

檔 號：

保存年限：

## 內政部 函

地址：100009臺北市忠孝東路1段7號(警政署)

聯絡人：警務正盧重毓

聯絡電話：自動02-23514781；警用722-6227

傳真電話：02-23952091

電子信箱：ci746156@npa.gov.tw

受文者：司法院大法官書記處

發文日期：中華民國110年3月3日

發文字號：台內警字第1100870519號

速別：普通件

密等及解密條件或保密期限：

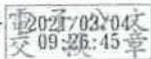
附件：如主旨(110D008466\_110D2004638-01.pdf)

主旨：檢送司法院大法官為審理會台字第12860號王光祿等解釋案爭點題綱本部及警政署說明資料1份，請查照。

說明：依據大院秘書長110年1月25日秘台大二字第1100002895及1100002900號函辦理。

正本：司法院大法官書記處、最高法院(刑事第七庭)、臺灣桃園地方法院(刑事第四庭)、謝孟羽律師(王光祿君、潘志強君之代理人)

副本：本部警政署



裝

訂

線



# 司法院大法官為審理會台字第 12860 號王光祿等解釋案爭點題綱內政部及警政署說明資料

## 一、原住民族狩獵權之肯認與槍枝管制的制度是否符合憲法架構

原住民狩獵權之爭議涉及憲法第 8 條人身自由之保障、第 15 條生存權與工作權之保障，以及憲法增修條文第 10 條第 2 項經濟發展必須顧及環境及生態的兼容並蓄、第 11 項與第 12 項前段原住民族多元文化發展。狩獵（文化）權，應兼具個人權益以及群體權。亦即，倘若在確認此一文化權有其憲法之位階，不僅應從個人基本權之角度出發，更在我國憲法對於原住民族之保障，應有著國家保護義務之存在，甚可論述制度性保障之必要（增修條文參照），導出具備群體權之性質；實踐上，相關規範已然透過立法及行政作為，致力邁向基本國策要求。

我國目前的槍枝管制，以目前法政策而言，係針對「物」與「人」為範圍，前者槍砲彈藥全面管制，後者一般人民一律禁制，即採不開放政策；惟基於保障原住民文化權，例外地允許具有原住民身分者，可以經過申請、許可而得以持有「自製」的獵槍，並施予特別寬鬆的管理措施。

現行槍枝的管制，在立法政策上，從製造、販賣、運輸或持有，均屬現行法律禁止與刑罰對象（刑法第 186 條、槍砲彈藥刀械管制條例第 7、8、12、13 條參照）。相對於比較法制下，如美國，透過憲法明文賦予人民有持槍的基本權，我國憲法並未有相類之規定，並在立法裁量上，基於槍枝犯罪存在重大危險性，所造成的危害極具不可回復性，甚至認

為單純「持有」的抽象危險行為，均應受到禁止與重刑處罰，乃採取刑罰之一般預防功能予以管制，並經大法官肯認有助於重要公益目的之達成(釋字第 669 號解釋參照)，對照槍枝採嚴格管制與開放的國家，我國槍枝犯罪尚得有效抑制，治安環境普獲國內外的肯定，亦即在嚴刑峻法禁止規範下，相關的犯罪受到相當程度的防免，如此本於立法者立法政策之考量，行政與司法部門均應尊重立法者之裁量。

於此同時，在法律一體適用原則(基於平等性原則之適用)，所有國人均當同受規範。然而，基於原住民族在傳統文化所應予確保的權利，無論集體性的文化權、抑或(兼具)個人性的狩獵權，在肯認受到憲法保障之同時，透過特別法律的一定規範，讓原住民族得以持有自製槍枝，如此的立法政策，同樣可以從憲法優惠性差別待遇學理，乃至於實務數據予以正當化的基礎。

先就實務數據以觀，資料均顯示，即便在原住民違反相關刑事規範而與槍枝有關的案件上，對於原住民犯罪而與自製獵槍有關的案件，在數據上呈現的是相對少數的個案。固然，其中因素可能繁多，但在實證上可以得出，自製獵槍在滿足原住民狩獵之餘，被用來犯罪的機會與可能性較低，在犯罪的預防功能，其立法目的與手段間之關聯性，適得證明現存管制手段的適當性，符合維護社會秩序、保障人民生命財產安全之立法宗旨。又本爭議案件乃涉及全般或原住民刑事案件的極端例外狀況，無法以此例外觀察整體管制制度的良窳。

我國向來為槍枝管制之國家，此點不管在槍砲彈藥刀械管制條例制定前後均屬之，差異僅在於以特別法或普通法禁

止，而由於我國憲法規範並無美國憲法中授予人民使用槍械之基本權利，因此人民並無法遽然主張槍枝之使用係基本權利。

而目前原住民槍枝之使用採許可方式，但一般民眾並沒有該權利，實符合憲法之架構。又許可制的意義，倘若從原住民族的角度以觀，似乎可呈現的是透過申請、予以許可，僅在於這項權利必須受到一定的限制。

## 二、最高法院 102 年度台上字第 5093 號刑事判決見解之爭議

最高法院 102 年度台上字第 5093 號刑事判決作出與槍砲彈藥刀械許可及管理辦法不同之見解，在此，值得探究的是，究竟最高法院法官可否直接捨棄法規命令，依據其法律見解作出判決，亦即法官造法；探就問題，則必須依據司法院大法官解釋以及當時的司法院大法官案件審理法之規定為之。

法規命令是否拘束法院，針對於此，陳新民大法官在釋字第 687 號不同意見書所提出之意見，可供本文作為論據，陳大法官稱：「……………依大法官全體審查會第 1153 次會議之見解，指法官只要認為命令如有違憲之虞，逕行排斥不予適用即可。不能依本院釋字第 371 號解釋，提起釋憲。」

此一論點似乎有強調法官只遵守法律的義務，對有違憲之虞之行政命令，根本無庸聲請釋憲，即可拒絕適用，是其優點。然而，為何此對各級法院法官都可發揮其不適用違憲之虞的行政命令之功能，卻不能夠發揮在最高法院層級的法官之上？亦或是最高法院法官亦可逕行拒絕適用該行政命令乎？但以大法官審理案件法第 5 條第 2 項明白語意，顯然不得逕行拒絕適用，而應提請大法官解釋，這種現象即不無矛

盾之處。可惜，大法官於該號解釋未能釐清此一差別<sup>1</sup>。

該號判決，就槍砲彈藥刀械許可及管理辦法，直接認定違反授權明確性捨棄不用，並依據其見解，作出不同之解釋，是有爭議的。依據當時司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項規定：「最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有牴觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。」法律(包括命令)適用有疑義應如同本次的法官聲請大法官解釋才是，因此本判決在程序上有瑕疵。

最高法院本次判決重點如下：

(一) 自製獵槍構造包括「前膛槍」或「後膛槍」(質疑授權明確性)

所謂「自製之獵槍」係指原住民為供作生活工具之用，而自行製造本條例第 4 條具有獵槍性能之可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝而言，所自製之獵槍裝填火藥或子彈之方式，法律既未設有限制，無論「前膛槍」或「後膛槍」均應包括在內。

(二) 自製子彈包括在自製獵槍範圍內(質疑自製概念法律明確性)

最高法院對於自製子彈提出見解認為：「包括該獵槍所適用之『自製子彈』，為本條例第 20 條第 1 項規定之『隱藏性』要件，此乃法律條文與法規體系之當然解釋。」

整體而言，該判決認自製獵槍，自包括前膛槍與後膛槍以及該獵槍所適用之「自製子彈」，未說明子彈與彈藥之差異

---

<sup>1</sup> 參閱陳新民，釋字第六八七號解釋不同意見書，頁 20-21。

性；若允許自製子彈，恐將不合系爭條例第 4 條有關彈藥之規定。本判決將後膛槍連結自製子彈的結果，已非系爭條例所規範範圍，本判決不僅在形式上或實質上均有違法之虞。

### 三、自製獵槍之定義於槍砲彈藥刀械管制條例中並無規定，而係依據第 20 條第 3 項授權訂定之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法中第 2 條規定。而該辦法中自製獵槍並限於為傳統習俗文化，如此，是否有法律明確性與授權明確性的疑義？

傳統習俗文化已然為主管機關所重視，此尚無涉及法律明確性與授權明確性之爭議。

司法院釋字第 443 號解釋理由書中略以：「至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。」於此之下，本來在立法者授權之下，即可以命令對法律加以補充。而在法制中，對於授權命令補充法律規定，立法者向來於法條中指出授權依據與授權之內容，如 109 年 5 月 22 日修正前之槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 3 項規定：「前 2 項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。」但立法者之授權無法對於授權規範之內容作鉅細靡遺的規定，大法官業以多次解釋指出應符合授權明確

性之要求，即「若法律授權以命令為補充規定者，授權之目的、內容及範圍，應具體明確」(釋字第 390、514、522、570 等號解釋)。

但在法律授權文字並非要逐字逐句的充分展現授權內容。司法院釋字第 612 號解釋略以：「法律授權主管機關發布命令為補充規定者，內容須符合立法意旨，且不得逾越母法規定之範圍。其在母法概括授權下所發布者，是否超越法律授權，不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及整體規定之關聯意義為綜合判斷。」

司法院釋字第 765 號解釋理由書中略以：「按立法機關以法律授權行政機關發布命令為補充規定時，其授權之內容、目的、範圍應具體明確，命令之內容並應符合母法授權意旨。至授權之明確程度，固不應拘泥於授權條款本身所用之文字，惟仍須可由法律整體解釋認定，或可依其整體規定所表明之關聯意義為判斷，足以推知立法者有意授權行政機關以命令為補充，始符授權明確性之要求。」而在槍砲彈藥刀械管制條例的解釋上，自不能僅因為立法者無授權針對「自製獵槍」加以定義，遽然認定違憲。

其二、而在我國法制上面來說，母法當中名詞未有定義而必須透過相關辦法補充定義者為數眾多，遍布各種不同的法領域，例如大眾捷運法中並未定義「無障礙運輸服務」，但在大眾運輸工具無障礙設施設置辦法中有其定義。國民體育法中也未定義「公共運動設施」，而必須要在公共運動設施設置及管理辦法中加以定義。

司法院釋字第 407 號解釋理由書中略以：「函釋本身未對人民出版自由增加法律所未規定之限制，與憲法尚

無牴觸。又有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所為釋示，自不能一成不變，應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進。」，亦肯認主管機關基於職權，因執行特定法律，就此抽象概念規定，得為必要之釋示。

就立法學上這是常用的作法，因此槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項並未規定「自製獵槍」之定義，而於依據第 20 條第 3 項授權訂定之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條規定中加以定義，體例不乏見於我國法制，倘屬違憲則將動搖整體法秩序。又司法院釋字第 538 號解釋針對建築業管理規則亦指出：「建築法第 15 條第 2 項規定：「營造業之管理規則，由內政部定之」，概括授權訂定營造業管理規則。此項授權條款雖未就授權之內容與範圍為規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就營造業登記之要件、營造業及其從業人員準則、主管機關之考核管理等事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範（本院釋字第 394 號解釋參照）。」參照該號解釋修正前之槍砲彈藥刀械管制條例 20 條第 3 項規範為：「前 2 項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。」亦可得知，立法者乃有意針對「自製獵槍」、「魚槍」等要件、管理等事項授權行政機關，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範。

槍砲彈藥刀械管制條本身只有出現自製獵槍，但並未對何謂自製獵槍作出定義，該辦法可否就自製獵槍定義與結構作說明，且槍砲彈藥刀械許可及管理辦法為何僅限於前膛槍，吾人須探究當時訂定辦法時限定前膛槍之理由，究竟原住民使用獵槍是制式、非制式或自製，尚有不同看法，以長遠歷

史而言，因供狩獵或自衛槍枝，均屬國外傳入，故而主張原住民自始即使用制式獵槍，從無自製之傳統；但後期因受到槍枝嚴格管制禁止持有，除經合法申准持有自衛槍枝(乙種槍類具有自衛性能之各式獵槍及彈藥)之外，從而仿照而進行自製，世代相傳而延續至今，至少亦有數十年之久，復該條例第 20 條第 3 項授權中央主管機關於 86 年訂定生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法，當時為確認原住民使用槍枝種類，本部警政署派員至 8 個縣市原住民部落實地訪視，發現原住民所使用之槍枝，多是土造製成，除打擊底火方式有所差異外，規格形式大致相同，本部遂於 87 年 6 月 2 日以台(87)內警字第 8770116 號函公布。因此，自製獵槍之定義，當時是查訪原住民各族用槍情形所訂定，符合當時原住民擁有獵槍的情形(多為前膛槍)，且基於維持社會秩序，保障人民生命身體之安全考量，前膛槍危害程度較制式槍枝為輕，以此限定，符合原住民使用情形與治安之需求。

自製獵槍雖限定由原住民持有以供作生活之用，然為達捕殺獵物之目的，自製獵槍仍具一定之殺傷力，故在管制槍枝以確保整體社會治安及人民生命財產安全之考量下，當可預見授權原住民使用之自製獵槍，並非毫無限制。因此，在整體規定之關聯意義下，應可認槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 3 項之「其他應遵行事項」，已包含授權主管機關得就自製獵槍之構造、規格及所使用之填充物等事項，進行合目的性之規範。

在整體規定之關聯意義下，就法律整體解釋時，亦應可推知立法者有意授權主管機關就自製獵槍之構造、規格及所使用之填充物等事項進行規範，以使原住民之自製獵槍能符合狩獵之功效，並兼顧整體社會治安及人民生命財產安全，

進而達成有效管制槍枝之授權目的。

另關於法律授權性之疑問，法規授權明確與否，與法條內容是否明確息息相關。換言之，授權明確性與法律明確性乃一體兩面，法律明確性的解釋，於大法官各號解釋中均指出必須要符合可預見之要求。而司法院釋字第 432 號解釋即指出：「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法制定時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違」。

另就自製之範圍，因本條例第 4 條第 2 項已將槍枝及其主要組成零件列為管制客體，在此狀況下，一般人民應可知悉無法於流通市場取得槍枝之主要組成零件，進而亦應知悉「自製」之範圍至少必然包含槍枝之主要組成零件，包括槍管、槍身、扳機、撞針、槍機。至於如何「自製」，只要所取得者非原受管制之槍枝主要組成零件，在取得後由原住民依規定構造自行加工，皆可認屬「自製」之範疇。

綜上所述，槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條在文字上雖無授權針對「自製獵槍」進行定義，但第 20 條第 3 項既授權針對「其他應遵行事項」加以規定，而「自製獵槍」乃規範之標的，自然應允許其定義規範標的。此一解釋符合大法官所指「由法律整體解釋認定，或可依其整體規定所表明之關聯意義為判斷」之要求。自製係指「成品由自己製造，非購買而得」，故就自製之意涵而言，應為一般人民所得預見。

#### 四、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定將自製獵槍限於

## 前膛槍及準後膛槍是否有違憲法規定

我國不同於美國，為高度槍枝管制之國家，基於治安的要求而管制槍枝，也並非僅有我國，德國、日本等治安良好的國家對於槍枝之管制規範雖有所不同，但皆進行管制。且對於制式武器的全面性管制，乃是各先進國家在處理治安問題上面的首要作法。制式槍枝的管制乃是基於公共秩序之考量，持有制式武器恐造成社會的危害與生命身體的危害，遠大於開放原住民使用自製武器狩獵，本條例限於自製獵槍符合憲法第 23 條但書之意旨。

另自製獵槍並非將獵槍限於不安全、老舊，此前自製獵槍定義限於前膛槍乃基於下述理由：(一)民國 86 年修法，已針對當時原住民族慣用之槍枝進行調查，檢視當初之資料，原住民所使用的均係前膛槍（且均為自製），因此，以此認定相關槍枝的使用，乃至於對於系爭槍枝形態之要求，應當已然反映原住民族之傳統以及需要。(二)此外，回歸槍枝管理之角度，限制在前膛槍，同時有著治安維護的考量。因為，不同於後膛槍，前膛槍之射擊循環較長，需要逐發裝彈，射擊動作較為繁瑣，一方面符合前述，已足夠提供原住民族狩獵之需要，在管制上，不易拿來犯罪，更呈現其對於治安的重要性。

也因此對於「自製獵槍」最初始的定義除符合當時原住民族用槍之現況，亦為兼顧社會治安之需求。雖將其限於前膛槍，但在安全性上亦有考量，因此自製獵槍之定義與時俱進，100 年 11 月 7 日所規定之定義為：「指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之報備地點製造完成；

其結構、性能須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，將填充物射出。其填充物，指可填充於自製獵槍槍管內，遠小於槍管內徑之固體物如玻璃片、彈丸等，供發射之用。」現行之定義則為 103 年 6 月 10 日修訂之內容：「指原住民為傳統習俗文化，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之地點，並依下列規定製造完成，供作生活所用之工具：(一)填充物之射出，須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，或使用口徑為 0.27 英吋以下打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆。(二)填充物，須填充於自製獵槍槍管內發射，小於槍管內徑之玻璃片、鉛質彈丸固體物；其不具制式子彈及其他類似具發射體、彈殼、底火及火藥之定裝彈。(三)槍身總長（含槍管）須 38 英吋（約 96.5 公分）以上。」而上述定義乃本部邀集學者專家之討論，基於低治安危害性但合於狩獵之效能，又安全的要求下所作出之規定，而不符合該規定的非制式獵槍，當在取締之列，因為不無對治安有所影響外，在安全性上也有疑慮。

又此定義下，「傳統習俗文化」並非指原住民傳統製造獵槍之習俗文化，而是將獵槍的使用與狩獵之要求限於合於原住民傳統慣習者。此點亦服膺原住民族基本法與野生動物保育法中，將原住民族的狩獵文化要求必須要符合傳統文化之要求，以避免傳統慣習被恣意的破壞。對此，原住民族基本法第 19 條規定：「原住民得在原住民族地區及經中央原住民族主管機關公告之海域依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。前項海域應由中央原住民族主管機關會商中央目的事業主管機關同意後公告。第一項各款，以傳統文

化、祭儀或自用為限。」野生動物保育法第 21 條之 1 規定：「台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」

再者，自製獵槍雖有既定之定義，但其意涵乃是與制式、改造武器等作區別，而非將其限縮於原住民以非安全之方式自行製造。並且逐年增進的自製獵槍定義，旨在確保安全性與公共利益的衡平。尤研議未來將由國家協助製造安全性之主要組成零件，此觀 109 年 5 月 22 日修正第 20 條第 3 項：「第 1 項之自製獵槍、魚槍之構造、自製獵槍彈藥，及前 2 項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關及國防部定之。」<sup>2</sup>目前主管機關正研擬原住民自製獵槍魚槍許可及管理辦法草案，對自製獵槍之定義將更周延完善，以期達到低治安危害性、高效能及安全無虞之要求。

整體而言，槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定應無憲法上的疑義。

## 五、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定免除刑罰範圍限於「自製獵槍」，未及於空氣槍等是否有違憲疑義，並且倘若不符合該項規範則以刑罰相繩是否有違憲疑義

首先必須要說明的是目前所管制之空氣槍為具有殺傷力

---

<sup>2</sup> 依據 109 年 5 月 22 日修正通過之槍砲彈藥刀械管制條例第 25 條規定，修正通過後之第 20 條第 3 項施行日期由行政院公告之，目前尚未施行。

之空氣槍，一般殺傷力之通用性基準為彈丸單位面積動能達 20 焦耳/平方公分者，此點為各機關<sup>3</sup>與法院均採行之見解<sup>4</sup>，而此一標準並具有深厚之學理根據<sup>5</sup>。本釋憲案桃園地方法院聲請案中，當事人黃嘉華君所持有之空氣槍依據警政署刑事警察局之鑑定單位面積動能達 60.1 焦耳/平方公分者<sup>6</sup>，因此並認定為具有殺傷力。

空氣槍，又稱「冷兵器」(相對於需要火藥擊發的「火器」)，基於下述理由有管制的必要性：其一，由於空氣槍的特性，聲音小，一但射擊，周遭人員無法受到警示，恐會危及同時處於同一場景(域)的其他原住民，甚或登山遊客。

此外，承前所述，由於空氣槍沒有巨響、煙硝與火光，在過去不曾使用於原住民族的祭儀中。究其原因，正因為沒有傳統火器的效果，無法呈現儀式的莊嚴與隆重，尚不符合原住民傳統祭儀之需要，因此向來在關於原住民狩獵工具上也未被各方所討論。而鑒於空氣槍之結構較為精密，一般人無法自製，倘若開放，僅得透過商業行為購入，不僅形成商業行為，甚至可能產生壟斷，如此反倒使得原住民族成為市場機制下的弱勢消費者，進而傷害原住民族傳統文化之傳承。

---

<sup>3</sup> 參見司法院司法院秘書長 81 年 6 月 11 日(81)秘台廳(二)字第 06985 號函、內政部 103 年 9 月 5 日內授警字第 1030302763 號函、財政部遊戲用槍進出口通關查驗要點及經濟部標準檢驗局 106 年 12 月 1 日經標一字第 10610020230 號函附「一般及其他類國家標準技術委員會 106 年第 4、5 次會議紀錄」。

<sup>4</sup> 近期實務建解如最高法院最高法院 107 年台上字第 4867 號刑事判決、109 年台上字第 1565 號刑事判決等。

<sup>5</sup> 孟憲輝/陳全儀/李協昌，空氣槍分級管制可行性之探討，刑事科學第七十九期，參見 <https://www.cib.gov.tw/Science/MagazinePaperAbstract/960>(最後瀏覽日 2021 年 2 月 25 日)；孟憲輝，槍砲殺傷力判定之研究，參見 <https://www.cprc.moi.gov.tw/media/11725/%E5%88%91%E4%BA%8B%E6%94%BF%E7%AD%96%E8%88%87%E7%8A%AF%E7%BD%AA%E7%A0%94%E7%A9%B6%E8%AB%96%E6%96%87%E9%9B%86-22-13-%E5%AD%9F%E6%86%B2%E8%BC%9D-%E6%A7%8D%E5%BD%88%E6%AE%BA%E5%82%B7%E5%8A%9B%E5%88%A4%E5%AE%9A%E6%A8%99%E6%BA%96%E4%B9%8B%E7%A0%94%E7%A9%B6.pdf?mediaDL=true>(最後瀏覽日:2021 年 2 月 25 日)

<sup>6</sup> 刑事警察局 108 年 4 月 15 日刑鑑字第 1080027755 號鑑定書。

又以平等原則適用於自製獵槍與空氣槍的使用與禁止，邏輯上恐有著根本的謬誤。蓋因平等原則之適用（或謂平等權），在於不同基本權主體之間存在有差別待遇，進而以平等原則來加以檢視，等則等之、不等者不等之。惟本案在於同一基本權主體，在使用工具上，被限定於「自製」獵槍，不得持有「空氣槍」，且不論立法目的有其正當性，手段與目的之間的關聯性是否能夠通過檢驗，固可再論，但可否認為在禁止規範中，允許前者、禁止後者，即有平等原則之適用、甚至有違平等原則，但卻無涉不同的基本權主體？這與一般平等原則操作應有之認識，恐有出入（甚或以美國法為例，存在的是「規範不足」或「規範過廣」的爭議）<sup>7</sup>。至多存在著前述比例原則之可能違誤；要否不然，一般管制性規範，限制 A、禁止 B，都必須操作平等原則？而這毋寧是在立法授權下，應當屬於規範者（行政權）所得享有的專業決定空間。

在操作比例原則之前，必須承繼前文，先確認本案涉及的係屬何種「基本權」？面對該基本權之限制，在審查的出發點上，應採取何種審查標準：合理審查、中度審查、嚴格審查。

因此，承前所述，不論是我國憲法本文與增修條文，以及原住民基本法的規定，抑或是學者從法秩序與文化作為探討相關議題的起點<sup>8</sup>，在比較法上對於非憲法明文基本權之論述，亦必須回頭檢視傳統以作為討論、乃至於定位與定性系爭權利之應有認識。

---

<sup>7</sup> 亦可參考 李建良，原住民族狩獵與規範衝突 – 文化、權力、刑法與憲法的四角習題，法律扶助與社會，2019 年 3 月，第 2 期，頁 18，指出平等原則乃在於檢視原住民與非原住民尚同樣以狩獵為生卻受到差別待遇時之適用。

<sup>8</sup> 李建良，原住民族狩獵與規範衝突 – 文化、權力、刑法與憲法的四角習題，法律扶助與社會，2019 年 3 月，第 2 期，頁 3。

面對審查標準的擇定，參考比較法例以及過去大法官解釋，基本上面對所謂的重要的基本權，大法官會以嚴格的審查態度予以檢視，諸如涉及政治性權力，像是參政權，另外包括有關言論自由。一般而言，倘涉及經濟性的規範，比較法上呈現的是偏向合理審查，也就是寬鬆的審查標準。惟仍有處於灰色地帶，並在不同大法官之間，對於究竟應採取何種審查標準，呈現不同的看法。以非憲法明文的健康權為例，釋字 767 號解釋就存在有以主張涉及平等原則而應採取中度審查；有主張此乃重要的基本權而應採取嚴格審查；另有主張由於事涉行政機關專業決定，故應採取尊重機關裁量之合理審查。

同上述，本文且不爭執本案涉及的狩獵權是否屬於憲法所欲保障的基本權，因為在論證非憲法明文基本權，本有其論證上的脈絡，我國固然習慣以憲法第 22 條概括條款來主張非憲法明文的權利應受憲法之保障，惟何者屬之、何者不屬之，在比較法上，強調的是深植於國家傳統之中與內涵於有序自由之概念裡。若此，本文肯認原住民族的狩獵習慣，確實應當屬於其應享有、且應由憲法予以保障的基本權（且不論係屬個人基本權、抑或是文化權等集體性權利），甚至應提供必要的制度性保障（傳統習俗早於國家存立之前）（這其中甚至涉及政府與原住民族之間的關係是否係屬國與國之關係、抑或是存在「條約」關係）。

也正因為肯認此乃原住民族所應享有、且受保障的基本權，立法者對於權利內涵則具有具體形塑的權限。而於本案例中，立法者透過授權，授予主管機關進一步訂定管理規則，本質上應均屬於制度性的建構。

就此，審查標準的擇用，有幾點可以思考。

首先，固然涉及原住民族「重要」的基本權，但因為規範本質是否在於限制基本權，尤其是針對性地限制了基本權核心，其實容有爭議。亦即，系爭規範本身就是限制（限制狩獵行為）？抑或是附帶性的產生了限制效果（限制狩獵工具）<sup>9</sup>？二者所應適用的審查標準應有所不同（即使認為前者應採取嚴格審查；惟，後者或應採取較為寬鬆的審查標準為是）。

對於「狩獵權」，本文亦認為不屬於經濟性或社會性權利（易落入合理審查之對象<sup>10</sup>）。即使焦點聚焦在基本權本身的限制，故認為當然屬於對於重要性基本權之限制而應當採取嚴格審查，除了是否排除前述的基本論點外，也在於嚴格審查是否必然導致現行規定有違憲之實。

即便以我國大法官曾表示過的意見為例，於釋字 490 號解釋曾指出，（固然）內在信仰應受到絕對之保障，惟行為自由等因為涉及他人權益，甚至會影響公共秩序與社會責任，因此僅能受到相對之保障。

尤其在面對一般性的規定根本禁止持有槍枝；甚者，所謂一般性的、屬世性的規定（對於非原住民），甚至課予刑事處罰（此處才有平等原則之適用），以比較法為例，此處其實

---

<sup>9</sup> 相同的提問，亦可參閱 李建良，原住民族狩獵與規範衝突 – 文化、權力、刑法與憲法的四角習題，法律扶助與社會，2019 年 3 月，第 2 期，頁 6。

<sup>10</sup> 林子儀，大法官解釋之整理及評析 – 以憲法及行政法為中心：從大法官解釋論違憲審查與立法形成自由。另可參閱 廖元豪，。相對於經濟性或社會性權利往往存在著立法形成自由，本文以為，對於原住民族文化、乃至於應受憲法保障之非憲法明文之基本權，固然仍猶待立法者具體形塑，但相對於前者之立法裁量自由，狩獵權或文化權在憲法規範下（包括增修條文之規定），甚至有著制度性保障的地位。

即便以比較法為例（美國法），在所調的雙階審查標準下，對於政治性權利之限制、對於少數族群之應有保障（尤其涉及因其弱勢無法於民主程序中獲得權益之確保），美國法確實也傾向採取嚴格審查的態度。See *United States v. Carolene Products Co.*, (1938).

反倒反映出強調著習俗、信仰不得除外於一般性的國家法律<sup>11</sup>，進而符合法律對於特定文化或習俗信仰的中立性之要求<sup>12</sup>。

因此檢視槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定免除刑罰範圍限於「自製獵槍」是否有違憲之虞，就必須嚴格檢視相關立法的目的為何、手段如何，以及彼此間之關聯性又如何？<sup>13</sup>

槍砲彈藥刀械管制條例乃是為維護治安而定，此一立法目的自不待言，並且經過三十餘年的實施，成效卓著，無槍枝管制架構所造成之治安影響，尚無法預估，僅能從美國的經驗當中得知槍枝未管制可能造成的驚人危害。在此之下，立法者於槍砲彈藥刀械管制條例中以刑罰規範，合於最小手段要求。否則整部刑法均有比例原則之問題。而因為採取高度管制以致於對原住民狩獵行為造成之限制，並非本制度原始之意涵，本法自修訂之初，立法者即積極在條文規範中解決原住民使用獵槍之問題，此點於立法資料均可佐證。

槍砲彈藥刀械管制條例因限制人身自由數次成為憲法爭訟之標的，雖大法官針對個別條文於釋字第 471 號解釋、669 號解釋均有所指摘，但對於整體以刑罰方式相繩並無反駁。

司法院釋字第 669 號解釋僅指出，「惟系爭規定所禁止製造、運輸、販賣之客體相對廣泛，一部分殺傷力較低之空氣槍，亦在處罰範圍內。基於預防犯罪之考量，立法機關雖得

---

<sup>11</sup> 李建良，原住民族狩獵與規範衝突 – 文化、權力、刑法與憲法的四角習題，法律扶助與社會，2019 年 3 月，第 2 期，頁 4（強調文化行為之所以受到法律限制，並非出於國家立法刻意為之，而是一體適用到所有人身上（僅在於未將該特定文化行為予以除外化））。

<sup>12</sup> 「文化中立」原則，參閱 前註，頁 6。

<sup>13</sup> 相對於比例原則的具體操作，論者早有主張或應納入「權衡途徑」的憲法解釋方法。廖元豪，司法院大法官「法律違憲解釋」之研究，頁 92。政大法學評論第 63 期，89 年 6 月。就此，面對原住民族狩獵權與文化權之保障，之於一般性的禁止規定，原則與例外之間，不僅應納入對於原住民族不同文化之思考，規範與否以及如何規範，同樣需要充分地權衡。

以特別刑法設置較高之法定刑，但其對構成要件該當者，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，未能具體考量行為人違法行為之惡害程度，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，可能構成顯然過苛之處罰，而無從兼顧實質正義。按不具殺傷力且無危害安全之虞之空氣槍係合法而容易取得之休閒娛樂商品，而改造此類空氣槍，所需零件易於取得，亦無須高度之技術。換言之，對於非屬所謂「一部分殺傷力較低之空氣槍」自仍可規範，而以刑法相繩應無違憲法第 23 條比例原則之要求。

簡言之，不管採取何種審查標準，槍砲彈藥刀械管制條例雖以刑罰相繩於比例原則上之審查應可通過。

## 六、結論

綜上所述：

- (一) 原住民狩獵權利為憲法保障下之基本權，但此一基本權仍應受憲法規制，符合憲法第 23 條意旨。
- (二) 最高法院 102 年度台上字第 5093 號刑事判決於程序上與實質上恐有違誤。
- (三) 我國目前採取槍枝管理的架構，乃服膺憲法之架構，我國憲法並未明文授與人民使用槍械之基本權利。
- (四) 槍砲彈藥刀械管制條例對於自製獵槍定義之授權，可從槍砲彈藥刀械管制條例第 4 條、第 8 條及第 20 條之整體關聯性觀察，此規範合於法律明確性與授權明確性之要求。
- (五) 槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條並未將空氣槍除罪化，不涉憲法平等權之要求，為立法裁量之範圍；而仍維持刑法架

構亦合於憲法比例原則之要求。

- (六) 本部刻正研訂「原住民自製獵槍魚槍許可及管理辦法(草案)」，於草案條文規範，協請國防部提供具安全性之自製獵槍主要組成零件，俾利原住民使用，使槍枝結構能與時俱進，以提升自製獵槍安全，保障原住民狩獵文化之發展。