理由雖未提及「具有原住民血統者在80年10月4日前過世，且未取得原住民身分者，其直系血親卑親屬是否亦在保護之列」，然原住民身分法既強調血統主義，未提及應非有意省略，應係當然之解釋，此參原住民身分法第8條第1項規定「於本法施行前，因……或其他原因喪失或未取得原住民身分者」。是故，若具原住民血統，為落實原住民身分法之精神，並兼顧其子女之相關權益，上訴人之祖母既具山地原住民身分，依血統主義之精神，上訴人之父陳添爐應具原住民之身分，從而，上訴人亦應有原住民身分而得申請登記，始謂兼顧子女之權益而符合原住民身分法之立法意旨。(二)原住民身分法第8條第1項之「應具原住民身分者」與第4條所稱「取得原住民身分」之意義不同，原住民身分法第8條第1項適用者為在「原住民身分法施行前」應取得原住民身分而喪失或未能取得身分者，顯然是為彌補在原住民身分法施行前，因時代因素喪失或未能取得原住民身分的歷史遺憾；而原住民身分法第4條各項所列情形，包括第2項「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」，於完成從父或母姓或傳統名字後，即能取得原住民身分。而「應具原住民身分者」，則係指「本該具有」，此參原住民身分法採血統主義精神，應指自然血統而言，此可從二者一謂「應具」一謂「取得」之不同用語即知，故「應具原住民身分者」，在文義及各項解釋上，應非已完成「父或母姓或傳統名字」之情形，從母姓並非「應具原住民身分」之要件，僅係於申請登記時，為「取得原住民身分」之程序事項，但是被上訴人卻以「原住民身分法施行後」同法第4條第2項規定「未具原住民之母之姓」來作為不符合第8條第1項要件，顯適用法律錯誤。(三)被上訴人漠視原住民身分法第8條第2項立法規定與目的，將原本男女平等的法律規定，經被上訴人解釋執行造成男女不平等的結果，顯然違反憲法第7條男女平等之原則；輔助參加人100年11月28日函就上訴人可取得原住民身分之認定，雖其理由不盡完備，然其理由及結論係與原住民身分法之立法意旨及法條規定相符，應屬可採；而輔助參加人101年8月21日函認「當事人（劉陳春梅）之父亦因未從具原住民身分之母之姓，而不得取得原住民身分」云云，不僅與其前所為函釋相反，與原住民身分法之立法意旨及法條規定不符，更錯將從具母姓作為「應具原住民身分」之要件，已與血統主義有違而不可採。(四)另參據輔助參加人99年9月1日原民企字第0990042296號函（下稱輔助參加人99年9月1日函）：「……依原住民身分法第4條規定，林○花君為原住民所生子女又從具原住民身分之父姓，為依法應具原住民身分之人。林○花君雖因故未能取得原住民身

分，依同法第8條第2項規定，吉○平得準用第4條第2項規定，改從母姓取得原住民身分……」，該案申請人可依原住民身分法第4條第2項規定辦理改從母姓及原住民身分登記。基此相同法理，基於男女平等原則下，應為相同處理。上訴人應有取得原住民身分之資格等語，為此，訴請將訴願決定、原處分均撤銷【原處分係指被上訴人103年3月25日逕為撤銷登記、被上訴人103年3月28日函】。

- 三、被上訴人則以：(一)被上訴人辦理戶政登記時僅為形式審查，倘如本件涉及原住民身分法爭議時，將函請輔助參加人解釋，即被上訴人為事實認定有其範圍限制，非全盤作認定；被上訴人依輔助參加人101年8月21日函，於103年3月25日依原住民身分法第8條及第12條、戶籍法第46條職權逕為撤銷上訴人原住民身分之更正登記與法無違；上訴人之父陳添爐於27年死亡，基於身分行為不得代行原則，不得以後人之想法論斷陳添爐有回復母姓之意思，故其子女仍依原住民身分法第4條為認定，上訴人未具原住民身分；立法院院會就原住民身分法討論有諸多見解，上訴人主張僅係其中一種意見，最後立法係政策之選擇，被上訴人僅能遵照輔助參加人解釋辦理。被上訴人上訴本院期間再次函詢輔助參加人，其作成104年7月30日原民綜字第1040042944號函，另依輔助參加人102年7月12日原民企字第1020037322號函略以：「按原住民身分法第4條規定：『(第1項)原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分。(第2項)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。(第3項)前項父母離婚，或有一方死亡者，對於未成年子女之權利義務，由具有原住民身分之父或母行使或負擔者，其無原住民身分之子女取得原住民身分。』依前開條文規定，原住民身分法就原住民身分認定要件，係以『血統主義兼認同主義』為基本原則，亦即：具完全原住民血統者，即得依個人對其原住民血統之認同意思，申請認定其原住民身分；具不完全原住民血統者，需以從具原住民身分之父或母之姓或原住民族傳統名字，表彰其對原住民血統之認同後，始得申請認定其原住民身分。」(二)原住民身分法第8條規定，當事人(適格申請人)需業已符合原住民身分法所定各項原住民身分認定實體要件而應具原住民身分者，當事人(適格申請人)及其婚生子女，方有該條之適用可能。惟據上訴人戶籍資料，上訴人之父陳添爐係屬原住民與非原住民結婚所生子女，依原住民身分法第2條、同法第4條及輔助參加人101年8月21日函之旨意，其是否得認定具原住民身分，應依原住民身分法第4條第2項規定審認之，上訴人之父陳添爐未從具原住民身分之母之姓，因而不得取得原住民身分。倘陳添爐生存至今，其可改從母姓表示認同，惟其於27年已死亡，基於身分行為不得代行原則，不得以

後人之想法論斷陳添爐有回復母姓之意思，故其子女仍依原住民身分法第4條為認定，上訴人未具原住民身分；上訴人之子於102年11月13日向被上訴人申請辦理上訴人及己身取得原住民身分，因渠等僅提供對其有利之公文書，混淆、誤導被上訴人，致被上訴人對其作出有利之行政處分，恐有使公務人員登載不實之虞，渠等信賴不值得保護；又依輔助參加人就本案及原住民身分法第8條規定作出之函釋，上訴人之父不得認定具原住民身分，是上訴人亦無從取得原住民身分，故被上訴人當日辦理之戶籍登記，應予撤銷等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人之訴。

- 四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據結果，以：(一)原住民身分法第8條規定有關原住民身分法之適用範圍，係為了保障原住民在原住民身分法施行前，因結婚、收養或其他原因，致喪失或未取得原住民身分，始有該條規定之適用。參諸現行亦即97年12月3日修正之原住民身分法第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。」【該條文於修正前係規定：「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。」】其修正理由為「一本條第1項做文字上之修正，並增列第2項將當事人之關係予以修正明定。二第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。」是依上可知，原住民身分法第8條第2項所規定「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」之適用前提，必須該已死亡之當事人依原住民身分法之規定，應具有原住民身分，惟於原住民身分法施行前，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而言，亦即該當事人必須符合原住民身分法規範實體構成要件，已可認定取得原住民身分者，始有回復或取得原住民身分之可言，此係

因身分行為不得代行原則而來，核與男女平等原則無涉。茲依卷內相關人員戶籍資料顯示，就本件而言，上訴人之父陳添爐之母楊來有固為日據時期所載之「生蕃」，然上訴人之祖父即陳金堂及上訴人之父陳添爐依據日據時期戶口調查簿種族欄記載為「福」（即福佬人），乃非屬原住民，是非原住民之上訴人祖父與原住民之上訴人祖母2人結婚，彼2人所生之子即上訴人之父陳添爐乃為原住民與非原住民結婚所生子女，依原住民身分法第2條、第4條意旨，上訴人之父陳添爐須從具原住民身分之母之姓或原住民傳統名字者，始取得原住民身分。然上訴人之父陳添爐係於日據時期即昭和13年1月2日死亡，則本件上訴人之父陳添爐既於原住民身分法施行前即已死亡，其本人並未從具原住民身分之母之姓或原住民傳統名字，是其並未符合上述喪失或未取得原住民身分之事由，故無原住民身分法第8條第1項之適用，則其婚生子女之上訴人，基於身分行為不得代行原則，亦無從援引原住民身分法第8條第2項規定而得予主張準用原住民身分法第4條第2項之規定；故本件上訴人之父陳添爐是否得認定具原住民身分，應依原住民身分法第4條第2項之規定審認之，茲依該規定予以審認，陳添爐於日據時期即已死亡，而依其日據時期之戶籍資料顯示，其乃從非原住民身分之父陳金堂之姓（陳姓），無從認具原住民身分，核與原住民身分法第8條第1項所定之當事人應具原住民身分之要件不符。則身為陳添爐婚生子女之上訴人，自無主張可適用原住民身分法第8條第2項，準用同法第4條第2項規定取得原住民身分，是其此項主張，乃屬誤解前揭規定，礙難憑採。至上訴人據以援引之輔助參加人99年9月1日函所示內容，核其情形與本件情形並不相同，自屬無從比附援引。(二)本件上訴人之父陳添爐如上所述並未符合原住民身分法第8條第1項所定各項原住民身分認定實體要件，故上訴人無法援引同法第8條第2項之規定予以準用同法第4條第2項規定，取得原住民身分。則被上訴人核認上訴人前於102年11月13日取得山地原住民身分並註記原住民族別，係因上訴人憑輔助參加人100年11月28日函之公文書，並隱匿該函業已被輔助參加人101年8月21日函「更正」，致被上訴人依輔助參加人100年11月28日函據以作成上訴人取得山地原住民身分並註記原住民族別，然因輔助參加人100年11月28日函業經其以101年8月21日函更正，且依原住民身分法之規定，依循依法行政之原則，被上訴人103年3月25日逕為撤銷登記，並以被上訴人103年3月28日函通知上訴人，於法並無不合。(三)復據本件輔助參加人即主管原住民身分與原住民族認定職權之輔助參加人陳明略以，原住民身分法為解決原住民身分制度舊法令時代之不正義，而非矯正日據時代或光復後從姓之問題，陳添爐縱存活至光復後，亦無法取得原住民身分，倘其存活至今，其可依同法第

4條第2項取得原住民身分。日據時期政府並未針對原住民身分設計制度，僅依政治上順服與否加以分類，當時生蕃不具有法律上人格，迄至光復後始有原住民身分制度，當時國民政府為了解決山地行政區域人民之生活困境，而設計原住民身分制度提供給付行政。依原住民身分法之立法理由，該法並非處理族群認同問題，而係確認國家給付行政之範圍，族群認同身分制度等問題應尋求立法解決，立法之提案機關為輔助參加人。而陳添爐過世前仍為日據時期，其未有選擇回復原住民姓氏之機會，並進而影響其子女選擇之權利，惟此係立法者依原住民身分認同之概念而決定構成要件之問題，對於過往無機會取得原住民身分者，倘法律未有修正，輔助參加人即無裁量空間等語，參諸原住民身分法之立法目的及相關規定，並無不合。是本件在現行原住民身分法之規範下，尚無從為有利於上訴人之解釋。(四)從而，被上訴人以上訴人於102年11月13日取得山地原住民身分並註記原住民族登記，因上訴人之父陳添爐不得取得原住民身分，該登記應予撤銷；經被上訴人以103年2月19日函通知上訴人於103年2月26日前辦理撤銷，惟因上訴人逾期仍未辦理，乃於103年3月25日逕為撤銷登記，並以被上訴人103年3月28日函通知上訴人，於法並無違誤，訴願決定就被上訴人103年2月19日函部分，雖認該函係訴願標的並予以維持，惟因該函僅係書面催告觀念通知性質，核非行政處分，已如前述，被上訴人所為實質撤銷前所為登記處分應為103年3月25日逕為撤銷登記，而該登記業經被上訴人以103年3月28日函通知送達上訴人而生效，是被上訴人所為逕為撤銷登記之結論仍無不合，應予維持等由，而駁回上訴人在原審之訴。

五、本院按：

- (一)「最高行政法院之判決不經言詞辯論為之。但有下列情形之一者，得依職權或依聲請行言詞辯論：一、法律關係複雜或法律見解紛歧，有以言詞辯明之必要。二、涉及專門知識或特殊經驗法則，有以言詞說明之必要。三、涉及公益或影響當事人權利義務重大，有行言詞辯論之必要。」行政訴訟法第253條第1項定有明文。本件涉及上訴人是否得依原住民身分法認定具有原住民身分，涉及公益及影響上訴人之權利重大，本院依上開規定，於106年5月26日行言詞辯論，並命與吳陳春桃基於同一事實及法律上原因提起之本院105年度上字第906號事件合併辯論，惟分別裁判，合先敘明。
- (二)原住民身分法第2條：「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。」第4條第2項：「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。」第8條：「（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。」上訴人主張其父陳添爐符合上開原住民身分法第2條第1款及第4條第2項之要件，其得依同法第8條第2項規定取得原住民身分。

(三)上訴人之父陳添爐為原住民即上訴人之祖母楊來有與非原住民即上訴人之祖父陳金堂所生子女，且未從具原住民身分之母之姓，此為原判決認定之事實。又本院依行政訴訟法第253條第1項但書行言詞辯論所得闡明或補充訴訟關係之資料，本院亦得斟酌之（同法第254條第3項）。查依本院於言詞辯論時令兩造及輔助參加人陳述辯論之卷內陳添爐日據時期戶籍謄本（更審前原審卷第73頁）所載，陳添爐於日據時期係設籍於非山地行政區之臺北市基隆市（亦未登記為平地原住民），又無其他證據足以證明陳添爐於臺灣光復前原籍在山地行政區，陳添爐並不符合原住民身分法第2條第1款「臺灣光復前原籍在山地行政區域內」之要件（亦不符合第2款要件），無從依該規定認定陳添爐應具山地原住民身分。又陳添爐雖是原住民與非原住民所生子女，然未從具原住民身分之母之姓，亦未從原住民傳統名字，亦不符合原住民身分法第4條第2項要件，自不得依該規定取得原住民身分。上訴人雖然主張陳添爐於日據時期並無機會改從母姓等語。然原住民身分法第4條第2項之適用，以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」為要件，法文甚明。該法立法時即使未考慮到日據時期女姓原住民與男姓非原住民所生子女，無從具原住民身分之母姓之可能，亦屬應否另行修法之立法政策上考量問題。上訴人不能以陳添爐在日據時期無從母姓機會，而主張其符合原住民身分法第4條第2項之要件。是以陳添爐非屬「依原住民身分法應具原住民身分者」，不合同法第8條第1項所稱「依本法之規定應具原住民身分者」之要件，其婚生子女即上訴人無從依同條第2項規定取得原住民身分。

(四)立法院內政及民族委員會審議原住民身分法草案時（行政院函請審議「原住民身分認定條例草案」，併案審委員楊仁福等32人擬具之「原住民身分認定法草案」及委員章仁香等32人擬具之「原住民身分法草案」），當時輔助參加人副主任委員孫大川說明，比較行政院草案與委員楊仁福及章仁香草案，關於原住民與非原住民結婚所生子女身分之認定方面，

行政院草案採「限制取得」規定，即依其父母婚姻方式為「嫁娶婚」或「招贅婚」及附加「從姓或原住民傳統名字」條件予以不同認定；楊委員及章委員版本採較寬的「原則取得」規定，即不問原住民與非原住民結婚方式為何，其結婚所生子女原則上取得原住民身分。副主任委員孫大川並進一步說明，該會以為未來若要放寬身分認定的標準，除了血源的考量外，文化方面也是相當重要的因素，該會希望能將一些「文化條件」的限制放在法條中，故由「從母姓或恢復原住民傳統名字」方面限制，期能兼顧文化及血源因素（見立法院公報第90卷第5期第451頁，原審更審卷第176頁）。最後立法通過的原住民身分法第4條第2項就原住民與非原住民結婚所生子女情形，附加「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」，作為取得原住民身分之要件，此部分係依行政院草案。依上述可知，輔助參加人主張原住民身分法立法係採血統主義輔以認同主義一節，應屬有據。原審於更審前準備程序中，依上訴人之聲請徵詢蔡志偉副教授法律上意見（上訴人稱其為「專家證人」，原審稱其為「鑑定人」），其表示原住民身分主要是以血統主義為主，在原住民身分法第4條第2項是屬於比較晚近，特別是在原住民社會與非原住民社會互動後所形成的認同主義想法，目的是為了更強化原住民身分的凝聚性，把這樣的族群特質保留下來，即是為了回應到原住民社會在與非原住民社會互動的需求，所產生出來的以認同為輔的一種身分取得方式，比較大的差異性在這裡之意見。此項法律上意見亦與上述見解相同。上訴人以未被採納的委員楊仁福及章仁香版本的提案理由，及捨原住民身分法第8條第1項之「依本法」，僅擷取「應具原住民身分者」之法文，主張原住民身分法係採血統主義，只要具原住民血統者，就取得原住民身分云云，即不可採。雖然蔡志偉副教授另認為原住民身分法第8條第1項之「應具原住民身分」應回到同法第2條。然即使採此見解，因陳添爐不符合同法第2條要件，已如上述，亦無從執蔡志偉副教授法律上意見而為有利於上訴人之認定。

- (五)輔助參加人99年9月1日函之基礎事實，是吉○平之生母林○花雖與上訴人同是原住民與非原住民結婚所生子女，然其係從具原住民身分（戶籍資料記載平地山胞）父姓，此與上訴人從不具原住民身分生父姓之事實不同，自不得比附援引，此與吉○平之生母林○花有無先辦原住民身分登記無關。上訴人主張如其未能適用該函，違反平等原則云云，尚有誤會。

- (六)原住民身分法第4條第2項以從具原住民身分之父、母之姓或原住民傳統名字，作為取得原住民身分之要件，同法第7條第1項另就第4條第2項子女變更或取得從具原住民身分之父、母之姓或原住民傳統名字為規定，第11條就原住民身分取

得登記為規定。據此等規定可知，主張符合原住民身分法第4條第2項要件而取得原住民身分者，自是應先依同法第7條第1項變更或取得從具原住民身分之父、母之姓或原住民傳統名字，始得論以是否符合第4條第2項之要件，取得原住民身分，而得依第11條向戶政事務所辦理取得原住民身分登記。上訴人提出之「戶政機關之從姓並取得原住民身分暨民族別登記意願（約定）書」，並不足以否定上開法律規定。上訴人主張依原住民身分法第4條第2項申請原住民身分登記時，不用先改姓云云，尚乏依據。

(七)上訴人之父陳添爐既不符合同法第8條第1項所稱「依本法之規定應具原住民身分者」之要件，其婚生子女即上訴人無從依同條第2項規定取得原住民身分。被上訴人准許上訴人於102年11月13日取得山地原住民身分並註記原住民族登記之處分，即屬違法。又該登記處分內容係關於原住民身分之有無，除與上訴人之私益有關外，亦涉及公益，除原判決已論及上訴人信賴不值得保護外，即使上訴人無行政程序法第119條信賴不值得保護之情形，其信賴利益亦非顯然大於撤銷該違法處分所欲維護之公益，該登記處分應予撤銷。被上訴人以103年2月19日函通知上訴人於同年月26日前辦理撤銷，惟因上訴人逾期仍未辦理，乃於103年3月25日逕為撤銷登記，並以被上訴人103年3月28日函通知上訴人，於法無違。上訴人請求撤銷訴願決定及原處分（即被上訴人103年3月25日逕為撤銷登記及103年3月28日函），尚無理由，原判決予以駁回，於法有據，自應予以維持。上訴意旨指摘原判決違背法令，求予廢棄，並無理由，應予駁回。

六、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 106 年 6 月 15 日

最高行政法院第三庭

審判長法官 吳 東 都

法官 黃 淑 玲

法官 鄭 小 康

法官 林 文 舟

法官 姜 素 娥

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 106 年 6 月 15 日

書記官 莊 子 誼

臺北高等行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】 105,原訴更一,2

【裁判日期】 1050707

【裁判案由】 原住民身分法

【裁判全文】

臺北高等行政法院判決

105年度原訴更一字第2號

105年6月16日辯論終結

原 告 劉陳春梅
訴訟代理人 馬潤明 律師
被 告 臺北市中山區戶政事務所

代 表 人 艾蕾（主任）
訴訟代理人 賴雪鈴
吳孟蓉（兼送達代收人）

輔助參加人 原住民族委員會

代 表 人 夷將·拔路兒（Icyang·Parod）（主任委員）

訴訟代理人 曾興中
陳天石

上列當事人間原住民身分法事件，原告不服臺北市政府103 年5月21日府訴一字第10309069700 號訴願決定，提起行政訴訟。經本院103 年度原訴字第3 號判決後，經最高行政法院以104 年度判字第760 號判決廢棄原判決，發回本院更審，本院更為判決如下：

主 文
原告之訴駁回。
第一審及發回前上訴審訴訟費用均由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

（一）被告代表人原為蔡文如，於訴訟進行中變更為艾蕾，茲據被告新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

（二）輔助參加人代表人原為林江義（Mayaw·Dongi），於訴訟進行中變更為夷將·拔路兒（Icyang·Parod），茲據輔助參加人新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

（三）按行政訴訟法第111 條規定：「（第1 項）訴狀送達後，原

告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意或行政法院認為適當者，不在此限。（第2 項）被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。（第3 項）有下列情形之一者，訴之變更或追加，應予准許：……二訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之基礎不變。……」，查原告於發回更審前之民國103 年7 月17日起訴時原係聲明：「訴願決定及原處分均撤銷。」，並陳明前揭原處分係指被告103 年3 月28日北市中戶登字第10330223800 號函（下稱被告103 年3 月28日函）；嗣於該案言詞辯論時原告另表明前揭所指原處分係指被告103 年2 月19日北市中戶登字第10330082200 號函（下稱被告103 年2 月19日函）【參見本院103 年度原訴字第3 號卷（下稱原判決卷）第7 頁、第189 頁】；嗣經最高行政法院廢棄本院103 年度原訴字第3 號判決（下稱原判決），發回本院更為審理。本院於105 年3 月29日行準備程序時，原告變更聲明為「訴願決定、103 年3 月25日原處分均撤銷。」，嗣於本院105 年6 月16日行言詞辯論程序時，原告復變更聲明為「訴願決定、原處分均撤銷。」【前揭原處分係指被告103 年3 月25日逕為辦理撤銷原告原住民身分及族別登記（下稱被告103 年3 月25日逕為撤銷登記）、被告103 年3 月28日函】。本院認原告訴之聲明變更前後其請求基礎事實不變，且被告亦無異議，而為本案之言詞辯論（參見本院卷第204 頁），爰依前揭規定予以准許。

- 二、事實概要：緣原告於102 年11月13日委由其次子陳劉世傑（原名劉世傑）檢附當時行政院原住民族委員會（為配合行政院組織法修正，已改名為「原住民族委員會」，下稱原民會）100 年11月28日原民企字第1001063438號函（下稱原民會100 年11月28日函）等證明文件，主張依原住民身分法第8 條第2 項規定取得原住民身分為由，向被告申請原住民身分登記，經被告依上開原民會函之說明，原告之祖母楊來有為山地原住民（泰雅族），原告之父陳添爐依原住民身分法第2 條第1 款規定，應具山地原住民身分，惟陳添爐於原住民身分法施行前死亡，未及申請取得原住民身分，其婚生子女即原告得依同法第8 條第2 項規定，申請取得原住民身分，被告乃審認原告之申請符合原住民身分法第8 條第2 項規定，准予所請，並辦竣原住民身分登記在案。嗣經被告查得原民會以101 年8 月21日原民企字第1010039333號函（下稱原民會101 年8 月21日函）更正前揭認定，以原告之父陳添爐為原住民與非原住民所生子女，應適用原住民身分法第4 條第2 項規定認定是否具原住民身分，無適用同法第2 條規定之餘地，被告乃以本案原告是否具原住民身分尚有疑義，經基隆市政府民政局轉請原民會釋示，經原民會以102 年12月26日原民企字第1020070605號函（下稱原民會102 年12月26

日函)復略以,若原告既依法不得認定為原住民身分,應由戶政機關依職權逕為更正登記,撤銷其原住民身分,並給予陳述意見之機會。被告遂以103年1月6日北市中戶登字第10231461300號函(下稱被告103年1月6日函)通知原告陳述意見,經原告以書面向被告陳述意見後,被告審認原告之父陳添爐為原住民(原告之祖母楊來有)與非原住民(原告之祖父陳金堂)所生子女,且未從具原住民身分之母之姓,依原住民身分法第4條第2項規定,應不具原住民身分,原告之申請與原住民身分法第8條第2項規定不符,其原住民身分登記有錯誤,應予撤銷並為更正登記,乃以被告103年2月19日函通知原告於103年2月26日前至被告處辦理撤銷原住民身分之更正登記,逾期未辦理,將逕為更正登記。原告逾期仍未辦理更正登記,被告乃於103年3月25日逕為撤銷登記,並以被告103年3月28日函通知原告業依原住民身分法第12條規定逕為更正登記。原告不服被告103年1月6日函及被告103年2月19日函,提起訴願,經遭訴願機關以關於被告103年1月6日函部分,訴願不受理;關於被告103年2月19日函部分,訴願駁回。原告猶不服,遂向本院提起行政訴訟(於言詞辯論時陳明爭執之原處分為被告103年2月19日函部分),經本院以原判決撤銷訴願決定及原處分(原判決稱被告103年2月19日函為原處分,惟依原判決理由載:含逕為更正登記撤銷原告原住民身分之後續處分)。被告不服,提起上訴,經最高行政法院104年度判字第760號判決(下稱最高行政法院發回判決)廢棄原判決,發回本院更為審理。

三、原告主張略以:

- (一)原告提起訴願時係請求撤銷被告103年1月6日函及被告103年2月19日函,然原告請求事項乃被告以原告不符原住民身分法為由,撤銷原告已取得之原住民身分。訴願機關即臺北市政府應就被告所為之撤銷原告原住民身分事項為審查,而該事項即是被告之撤銷登記行為,應不受原告之誤認被告103年2月19日函為撤銷登記行政處分拘束。雖臺北市政府亦就該非本件行政處分之函作出決定,然考其理由亦係針對被告之撤銷登記是否有理乙事審查。是故,原告不服訴願決定而提起本件起訴,亦係就撤銷原住民登記違法並已損害其權利或法律上利益為訴訟標的,已屬無疑;且原告係以被告撤銷原住民登記違法並已損害其權利或法律上利益為訴訟標的,查原告於103年8月1日(應係103年7月17日始正確)為本件起訴時,訴之聲明係「訴願決定及原處分均撤銷。」,斯時原告認被告就撤銷登記乙事,被告曾分別於103年2月19日、103年3月28日發函予原告,於前者請原告「於103年2月26日前至本所辦理撤銷原住民身分與原住民族別登記」,而於後者稱「有關臺端應辦理撤銷原住民及原住民

族別登記，因逾法定期間仍未申請，本所已於民國103 年3 月25日逕為撤銷登記在案」云云，故於前審起訴時，原告為慎重起見，於「被告撤銷原住民身分及原住民族別登記」此一基礎事實上，聲明撤銷被告所為之「原處分」，應包括被告103 年2 月19日函、103 年3 月28日函及103 年3 月25日逕為撤銷登記之行為。是本件最高行政法院發回判決之發回意旨，既認被告103 年2 月19日函非行政處分，則本件原處分應為被告於103 年3 月25日逕為撤銷登記之行為，被告於103 年3 月25日逕為撤銷登記，並以被告103 年3 月28日函通知原告業依原住民身分法第12條規定逕為更正登記，則該撤銷原告原住民身分及族別登記行為，已對外直接發生法律效果，非被告內部文書作業。

(二)原住民身分法係採血統主義，此有原住民身分法草案於89年5 月10日於立法院第4 屆第4 會期進行討論之該次院會紀錄，主要係針對「原住民身分認定標準」之不公平及不合時宜之檢討，並就原住民身分法草案之7 條條文進行審查，且觀該次草案通過說明中，楊仁福委員提案「第三條：二採血統主義；第四條：一採血統主義。二根據國際公法，原住民身分認定應以自我認定為原則；第五條：一尊重國際公法自我認定原則。」，以及章仁香委員提案「第四條：二為貫徹憲法上男女平等之規定，並參考我國國籍法已由父系血統主義改為父母雙系血統主義之立法趨勢」等語，顯見，原住民身分法草案之提案說明，均著重血統主義、男女平等、原住民自我認定之權利等，應無疑義。此再核原住民身分法第4 、8 條於97年修正草案之說明，明確敘及「為落實本法血統主義之精神，並兼顧其子女相關權益」等語，益足證之；原住民身分法第8 條第2 項係為落實血統主義之精神並兼顧其子女相關權益，該條於97年11月5 日於立法院審查時，斯時審查會通過提案條文對照表第8 條之說明三亦敘及「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。故為落實原住民身分法血統主義之精神，並兼顧其子女之相關權益，爰增訂第2 項如當事人已死亡，其子女準用本法第4 條第2 項及第7 條之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。」而該立法理由雖未提及「具有原住民血統者在80年10月4 日前過世，且未取得原住民身分者，其直系血親卑親屬是否亦在保護之列」，然原住民身分法既強調血統主義，未提及應非有意省略，應係當然之解釋，此參原住民身分法第8 條第1 項規定「於本法施行前，因……或其他原因喪失或未取得原住民身分者」。是故，若具原住民血統，為落實原住民身分法之精神，並兼顧其子女之相關權益，本件原告之祖母既具山地原住民身分，依血統主義之精神，原告之父陳添爐應具原

住民之身分，從而，原告亦應有原住民身分而得申請登記，始謂兼顧子女之權益而符原住民身分法之立法意旨。

(三)原住民本無姓氏之文化慣俗，臺灣原住民所謂的漢姓多為外族或當初戶政人員在辦理戶籍登記時，憑承辦人個人主觀所賜，非源自於族群傳統與文化認同，被告僅以漢族宗姓觀點裁決，忽視原住民身分法之立法意旨；原住民身分法第8條第1項之「應具原住民身分者」與第4條所稱「取得原住民身分」之意義不同，原住民身分法第8條第1項適用者為在「原住民身分法施行前」應取得原住民身分而喪失或未能取得身分者，顯然是為彌補在原住民身分法施行前，因時代因素喪失或未能取得原住民身分的歷史遺憾；而原住民身分法第4條各項所列情形，包括第2項「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」，於完成從父或母姓或傳統名字後，即能取得原住民身分。而「應具原住民身分者」，則係指「本該具有」，此參原住民身分法採血統主義精神，應指自然血統而言，此可從二者一謂「應具」一謂「取得」之不同用語即知，故「應具原住民身分者」，在文義及各項解釋上，應非已完成「父或母姓或傳統名字」之情形，從母姓並非「應具原住民身分」之要件，僅係於申請登記時，為「取得原住民身分」之程序事項，但是被告卻以「原住民身分法施行後」同法第4條第2項規定「未具原住民之母之姓」來作為不符合第8條第1項要件，顯適用法律錯誤。且在原住民身分法施行前，原告之父無任何法律可依循改具母姓取得原住民身分；原住民身分法於97年12月增修第8條第2項之立法理由是「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。」被告以原告之父已死亡無法從具原住民之母之姓為要件，將執行過程中從具原住民之母之姓辦理程序，作為審議要件，嚴重扭曲原住民身分法第8條第2項修法理由與目的。原住民身分法第8條第1項規定因自願拋棄而喪失原住民身分者之婚生子女，可回復原住民身分；依公平原則與舉輕明重原則，原住民身分法施行前應取得未取得者之婚生子女也應同等享有取得原住民身分之權益；原住民身分法第8條規定上一代自願拋棄已喪失原住民身分者，只要發生時間在原住民身分法施行前，第8條第2項給予自願拋棄喪失原住民身分之當事人其婚生子女，有取得原住民身分的權益與機會；何況本案原告之父因在日據時期死亡，無法可申請，合於前述原住民身分法第8條第2項立法目的，在當事人因其他原因（死亡）未取得原住民身分的情形下，依公平原則與舉輕明重原則，其婚生子女依原住民身分法也應有取得原住民身分之權益；被告漠視原住民身分法第8條第2項立法規定

與目的，將原本男女平等的法律規定，經被告解釋執行造成男女不平等的結果，顯然違反中華民國憲法第7條男女平等之原則；原民會100年11月28日函就原告可取得原住民身分之認定，雖其理由不盡完備，然其理由及結論係與原住民身分法之立法意旨及法條規定相符，應屬可採；而原民會101年8月21日函認「當事人（劉陳春梅）之父亦因未從具原住民身分之母之姓，而不得取得原住民身分。」云云，不僅與其前所為函釋相反，與原住民身分法之立法意旨及法條規定不符，更錯將從具母姓作為「應具原住民身分」之要件，已與血統主義有違而不可採。

- (四)90年8月24日廢止之原住民身分認定標準第3條第2款係規定「原住民女子嫁與非原住民男子，其原住民身分不喪失，其所生子女不取得原住民身分」，與90年1月1日施行之原住民身分法第4條第2項「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。」明顯不同，況原住民本無姓氏，僅有名字，故本件依原住民身分法第4條第2項，原告之父陳添爐倘改姓從母姓即能取得原住民身分，惟陳添爐於27年即已過世，依法無從改姓，惟按原住民身分法精神本在保障原住民權益，尊重原住民之血統以及選擇原住民身分之權利，且依男女平等之原則，原告得依原住民身分法第8條第1、2項取得原住民身分之資格；原住民身分法為血統主義，該法第8條「依本法之規定應具原住民身分者」即係第4條第1、2項所指之「原住民與原住民結婚所生子女」及「原住民與非原住民結婚所生子女」，原住民身分法施行前，原告之父無任何法律可依循改具母姓取得原住民身分，故本件符合原住民身分法第8條第1項「於本法施行前……『其他原因』喪失或未取得原住民身分者」，原告自得依原住民身分法第8條第2項申請取得原住民身分，嗣後之改姓僅為程序規定，而非實質構成要件規定；另參桃園市平鎮區戶政事務所案例，該轄居民吉○平之母於49年死亡，生前並未取得原住民身分，經查其外祖父戶籍資料有記載平地山胞之原住民身分，吉○平以其外祖父具有平地原住民身分，申請其母取得平地原住民身分後，其再改從母姓取得原住民身分。該戶政事務所於99年8月12日報請釋示，經原民會99年9月1日原民企字第0990042296號函（下稱原民會99年9月1日函）略以：「……依原住民身分法第4條規定，林○花君為原住民所生子女又從具原住民身分之父姓，為依法應具原住民身分之人。林○花君雖因故未能取得原住民身分，依同法第8條第2項規定，吉○平得準用第4條第2項規定，改從母姓取得原住民身分……」是以，該案申請人可依原住民身分法第4條第2項規定辦理改從母姓及原住民身分登記。基此相同法理，基於男女平等原則下，應為相同處理，原告應有取得原住民

身分之資格等語。並聲明請求判決：訴願決定、原處分均撤銷【原處分係指被告103 年3 月25日逕為撤銷登記、被告103 年3 月28日函】。

四、被告抗辯略以：

- (一)原判決撤銷之被告103 年2 月19日函經最高行政法院發回判決及依最高行政法院104 年11月份第1 次庭長法官聯席會議認定非行政處分，僅為催告性質之觀念通知，不得作為撤銷訴訟之訟爭標的；被告以103 年1 月6 日函請原告陳述意見，嗣以103 年2 月19日函請原告於103 年2 月26日前至被告處辦理撤銷登記，逾期未辦理將逕為更正登記，最後再以103 年3 月28日函通知原告業依原住民身分法第12條規定逕為更正登記，被告103 年2 月19日、103 年3 月28日函均有記載教示條款，原告於訴願程序僅爭執103 年2 月19日函，而被告103 年3 月25日逕為撤銷登記僅係被告內部作業程序，不具行政處分效力，原告應以被告103 年3 月28日函為爭訟標的，惟卷查原告起訴狀訴請撤銷之被告103 年3 月28日函未經訴願程序，不可逕為提起撤銷訴訟。
- (二)被告辦理戶政登記時僅為形式審查，倘如本件涉及原住民身分法爭議時，將函請原民會解釋，即被告為事實認定有其範圍限制，非全盤作認定；被告依原民會101 年8 月21日函，於103 年3 月25日依原住民身分法第8 、12條、戶籍法第46條職權逕為撤銷原告原住民身分之更正登記與法無違；原告之父陳添爐於27年死亡，基於身分行為不得代行原則，不得以後人之想法論斷陳添爐有回復母姓之意思，故其子女仍依原住民身分法第4 條為認定，原告未具原住民身分；立法院院會就原住民身分法討論有諸多見解，原告主張僅係其中一種意見，最後立法係政策之選擇，被告僅能遵照原民會解釋辦理。被告上訴最高行政法院期間再次函詢參加人，其作成104 年7 月30日原民綜字第1040042944號函（參見最高行政法院104 年度判字第760 號案件卷第106 頁），另依原民會102 年7 月12日原民企字第1020037322號函略以：「按原住民身分法第4 條規定：『原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分。（第1 項）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。（第2 項）前項父母離婚，或有一方死亡者，對於未成年子女之權利義務，由具有原住民身分之父或母行使或負擔者，其無原住民身分之子女取得原住民身分。』依前開條文規定，原住民身分法就原住民身分認定要件，係以『血統主義兼認同主義』為基本原則，亦即：具完全原住民血統者，即得依個人對其原住民血統之認同意思，申請認定其原住民身分；具不完全原住民血統者，需以從具原住民身分之父或母之姓或原住民族傳統名字，表彰其對原住民血統之認同後，始得申請認定其原住民身分。」

(三)原住民身分法第8條規定，當事人（適格申請人）需業已符合原住民身分法所定各項原住民身分認定實體要件而應具原住民身分者，當事人（適格申請人）及其婚生子女，方有該條之適用可能。惟據被告戶籍資料，原告之父陳添爐係屬原住民與非原住民結婚所生子女，依原住民身分法第2條、同法第4條及原民會101年8月21日函之旨意，其是否得認定具原住民身分，應依原住民身分法第4條第2項規定審認之，原告之父陳添爐未從具原住民身分之母之姓，因而不得取得原住民身分。倘陳添爐生存至今，其可改從母姓表示認同，惟其於27年已死亡，基於身分行為不得代行原則，不得以後人之想法論斷陳添爐有回復母姓之意思，故其子女仍依原住民身分法第4條為認定，原告未具原住民身分；原告之子於102年11月13日向被告申請辦理原告及己身取得原住民身分，因渠等僅提供對其有利之公文書，混淆、誤導被告，致被告對其作出有利之行政處分，恐有使公務人員登載不實之虞，渠等信賴不值得保護；又依原民會就本案及原住民身分法第8條規定作出之函示，原告之父不得認定具原住民身分，是原告亦無從取得原住民身分，故被告當日辦理之戶籍登記，應予撤銷等語，資為抗辯，並聲明請求判決駁回原告之訴。

五、輔助參加人未提出書狀，陳述略以：

(一)原民會100年11月28日函係依原告所提供之戶籍資料所為之解釋，其祖母楊來有依原住民身分法第2條第1款規定具有原住民身分，其父陳添爐則有機會成為原住民，惟該函說明五告知其「逕向戶籍所在地之戶政事務所提出申請；前開各情仍應由該所依職權調查後確認」。嗣基隆市政府收受原告之陳情，基隆市政府函請參加人解釋，該案係針對原住民身分法第2條及第8條適用之問題，楊來有依原住民身分法第2條第1款規定具有原住民身分，惟陳添爐必須依原住民身分法第4條第2項規定判斷是否具有原住民身分，並無第2條適用之餘地，故以原民會101年8月21日函更正前開100年11月28日函之見解。

(二)原住民身分法為解決原住民身分制度舊法令時代之不正義，而非矯正日據時代或光復後從姓之問題，陳添爐縱存活至光復後，亦無法取得原住民身分，倘其存活至今，其可依第4條第2項取得原住民身分。因日據時期政府並未針對原住民身分設計制度，僅依政治上順服與否加以分類，當時生蕃不具有法律上人格，迄至光復後始有原住民身分制度，當時國民政府為了解決山地行政區域人民之生活困境，而設計原住民身分制度提供給付行政。依原住民身分法之立法理由，該法並非處理族群認同問題，而係確認國家給付行政之範圍，族群認同身分制度等問題應尋求立法解決，立法之提案機關為原民會；因陳添爐過世前仍為日據時期，其未有選擇回復

原住民姓氏之機會，並進而影響其子女選擇之權利，惟此係立法者依原住民身分認同之概念而決定構成要件之問題，對於過往無機會取得原住民身分者，倘法律未有修正，原民會即無裁量空間。依原住民身分法第8條第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。」，其適用之前提要件係何謂「依本法之規定應具原住民身分者」？原民會考量過去身分認定標準、法規命令、函釋等，應係指申請人完全符合原住民身分法對於取得原住民身分之構成要件，該條項所適用之對象應限於已合乎原住民身分法規範實體構成要件、已經認定取得原住民身分者，原告所稱之「有機會」取得原住民身分者不在規範之列等語。

六、本件如事實概要欄所載之事實，為兩造所不爭執，復有最高行政法院發回判決、原民會101年8月21日函、原民會102年12月26日函、被告103年2月19日函、被告103年3月28日函、被告103年1月6日函、被告原住民身分及民族別撤銷登記申請書（被告103年3月25日逕為撤銷登記）、原民會100年11月28日函、原告陳述書、訴願決定、原告之父陳添爐、祖父陳金堂暨祖母楊來有等人於日據時期之戶籍資料、原告戶籍資料等附卷可稽（參見本院卷8～15頁、第51～52頁、第53頁、第80～81頁、第94～96頁、第142頁、第144頁、原判決卷第21頁、第26～27頁、第40～43頁、第72～75頁、第102～111頁、第79頁），自堪信為真正。

七、本院之判斷：

（一）本件原告陳明其係對被告所為103年3月25日逕為撤銷登記暨被告103年3月28日函不服，提起本件撤銷訴訟。則以原告既於收受被告103年2月19日函後，業於法定救濟期間，提起訴願，已表明有不服該處分之意旨，雖被告103年2月19日函經最高行政法院核認僅係書面催告，並非行政處分，惟因被告在103年2月19日函後附記教示條款，且合法送達原告，致原告誤以該函文係行政處分，而以之為訴願標的。茲參諸原告真意係對被告所為前揭被告103年3月25日逕為撤銷登記處分不服之意，則原告既於收到被告103年2月19日函後，於法定救濟期間內，提起訴願，應係可認有不服該逕為撤銷登記處分之意，應認原告業已對被告103年3月28日函所為103年3月25日逕為撤銷登記有不服之意；參諸訴願程序亦就被告所為撤銷登記有無違誤乙節予以實質審究，則原告於就被告103年2月19日函部分，遭訴願決定駁回後，循序提起本件撤銷訴訟，雖於原判決經最高行政法院發回審理後，始陳明其本件撤銷訴訟標的之原處分為被告103年3月25日逕為撤銷登記、被告103年3月28日函，惟在程序上應為有利於原告之解釋，是其提起本件撤銷訴訟，乃屬合

法，合先陳明。

(二)次按「(第1項)為認定原住民身分，保障原住民權益，特制定本法。(第2項)本法未規定者，適用其他法律規定。

」「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。」「原住民與非原住民結婚，除第九條另有規定外，原住民身分不喪失，非原住民不取得原住民身分。」「(第1項)原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分。(第2項)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。(第3項)前項父母離婚，或有一方死亡者，對於未成年子女之權利義務，由具有原住民身分之父或母行使或負擔者，其無原住民身分之子女取得原住民身分。」「(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。」「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。」「因戶籍登記錯誤、遺漏或其他原因，誤登記為原住民身分或漏未登記為原住民身分者，當事人戶籍所在地之戶政事務所應於知悉後，書面通知當事人為更正之登記，或由當事人向戶籍所在地之戶政事務所申請查明，並為更正之登記。」「本法自中華民國九十年一月一日施行。」原住民身分法第1條、第2條第1款、第3條、第4條、第8條、第11條第1項、第12條、第13條定有明文。

(三)再按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政策等受益對象之資格，屬於人民之權利、義務事項，是原住民身分之認定及範圍，立法者考量國家資源之有限性，本有立法裁量之空間，應以法律定之，其依中央法規標準法第5條第2款規定而訂定之原住民身分法等規定，基於權力分立之原則，司法機關及行政機關自應予以尊重，作為依法審判及依法行政。是關於原住民身分之認定，既屬「法律保留」事項，基於「依法行政」原則，自應遵循原住民身分法之相關規定。又依原住民身分法草案總說明可知，茲以當時現行之「原住民身分認定標準」(已於90年8月24日廢止)係採父系血統主義，對於原住民女性嫁與非原住民所生子女，規定不能取得原住民身分，顯有違反我國憲法有關男女平等之規定，且未能因應原住民社會之實況，如阿美族與卑

南族之傳統社會結構係母系社會。另根據內政部統計，原住民人口在10年前為33萬人，佔臺灣地區總人口的百分之1.65，而89年2月統計則顯示，原住民總人口數僅成長至40萬2,452人，不到全國總人口的百分之2，原住民人口成長的速度較一般國民為緩慢，除原住民人口的死亡率為一般國民的2倍之問題外，主要原因是「原住民身分認定標準」規定，原住民女子嫁與非原住民男子，或原住民男子入贅非原住民女子，其所生子女不取得原住民身分，及原住民女子之非婚生子女，經非原住民生父認養或撫育者，喪失原住民身分，如此規定，使得應具有原住民身分的人被剝奪他原住民身分。有鑑於此，為延續原住民族命脈，保障原住民身分之安定，及確立原住民權益之認定基礎，建構原住民身分之法律規範，乃草擬「原住民身分法」草案，提供審議等語。參諸廢止前之原住民身分認定標準第2條規定：「本標準所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民。其身分之認定，除本標準另有規定外，依左列規定：一山地原住民：台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為原住民種族者。二平地原住民：台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為原住民種族者，並申請當地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者。」第3條規定：「原住民身分之取得、喪失，依左列規定：一、原住民男子與原住民女子結婚，其所生之子女，取得原住民身分。二原住民女子嫁與非原住民男子，其原住民身分不喪失，其所生子女不取得原住民身分。但母無兄弟，約定從母姓者，取得原住民身分；非原住民女子嫁與原住民男子，不取得原住民身分，其所生子女取得原住民身分。三原住民女子招贅非原住民男子為夫，贅夫不取得原住民身分，其所生子女取得原住民身分；原住民男子入贅非原住民女子，其原住民身分不喪失，其所生子女不取得原住民身分。但約定從父姓者，取得原住民身分。四原住民為非原住民收養者，其原住民身分不喪失；非原住民為原住民收養者，不取得原住民身分。五原住民女子之非婚生子女，取得原住民身分。但經非原住民生父認領或撫育者，喪失原住民身分；非原住民女子之非婚生子女，經原住民生父認領或撫育者，取得原住民身分。」，則以上揭原住民身分認定標準，採父系血統主義，對於原住民女性嫁與非原住民所生子女，依規定不能取得原住民身分，確與我國憲法男女平等原則有違。然現行原住民身分法第4條規定，就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，乃就原住民身分認定要件，採血統主義兼認同主義，核就男女平等原則已予考量，與男女平等原則乙節尚屬無違。至原住民身分法第4條規定，於該條文立法當時，本有諸多爭議，參諸立法院公報

第90卷第5 期會議紀錄，即有多位委員提出不同之提案意見，惟該次審查會結果乃為「保留，送院會討論」。嗣經立法院在野聯盟協商會議之協商結論，而有現行第4 條條文之結論，該協商條文，嗣並經三讀通過，被告予以適用，自無不合。至立法當時即修正前之原住民身分法第8 條規定，乃係以依原住民身分法之規定應具原住民身分者，始有該條文之適用，此應無疑義。

(四)查本件原告之父為陳添爐（業於日據時期昭和13年【即民國27年】1 月2 日死亡），原告祖父即陳添爐之父為陳金堂，原告祖母即陳添爐之母則為楊來有，楊來有於臺灣光復前戶籍資料內註記為「生蕃」，於明治26年3 月10日前設籍於當時桃仔園廳海山堡大料坎街。原告於102 年11月13日委由其子檢附原民會100 年11月28日函等證明文件，主張依原住民身分法第8 條第2 項規定取得原住民身分為由，向被告申請原住民身分登記，經被告依上開原住民100 年11月28日函之說明，審認原告之祖母楊來有為山地原住民（泰雅族），原告之父陳添爐依原住民身分法第2 條第1 款規定，應具山地原住民身分，惟陳添爐於原住民身分法施行前死亡，未及取得原住民身分，原告得依原住民身分法第8 條第2 項規定，申請取得原住民身分，乃以原告為山地原住民（泰雅族）辦竣原住民身分登記。嗣被告查得原民會以101 年8 月21日函更正前揭認定，以原告之父陳添爐為原住民與非原住民所生子女，應適用原住民身分法第4 條第2 項規定認定是否具原住民身分，經查明陳添爐未從具原住民身分之母之姓，依該規定未取得原住民身分，是被告依原住民身分法第12條規定，以被告103 年2 月19日函通知原告於103 年2 月26日前至被告處辦理撤銷原住民身分之更正登記，逾期未辦理，將逕為更正登記；嗣因原告逾期未至被告處辦理，被告乃於103 年3 月25日逕為撤銷登記，並以被告103 年3 月28日函通知原告。原告爭執被告所為撤銷登記處分違法，因而提起本件撤銷訴訟。是本院應審究者乃被告103 年3 月25日逕為撤銷登記，並以被告103 年3 月28日函通知原告，是否適法有據。

(五)原告主張其依原住民身分法第8 條第2 項取得原住民身分，被告以103 年3 月28日函通知於103 年3 月25日逕為撤銷登記，乃屬違法處分云云，然查原住民身分法第8 條規定有關原住民身分法之適用範圍，係為了保障原住民在原住民身分法施行前，因結婚、收養或其他原因，致喪失或未取得原住民身分，始有該條規定之適用。參諸現行亦即97年12月3 日修正之原住民身分法第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。」【該條文於修正前係規定:「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。」】,其修正理由為「一本條第一項做文字上之修正,並增列第二項將當事人之關係予以修正明定。二第二項所謂之當事人,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08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,爰增訂第二項如當事人已死亡,其子女得準用本法第四條第二項及第七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。」,是依上可知,原住民身分法第8條第2項所規定「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」之適用前提,必須該已死亡之當事人依原住民身分法之規定,應具有原住民身分,惟於原住民身分法施行前,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而言,亦即該當事人必須符合原住民身分法規範實體構成要件,已可認定取得原住民身分者,始有回復或取得原住民身分之可言,此係因身分行為不得代行原則而來,核與男女平等原則無涉。茲依卷內相關人員戶籍資料顯示,就本件而言,原告之父陳添爐之母楊來有固為日據時期所載之「生蕃」,然原告之祖父即陳金堂及原告之父陳添爐依據日據時期戶口調查簿種族欄記載為「福」(即福佬人)【參見原判決卷第72、111頁】,乃非屬原住民,是非原住民之原告祖父與原住民之原告祖母2人結婚,彼2人所生之子即原告之父陳添爐乃為原住民與非原住民結婚所生子女,依原住民身分法第2條、第4條意旨,原告之父陳添爐須從具原住民身分之母之姓或原住民傳統名字者,始取得原住民身分。然原告之父陳添爐係於日據時期即昭和13年1月2日死亡(參見原判決卷第110頁),則本件原告之父陳添爐既於原住民身分法施行前即已死亡,其本人並未從具原住民身分之母之姓或原住民傳統名字,是其並未符合上述喪失或未取得原住民身分之事由,故無原住民身分法第8條第1項之適用,則其婚生子女之原告,基於身分行為不得代行原則,亦無從援引原住民身分法第8條第2項規定而得予主張準用原住民身分法第4條第2項之規定;故本件原告之父陳添爐是否得認定具原住

民身分，應依原住民身分法第4 條第2 項之規定審認之，茲依該規定予以審認，陳添爐於日據時期即已死亡，而依其日據時期之戶籍資料顯示，其乃從非原住民身分之父陳金堂之姓（陳姓），無從認具原住民身分，核與原住民身分法第8 條第1 項所定之當事人應具原住民身分之要件不符。則身為陳添爐婚生子女之原告，自無主張可適用原住民身分法第8 條第2 項，準用同法第4 條第2 項規定取得原住民身分，是其此項主張，乃屬誤解前揭規定，礙難憑採。至原告據以援引之原民會99年9 月1 日函所示內容，核其情形與本件情形並不相同，自屬無從比附援引。

(六)次查本件原告之父陳添爐如上所述並未符合原住民身分法第8 條第1 項所定各項原住民身分認定實體要件，故原告無法援引同法第8 條第2 項之規定予以準用同法第4 條第2 項規定，取得原住民身分。則被告核認原告前於102 年11月13日取得山地原住民身分並註記原住民族別，係因原告憑原民會100 年11月28日函之公文書，並隱匿該函業已被原民會101 年8 月21日函「更正」，致被告依原民會100 年11月28日函據以作成原告取得山地原住民身分並註記原住民族別，然因原民會100 年11月28日函業經原民會以101 年8 月21日函更正，且依原住民身分法之規定，依循依法行政之原則，被告103 年3 月25日逕為撤銷登記，並以被告103 年3 月28 日函通知原告，於法並無不合。原告指摘被告所為前揭處分違法云云，核不足採。

(七)復據本件輔助參加人即主管原住民身分與原住民族認定職權之原民會陳明略以，原住民身分法為解決原住民身分制度舊法令時代之不正義，而非矯正日據時代或光復後從姓之問題，陳添爐縱存活至光復後，亦無法取得原住民身分，倘其存活至今，其可依第4條第2項取得原住民身分。日據時期政府並未針對原住民身分設計制度，僅依政治上順服與否加以分類，當時生蕃不具有法律上人格，迄至光復後始有原住民身分制度，當時國民政府為了解決山地行政區域人民之生活困境，而設計原住民身分制度提供給付行政。依原住民身分法之立法理由，該法並非處理族群認同問題，而係確認國家給付行政之範圍，族群認同身分制度等問題應尋求立法解決，立法之提案機關為原民會。而陳添爐過世前仍為日據時期，其未有選擇回復原住民姓氏之機會，並進而影響其子女選擇之權利，惟此係立法者依原住民身分認同之概念而決定構成要件之問題，對於過往無機會取得原住民身分者，倘法律未有修正，參加人即無裁量空間等語，參諸首揭原住民身分法之立法目的及相關規定，並無不合。是本件在現行原住民身分法之規範下，尚無從為有利於原告之解釋。

(八)從而，被告以原告於102 年11月13日取得山地原住民身分並註記原住民族登記，因原告之父陳添爐不得取得原住民身

分，該登記應予撤銷；經被告以103年2月19日函通知原告於103年2月26日前辦理撤銷，惟因原告逾期仍未辦理，乃於103年3月25日逕為撤銷登記，並以被告103年3月28日函通知原告，於法並無違誤，訴願決定就被告103年2月19日函部分，雖認該函係訴願標的並予以維持，惟因該函僅係書面催告觀念通知性質，核非行政處分，已如前述，被告所為實質撤銷前所為登記處分應為103年3月25日逕為撤銷登記，而該登記業經被告以103年3月28日函通知送達原告而生效，是被告所為逕為撤銷登記之結論仍無不合，應予維持。原告猶執前詞，訴請撤銷，為無理由，應予駁回。

(九)本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊防禦方法均與本件判決結果不生影響，故不逐一論述，併此敘明。

八、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 105 年 7 月 7 日

臺北高等行政法院第四庭

審判長法 官 王碧芳

法 官 高愈杰

法 官 陳秀娛

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

三、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第241條之1第1項前段）

四、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第1項但書、第2項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所 需 要 件
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
(二)非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者

，亦得為上訴審訴訟代理人	。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合(一)、(二)之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出(二)所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中 華 民 國 105 年 7 月 7 日
書記官 黃玉鈴