

鑑定意見書

Awi Mona 蔡志偉

Seediq Tgdaya, Alang Gluban 賽德克族，清流部落  
國立東華大學法律學系副教授

壹、原住民族法的國際發展

環視國際社會的歷史演進脈絡，原住民族一直以來確係排除於國家政治結構以外的被邊緣化群體。隨著原住民族自 1970 年以來積極主動的參與國際人權運動，曾經作為帝國權力與征服手段使用的國際法，確已啟動國際人權典範的轉移與質變<sup>1</sup>。國際原住民族權利運動所造成的影響，不僅呈顯了法律的變革，更表現在產生的力量與緩解殖民化束縛的潛力。謹以幾例說明，美洲人權法院於 2001 年審理 Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua 乙案，確認尼加拉瓜政府依據「美洲人權公約」第 21 條（保護財產權）所負之義務，包括 Awas Tingni 本有土地權利與治理之習慣法所確立的利益<sup>2</sup>。又，Belize 最高法院於其 2007 年的判決，依據原住民族習慣土地權利之法律傳統，且引用其時仍為草案的聯合國原住民族權利宣言，肯認原住民族財產權的確立<sup>3</sup>。再者，國際原住民族權利運動經過 20 多年的努力，聯合國大會在 2007 年 9 月 13 日以第 61/295 號決議文通過「原住民族權利宣言」<sup>4</sup>。此外，美洲國家組織在 2016 年 6 月 15 日，獲得會員國的絕對多數支持，通過「美洲原住民族權利宣言」<sup>5</sup>。

要言之，當代國際法的關懷視野確已深入到原住民族議題，藉由相關國際人權法制的建構，漸次在國內法與國際法層面發展強而可靠的原住民族權利保障架構。當前聯合國和相關區域性國際組織均充分體認，原住民族權利的建立和保障，尤其是在確立原住民族自決權的意涵上，國際社會共識到原住民族權利是國際人權體系的一個重要組成部分，也是法律與正義的正當要求。

尤以，原住民族採以「民族」(peoples) 立場參與國際人權運動，確係超越以國家為中心的傳統國際法模式，這種傳統模式通常排除了在國際社會中值得法

---

<sup>1</sup> International Law Association, Hague Conference, Rights of Indigenous Peoples 1 (2010) (Traditional international law, Eurocentric in origin, has worked to largely ratify the attempts at the cultural, if not physical, eclipse of indigenous peoples.), available at <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1244&StorageFileGuid=07e8e371-4ea0-445e-bca0-9af38fcc7d6e>

<sup>2</sup> Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community. v. Nicaragua, Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 79 (2001), available at [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf)

<sup>3</sup> Aurelio Cal, et al. v. Attorney General of Belize, Supreme Court of Belize (Claims No. 171 and 172 of 2007) (18 Oct 2007) (Mayan land rights), available at <https://www.elaw.org/content/belize-aurelio-cal-et-al-v-attorney-general-belize-supreme-court-belize-claims-no-171-and-172>

<sup>4</sup> U.N.G.A. A/RES/61/295 (Sept. 13, 2007).

<sup>5</sup> American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, AG/RES.2888 (XLVI-O/16) (June 15, 2016), available at [http://cdn7.iitc.org/wp-content/uploads/AG07150E06\\_web.pdf](http://cdn7.iitc.org/wp-content/uploads/AG07150E06_web.pdf)

律和政治關注的其他群體<sup>6</sup>。實則，原住民族在持續「發現」本有的法律傳統(legal traditions)，並致力將過往經驗去殖民化的過程中，愈見其對於國際人權法能反映與促進原住民族文化、規範與價值觀。相對來看，原住民族法的建構，則係體現了國際人權的最良善原則。歸納前述，國際人權法是一個活化的有機體，呈現出動態的規範架構，用以對應原住民族的全球發展與政治現實。要言之，世界正見證著原住民族人權的法理化時刻<sup>7</sup>。

綜整來看，原住民族文化、習慣與價值觀的法律化，確有如下的顯著性。其一，原住民族習慣法(indigenous customary law)的肯認，確對原住民族土地與自然資源權利提供更完整的保障，而原住民族土地及自然資源權利則係攸關原住民族自決、自治與文化存續的核心內容<sup>8</sup>。其二，爰以原住民族內部事務，類如親族關係、部族組織、信仰與禁忌生活以及政治結構，均依循原住民族習慣法之治理。是則，國際人權決策機制納入原住民族習慣法之適用，確係對於原住民族實現實質且有意義的平等與自決至關重要。

## 貳、原住民族法的國內發展

### 一、威權統治時期的臺灣山地行政

中華民國政府作為二戰結束之後，繼受日本殖民政府於臺灣之國家主權，緣其在規劃與實施時稱山地同胞之政策與法規，初期多承襲日治時期之制度，而威權統治當局對臺灣山地區域採取的「山地行政」措施，係將山地區域(原住民族社會)納入國家一元式行政體系統治的連續性過程。從範圍上來看，戰後中華民國政府認為動員戡亂時期應集中人力財力在國共內戰上，不變更行政區劃以維持社會安定。因此，沿襲日治時期的行政區劃，繼續日治時期的蕃地／平地界線。戰後初期，行政長官公署撤廢日治時期對於蕃人(原住民族)所實施的警察統治，「理蕃」相關業務由臺灣省警務處接管，對山地地區採取管制狀態，制定相關入山管制辦法。其後，臺灣省政府認為山胞(原住民族)缺乏現代化與文明的觀念，須透過加強管制入山，以免不法之徒進入山區，影響山地社會安定。

又，臺灣省政府認為山地地區相較於平地地區落後、發展遲緩與社會落後等原因，在於山胞(原住民族)個性純樸保守、知識較低、迷信以及重視現實利益與缺乏理想，安於現狀所導致。是以，政府認應針對山地地區實際狀況施行符合落後社會的特殊施政，視山胞(原住民族)為「生活習慣特殊國民」，促其逐漸達到與平地地區同樣的水準<sup>9</sup>。在此概念下，政府認知原住民族的發展必須有賴

<sup>6</sup> Lillian Aponte Miranda, *Indigenous Peoples as International Lawmakers*, 32 U. PA. J. Int'l L. 203 (2010).

<sup>7</sup> Kristen A. Carpenter and Angela R. Riley, *Indigenous Peoples and the Jurisgenerative Moment in Human Rights*, 102 Calif. L. Rev. 173 (2014).

<sup>8</sup> Siegfried Wiessner, *Indigenous Self-Determination, Culture, and Land: A Reassessment in Light of the 2007 UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in *Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration* 31-63 (Elvira Pulitano ed., 2012).

<sup>9</sup> 我國戰後初期的山胞政策，籠罩在漢族沙文主義的陰影下。臺灣省行政長官公署起初將高砂

於國家，而非原住民族本身的文化價值，因而否認原住民族係具政治上顯著的文化性、組織性的主體，且與一般國民有別。

然而，延續日治時期以來的殖民遺毒，呈現在以國際勞工組織第 107 號「獨立國家內土著及其他部落與半部落人口之保護與融合公約」為指引原則的同化與整合山胞政策。臺灣省政府於 1953 年 12 月 14 日頒訂「促進山地行政建設大綱」，提出山地政策總目標為「山地平地化」，希冀達到目標後，逐步解除山地地區的特殊措施，使山地文化、經濟、財源等面向皆與平地地區趨向一致。建設大綱中亦敘明將按照山地各鄉經濟、文化等條件，分別訂定平地化計畫，並按各鄉進步程度，逐漸撤銷山地行政分區。省政府復於 1963 年研議「臺灣省山地行政改進方案」，以「山地現代化」取代 1953 年提出的「山地平地化」目標，目的在於使山胞（原住民族）及山地地區一般化，提高山胞生活水準，促其儘早與一般社會融合。

臺灣省政府從 1950 年開始推行的山地行政，影響了山地地區與山胞（原住民族）的生活、環境、文化以及社會習慣，山胞（原住民族）社會因國家政策的推行，部落、家族、個人間的關係與土地的聯繫，以及原有土地制度亦隨著政策產生變化。戰後政府對原住民族的歧視是長久以來歷史過程上征服、侵略與邊緣化的結果，伴隨著政府主體的優越感與認為原住民族是「原始」與「次等」的偏見。對於原住民族的歧視有其雙重性的本質：一方面是藉由政策漸次的破壞原住民族維持生活方式的物質與精神條件；另一方面，當原住民族嘗試要參與主體社會時，對其施以排擠與負面歧視性的態度和行為。在戰後一系列山地行政措施及移住政策的強制推行下，國家機器漸次以非原住民族文化與價值觀，取代原住民族本有的法律傳統與文化根源。政府此種貶低原住民族文化及主體性的相關政策與實質作為，對於原住民族權利數十年來造成諸多侵害，例如：侵占原住民保留地興建軍事設施；強制遷村與引入定耕農業，改變原住民族土地生產模式，造成原住民族土地秩序瓦解，損害原住民族集體及個人權利；同化政策的強制實施，原住民族傳統文化與價值觀遭致崩解，壓迫原住民族文化權利的發展，影響至鉅。爰此，戰後威權統治當局對原住民族的治理政策，目的是有效控制原鄉，根本戕害原住民族權利的主體性，顯已違反人性尊嚴之保障，違反自由民主憲政秩序。

## 二、國際人權文書對原住民族權利的內國法影響

早年我國以聯合國常任理事國之地位，共同參與了各項國際人權法律文書的起草與審議，包括「消除一切形式種族歧視公約」、「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」。由於我國自 1971 年 10 月 25 日退出聯合

---

族改稱高山族，並於 1947 年由臺灣省政府民政廳通令改稱「山地山胞」或簡稱「山胞」，宣告嚴禁將「高山族」一詞用於山胞之上，藉此降低山胞之民族性質，僅將其視為經濟上或居住地域上弱勢偏遠之一群國民。請參見：〈臺灣省行政長官公署代電／事由：電知高山族同胞減免稅捐標準希遵辦具報〉，《臺灣省行政長官公署公報》，35 秋：37（1946 年 8 月 12 日），頁 585。〈臺灣省政府民政廳通報／事由：高山族應改稱山地同胞及國大代表勿稱高山族代表請查照〉，《臺灣省政府公報》，36 夏：78（1947 年 6 月 29 日），頁 548。

國，致使除「消除一切形式種族歧視公約」外<sup>10</sup>，國際人權兩公約雖簽署，仍無以依相關規定完成批准及存放。

比較威權統治時期的臺灣山地行政，即便我國早於 1966 年簽署「消除一切形式種族歧視國際公約」、1967 年亦簽署國際人權兩公約，由於秉持中華文化為根基的憲政體制，將臺灣原住民族定位為中華民族之下宗族的一支，僅以生活習慣特殊國民視之，並認為如賦以差異權利將有違憲法平等原則之基本權保障，進而排除前開三項國際人權文書的適用<sup>11</sup>。

為推動並落實原住民族人權保障，行政院於 1996 年成立行政院原住民委員會，俟於 2005 年由總統公布施行《原住民族基本法》，積極與國際原住民族人權與政策接軌<sup>12</sup>。2009 年 3 月 23 日立法院完成兩項國際人權公約的審議與批准，並同時通過《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》（下稱兩公約施行法）<sup>13</sup>，據此完成國際人權兩公約的內國法化，使兩公約毫無保留地成為可被引用且對國內司法、行政及其他機關具拘束力的內國法。復以，「公民與政治權利國際公約」第 40 條規定，公約對有關締約國生效後一年內，國家應提出初次報告。基於公約前開規定要求，並依我國《兩公約施行法》第 6 條課予政府建立人權報告制度，中華民國首次提出初次國家人權報告的國際審查工作，自 2013 年 2 月 25 日開始，歷時 3 日結束，並於 3 月 1 日向國家人權報告代表團提出結論性意見（Concluding Observations）後終告完成。

參以國際獨立專家通過的結論性意見與建議內容，在「兩人權公約在司法上之施行」項下，指出兩人權公約條款之效力低於憲法，且司法判決極少引用兩人權公約<sup>14</sup>。其後，2017 年 1 月 20 日於臺北完成我國政府關於落實國際人權公

---

<sup>10</sup> 我國係於 1966 年 3 月 31 日簽署消除一切形式種族歧視公約；後於 1970 年 11 月 14 日批准，且於同年 12 月 10 日向聯合國存放批准書。

<sup>11</sup> 1948 年 2 月 8 日中華日報社論〈談山地同胞問題〉：不必諱言，儘管名辭如何改變，山地同胞仍是國內少數民族之一，本省山地同胞問題仍是國內少數民族問題之一。怎樣處理國內少數民族問題，是已經有了三民主義的民族主義為最高指導原則，就是國內民族一律平等。在法律之前，在行政措施之下，全國人民底義務與權利是一律平等的，不得有歧視不等的差別，更進一步說，中華民族是一個大洪爐，冶各大小民族於一爐，成為一統一的新的整體，這在中國的歷史上已有明顯的說明。少數民族在文化上生活方式上都遠較先進民族落後，怎麼特別扶助他們，教育他們，使之在文化上，生活方式上，都能逐漸吸收新的特質，逐漸融合，逐漸同化在大中華民族之內，這是各先進民族的責任。我們認為這是處理今日國內少數民族問題兩點基本原則。轉引自顧恒湛（2013 年 10 月），〈主體缺席的書寫—戰後初期「山胞論述」之歷史初探（1945~1955）〉，發表於《2013 年台灣社會研究學會研討會》，台灣社會研究學會，臺北：世新大學。

<sup>12</sup> 行政院於 2003 年 6 月 16 日函請立法院審議「原住民族發展法草案」（其後三讀通過修改為原住民族基本法），敘明「為順應國際社會保障原住民族權利之潮流，並具體呈現憲法增修條文第十條第十一項及第十二項有關保障原住民族各項權益之意旨，爰參酌陳總統簽署之「原住民族與台灣政府新的夥伴關係」、「原住民族政策白皮書」及聯合國「原住民族權利宣言」草案等文件，以原住民族自主發展為原則，並以族群多元共存共榮為目標」。請參見立法院議案文書，院總第一七二二號，政府提案第九二〇七號，中華民國九十二年九月二十日印發。

<sup>13</sup> 「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」係於 2009 年 4 月 22 日總統公布；並自同年 12 月 10 日施行。

<sup>14</sup> 法務部（2013），對中華民國（臺灣）政府落實國際人權公約初次報告之審查—國際獨立專

約第二次報告之審查，國際審查委員會通過的結論性意見與建議中，復於第 12 點提醒，在內國法令與兩公約抵觸的情形下，國內法院是否有權逕認兩公約之優先性，並不明確。爰此，獨立專家審查委員會建議兩公約應視為我國憲法的一部分，且鼓勵政府強化兩公約及其他聯合國核心人權公約在國內適用的過程<sup>15</sup>。此外，兩次國際獨立專家審查所提出的結論性建議，指出我國原住民族權利在落實兩項國際人權公約內容的挑戰可歸納有「確保原住民族對於土地、自然資源以及傳統領域的支配與所有權」、「原住民族文化、語言、傳統規範以及生活方式等權利的維護與延續」、「保障原住民族在有關其經濟與社會發展上決策的參與與受益權」、「原住民族身分權的保障」，以及「原住民族司法權的與司法行政平等的確立」。據此，國際獨立專家審查委員會建議，我國的《原住民族基本法》應予以有效執行，並且修改與《原住民族基本法》有所抵觸的政策和行政措施。

甚且，針對原住民的司法權益相關問題，「2011 年台灣人權報告：兩公約民間社團影子報告」提出如下建議：（一）強化各級法院司法人員、行政部門執法人員、立法部門立法者對於多元文化之尊重。（二）司法院並應提出原住民事務專門法庭之設置規劃，以受過相關族群文化訓練之司法官負責審理原住民所涉及之司法案件等，減少因為文化差異的敏感，造成對原住民族不公平之司法審理結果。（三）在法律制定層面，除了現有的《森林法》及《原住民族基本法》要具體的落實之外，更應該積極推動原住民族自治法。在自治法的立法期間，應廣邀原住民族本身參與此立法過程，讓原住民族可以確實的參與涉及他們自身的決策過程。此外，在非法律層面，屬於多數的漢人必須要尊重與自己不一樣的文化，而不是以本位主義的態度對待屬於少數的原住民族<sup>16</sup>。

### 三、原住民族權利的內國法定性

「人權」，一個對絕大多數的人都再熟悉不過的概念。「原住民族」，一個對於臺灣社會看似熟悉卻又相當陌生的名詞，向來在我國的法制體系中，處於一個相當模糊的位置。1994 年的憲法增修，正式讓充滿殖民教化式的「山胞」名稱走入歷史，取而代之的是作為基本國策關注主體的「原住民」，1997 年進而以「原住民族」的概念，增修進入憲法條文中，象徵原住民族作為國家組成的特殊群體地位。然而，在此之前，開啟臺灣原住民族與外來勢力的接觸，卻必須回溯至 17 世紀的大航海時代下的殖民主義發現原則<sup>17</sup>，特別的是，自此以後的四百多年的

---

家通過的結論性意見與建議，2013 年 3 月 1 日於臺北。載於人權大步走網站

<https://www.humanrights.moj.gov.tw/media/12490/312259531585.pdf?mediaDL=true>

<sup>15</sup> 法務部（2017），對中華民國（臺灣）政府關於落實國際人權公約第二次報告之審查—國際審查委員會通過的結論性意見與建議，2017 年 1 月 20 日於臺北。載於人權大步走網站

<https://www.humanrights.moj.gov.tw/media/12295/3552004141607ed2b9.pdf?mediaDL=true>

<sup>16</sup> 廖福特主編（2012），《2011 年臺灣人權報告：兩公約民間社團影子報告》，頁 247，台北：臺灣人權促進會、兩公約施行監督聯盟。

<https://www.humanrights.moj.gov.tw/media/12490/312259531585.pdf?mediaDL=true>

<sup>17</sup> 有關「殖民主義發現原則」的完整論述，請參見 Robert J. Miller, *The Doctrine of Discovery: The International Law of Colonialism*, *The Indigenous Peoples' Journal of Law, Culture & Resistance*, Volume 5, Issue 1, 35-42 (Mar. 2019).

歷史，「蕃」或「番」（不管是生番、熟番、化番）即成為原住民族的代名詞。這樣的歷史境遇，使得我國原住民族即如世界上其他的原住民族一樣，成為不論是國際法或是內國法在人權發展過程中，始終妾身未明且遭致邊緣化的陌生過客<sup>18</sup>。

這樣的歷史發展，結果導致在古典國際法的演變中，國家對於原住民族及其土地、領土和資源的掠奪與實施「統治」，或對其擁有「主權」，可回溯至羅馬帝國時代傳承下來的這些可怕含義，以及原住民族遭受非人待遇的歷史<sup>19</sup>。正如日本帝國殖民臺灣期間，對於蕃政問題所採之觀點，即係複製了各殖民母國的「發現」立論，確認生蕃「非化外之民」，而是在帝國處分權限之內，不具國際法地位；且自日本帝國取得臺灣以來，生蕃未曾服從帝國，處於對帝國主權叛逆的狀態；帝國對生蕃並未授與臣民籍與權利，其不具法律上人格，而國家對叛逆狀態的生蕃有生殺大權<sup>20</sup>。此種對生蕃的定位方式，是日本在邁入現代國家之際，小心翼翼地將生蕃納入國內法管轄中，以避免將來對生蕃的討伐行動出現法理上的障礙<sup>21</sup>。

當我們在討論「原住民族」的時候，尤其是當國家在定義（位）原住民族的時候，究竟是如何看待與如何確定，即是在內國法下定性原住民族權利所應關注者。回顧臺灣的歷史脈絡，自從 17 世紀初期歐洲人抵臺，迄至今日約莫 400 多年的時間，不同統治主體用以指稱「原住民族」的概念，大抵尚可區分成四個階段：蕃（番）人（1930 年以前）、高砂族（1930-1945）、山胞（戰後-1994）、原住民族（1997 迄今）。對比全球原住民族與現代國家的接觸與互動經驗，可以簡化為，根植於殖民法律思維所創設出來的野蠻人想像。在這樣的法律想像框架中，結合了物種進化論與文化階級的發展論述，以法律技術性的安排，初期以詆毀原住民族文化為開端，繼之以確立統治（殖民）者種族與文化優越性，而總成於污名化原住民族文化的「差異」。總結而言，雖言存在不同統治實體對於原住民族的關係與法律論述，唯一不變的是，每一項論說都是藉由法律作為一項工具，承載著特定政治目的—排除與消除原住民族。

前以述及，1994 年的憲法增修，正式讓充滿殖民教化式的「山胞」名稱走入歷史，取而代之的是作為基本權主體的「原住民」，1997 年進而以「原住民族」的概念增修進入憲法條文，代表的是原住民族運動體現在國家法制中的實踐力量，已然形塑我國民主憲政體制中的原住民族法內涵。然而，一直到現在，原住民族始終與「弱勢族群」的概念牽扯，造成國家多以補貼、扶助、補貼、彌補式的政策規劃，作為保障「原住民權利」的作法，釋字第 719 號所闡釋的《原住民族

<sup>18</sup> Kristen A. Carpenter & Angela R. Riley, *Indigenous Peoples and the Jurisgenerative Moment in Human Rights*, 102 Calif. L. Rev. 173, 181-185 (2014).

<sup>19</sup> Robert A. Williams, Jr., *Savage Anxieties: The Invention of Western Civilization* 179-218 (2012).

<sup>20</sup> 黃唯玲 (2012), 〈日治時期「平地蕃人」的出現及其法律上待遇 (1895-1937)〉, 《臺灣史研究》, 19 卷 2 期, 頁 105-107。進一步的文獻論述, 請參見持地六三郎, 〈持地參事官ノ蕃政問題ニ關スル意見〉, 收於臺灣總督府警務局編, 《理蕃誌稿》(臺北: 南天書局有限公司, 1995), 第一編。

<sup>21</sup> 王泰升 (2011), 〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗: 以關於惡行的制裁為中心〉, 《臺大法學論叢》, 40 卷 1 期, 頁 24。

工作權保障法》，以及長期遭致社會關注的「原住民族升學保障」即為二則適例，卻影響了社會大眾對於原住民族的認知，造成社會錯誤的理解原住民族所具有權利之差異本質，僅係經濟的問題與資源的分配而已，得由積極平權措施（affirmative action）加以介入。

積極平權措施涉及合憲性的審查，尤其關乎「差異」所由生的基準。茲以美國最高法院在積極平權措施案件類型的實務為例，所涉「差異」如係以「種族」為分類基準，將無法免於嚴格審查標準。即如 *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke* 乙案所示，「種族（racial）和族群（ethnic）的任何區別，本質上都是可疑的，因此必須進行最嚴格的司法審查<sup>22</sup>」，美國最高法院並以此為由，認定加州大學戴維斯分校醫學院所定之特別入學計畫違憲。惟以，美國印地安部族（Indian Nation）在美國法的認定上，究係以「種族」為分類，抑或有其他的類屬，確係影響印地安部族法令與權利性質的定性。實則，美國最高法院在 1978 年做成另一件重要判決 *Morton v. Mancari*，涉及聯邦印地安法規明定，聯邦印地安事務局應優先聘任印地安部族成員的優惠性差別待遇條款<sup>23</sup>。該案爭點在於，此項就業優先保障印地安部族成員條款（employment preference for Indians），究否構成以「種族」為分類的差別待遇，而生違憲之嫌疑。儘管法院承認差別待遇所由生之分類有利於具印地安血統者，法院判決則認其所採分類確係建立在聯邦政府承認之印地安部族之政治連結。換言之，美國最高法院在此案件的審理，聚焦在印地安部族所具有之權力主體屬性，係以其與美國聯邦政府間之政治關係為分類要件，而無涉印地安部族成員個人之血統出身<sup>24</sup>。準此，*Morton v. Mancari* 採以印地安部族優惠性差別待遇立法係以政治分類原則證立，即免於被認定係以種族為分類基準而生之平權措施法律所應面對之違憲嚴格審查<sup>25</sup>。

綜整來說，美國法體系中的印地安部族權利，必須置於美國國家建構與印地安部族所存立之特殊政治關係來檢視。美國最高法院前於 1831 年 *Cherokee Nation v. Georgia* 乙案，即闡釋印地安部族係立於美國國家主權內之倚賴性印地安部族（domestic dependent nations），享有印地安部族固有主權（Indian Inherent Sovereignty）。兩者的關係就有如監護人與被監護人的關係，並就此證成美國聯邦政府對於印地安部族負有信託義務<sup>26</sup>。其後，美國聯邦政府於 1871 正式終止與印地安部族簽訂條約的關係，並啟動同化與整合的政策，惟此間之政策未完成，自尼克森總統就任後旋即改弦更張，採以支持印地安部族自治與自決之聯邦政策

---

<sup>22</sup> *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265, 291 (1978) (Powell, J.) (holding that “[r]acial and ethnic distinctions of any sort are inherently suspect and thus call for the most exacting judicial examination”).

<sup>23</sup> *Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535 (1974).

<sup>24</sup> Carole E. Goldberg, *What's Race Got To Do with It?: The Story of Morton v. Mancari*, in *Race Law Stories* 253 (Rachel F. Moran & Devon Wayne Carbado, eds., 2008).

<sup>25</sup> William C. Canby, Jr., *The Concept of Equality in Indian Law*, 85 Wash. L. Rev. 13, 16 (2010).

<sup>26</sup> *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1, 17 (1831) ([Indian nations] may, more correctly, perhaps, be denominated domestic dependent nations. They occupy a territory to which we assert a title independent of their will,.... Meanwhile they are in a state of pupillage. Their relation to the United States resembles that of a ward to his guardian.).

27，並由其後之繼任者續行迄今<sup>28</sup>。準此，聯邦印地安部族法對於印地安部族事務的治理，並非建立在法令不許可或違憲的分類。要言之，聯邦印地安部族法及其所由生之治理措施，係根植於聯邦政府與印地安部族間之特殊政治關係，肯認印地安部族係具特殊地位、本有政治組織與法律體系之獨立政治體<sup>29</sup>。

回到我國原住民族權利在積極平權措施下的討論，一樣從平等原則的檢視出發，石忠山提出肯認差異平等觀下的原住民族特殊群體權利的主張，首應採以正視歷史不正義的態度，積極補償因為歷史錯誤對於原住民族所造成的各種傷害，國家社會才能矯正昔日傷痕並趨向正義。次則，就文化作為人格自由開展的重要資源立論，明認「建立在補償歷史傷害、追求社會轉型、創造機會平等與肯認差異的平等觀，由於否認法律前的形式平等，確實能為共同體生活帶來真正的平等與福祉，惟有藉由特定制度（原住民族群體特殊權利）之創設，一個真正平等的多元民主共和才有可能獲得實現」<sup>30</sup>。準此，確立群體差異權利（group differentiated rights<sup>31</sup>），保障原住民的文化成員身分，近用原住民族文化，即係兼具個人權與群體權性質的特殊權利。

另以正當性備受爭議的原住民升學保障議題，學說與實務多認即係原住民族權利項目中之典型「優惠性差別待遇」<sup>32</sup>。惟以，我國釋憲實務多以平等權模式審查「優惠性差別待遇」之合憲性，採以「恣意之禁止」、「合理」、「必要」或併用「合理」與「必要」兩者等審查標準，審視系爭差別待遇之目的與手段是否違反平等權。陳張培倫則從原住民族權利內涵之發展，以及本土與美國社會相關議題之演進，除卻自由主義下保障個人權利觀點的平等原則，建構以原住民族自決權為基礎的族群發展導向積極賦權行動（affirmative action）<sup>33</sup>理論。前開理論結合國際原住民族權利的論理，提出「多元文化」與「歷史正義」兩項論證，證立

---

27 President Richard Nixon, Special Message to Congress on Indian Affairs, 1 PUB. PAPERS 564 (July 8, 1970).

28 Memorandum No. 215, 74 Fed. Reg. 57,881 (Nov. 5, 2009) (President Barack Obama); Proclamation No. 7500, 66 Fed. Reg. 57,641 (Nov. 12, 2001) (President George W. Bush); Executive Order No. 13,175, 65 Fed. Reg. 67,249 (Nov. 9, 2000) (President Bill Clinton); Memorandum No. 85, 59 Fed. Reg. 22,951 (Apr. 29, 1994) (President Bill Clinton); Executive Order No. 13,084, 63 Fed. Reg. 27,655 (May 14, 1998) (President Bill Clinton); Statement Reaffirming the Government-to-Government Relationship Between the Federal Government and Indian Tribal Governments, 1 Pub. Papers 662 (June 14, 1991) (President George H.W. Bush); Statement on Indian Policy, 1 Pub. Papers 96 (Jan. 24, 1983) (President Ronald Reagan).

29 George Beck, The Fourteenth Amendment as Related to Tribal Indians: Section I, "Subject to the Jurisdiction Thereof" and Section II, "Excluding Indians Not Taxed", 28 Am. Indian Culture & Res. J. 37 (2004).

30 石忠山，〈多元民主共和的平等與差異：原住民族特殊群體權利的若干思考〉，收於許宗力主編，〈追尋社會國—社會正義之理論與制度實踐〉（臺北：國立臺灣大學出版中心，2017年12月），頁165-217。

31 Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture* 165-190 (1989).

32 相關學術研究，如：許育典（2015），〈原住民升學優待制度的合憲性探討〉，《中原財經法學》，34期，頁43-99。另亦如：涂予尹，論多元文化主義下種族優惠性差別待遇的法正當性基礎：以臺灣原住民學生高等教育升學優待措施為中心，元照，2015年3月。

33 affirmative action 乙項概念國內多有不同的譯詞，本文所採為其一，另如釋字第719號所表述「差別待遇」、「積極平權措施」、「優惠性差別待遇」等。

原住民族升學保障非單純的個人權利議題，確係被賦予了集體權利性質，基於培育民族發展人才藉以實踐原住民族自決權之正當性<sup>34</sup>。

再者，就原住民族權利性質的探究，黃居正則以原住民族特殊權利的體系正義出發，指出我國非如大英國協系統國家，「在線型組構的憲政發展模式下，原住民之基本權利（包括有形的財產權與無形的主權意識在內），在與市民主權首次發生衝突之歷史時刻，即已因雙方之「合意」而確立」<sup>35</sup>。然而，我國雖係非線型憲法體制，而有如前述威權統治時期山地行政所倚賴的種族中心主義而強加於原住民族之同化政策與法律工具，據而對原住民族的「本體上的否定」<sup>36</sup>。惟以現代國際法與普世人權基準對於原住民族權利保障的普遍性規範，國家確亦不能無視於多元文化主義與人權法之潮流，必須在面對原住民族與市民之權利衝突時改弦易轍<sup>37</sup>。準此，我國於 2005 年 2 月完成立法並公布施行之《原住民族基本法》，作為我國憲法關於原住民族基本權利所制定的「施行法」，重建了原住民族與中華民國（臺灣）的特殊關係（Special relationship），「這種特殊關係並非對國族內少數族裔或社群的「種族關係」，而是一種平等主權之間的「政治關係」<sup>38</sup>。

綜據前述各項立論，我國法體系中的原住民族權利，絕非單純採以積極平權措施的概念所得理解，亦非僅以平等權的憲法審查所能涵括。即如加拿大卑詩省上訴法院審理 Delgamuukw v. British Columbia 乙案，Lambert 法官闡釋原住民族權利係特殊權利所表述：「我非常確信的是，如以普通法或西方法律思想所由生之「權利」的基本概念進行法學分析，進而欲了解現有普通法及憲法所承認與確認之原住民族權利，實際上是幾乎沒有任何助益的。簡而言之，非僅只原住民族傳統領域權是特殊權利，所有原住民族權利都是特殊權利」<sup>39</sup>。準此，原住民族權利於我國法中的定性，確係特殊權利（sui generis）。

### 參、原住民族歷史正義與轉型正義為基礎的原住民族權利

2016 年 8 月 1 日，蔡英文總統對於過去四百年來，臺灣原住民族承受的苦痛和不公平待遇，代表中華民國政府向原住民族提出道歉。文稿中述及：「我相信，一直到今天，在我們生活周遭裡，還是有一些人認為不需要道歉。而這個，

<sup>34</sup> 陳張培倫（2013），〈族群發展導向積極賦權行動與原住民族〉，《政治與社會哲學評論》，47 期，頁 23-29。

<sup>35</sup> 黃居正，〈憲法解釋與原住民權利〉，收於廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第六輯（臺北：中央研究院法律學研究所籌備處，2009 年 7 月），頁 433。

<sup>36</sup> 同前註，頁 435。

<sup>37</sup> 黃居正（2012），〈原住民法與市民法的衝突—論非線型憲法結構下特殊權利的地位〉，《台灣原住民族研究學報》，2 卷 1 期，頁 29。

<sup>38</sup> 黃居正，前揭註 35，頁 436。

<sup>39</sup> Delgamuukw v. British Columbia (1993), 104 D.L.R. (4th) 470 at 643-44 (B.C.C.A.) (I am satisfied that a jurisprudential analysis of the concepts underlying “rights” in common law or western legal thought is of little or no help in understanding the rights now held by aboriginal peoples and now recognized and affirmed by the common law and by the Constitution. In short, it is not only aboriginal title to land that is sui generis, all aboriginal rights are sui generis.)

就是今天我需要代表政府道歉的最重要原因。把過去的種種不公平視為理所當然，或者，把過去其他族群的苦痛，視為是人類發展的必然結果，這是我們今天站在這裡，企圖要改變和扭轉的第一個觀念」<sup>40</sup>。縱然，在日治時期殖民法律架構下，國家藉由法律的論述，形式合理化侵奪原住民族既存占有土地的事實。然而，即使國家表彰既存占有的成立有其過往的社會基礎，即如以物種進化論之種族中心主義建構原住民族人種未開化之法律意識，並依此意識形態建立法律要件而採行之高權行政等，已為當前保障原住民族人權與多元文化的憲政理念所形構的社會價值與正義觀所完全不能容受<sup>41</sup>。原住民族歷史正義與轉型正義的踐履，當係重構國家與原住民族特殊關係之所必要的法理建構原則。

再以總統道歉文稿所提及：「我們有相當進步的《原住民族基本法》，不過，這部法律，並沒有獲得政府機關的普遍重視」<sup>42</sup>。綜整來說，原住民族權利之落實與開展，實繫於前開內容究無可能翻轉。從原住民族法制的建構過程來看，1997年憲法增修第 10 條，其中第 11 項揭示國家肯定多元文化，第 12 項確認原住民族權利保障的國家責任。實則，從本條文之架構立論，多元文化的憲政價值與國族特徵，非以原住民族權利的保障與實踐無以竟全功。換言之，憲法增修條文揭示保障原住民族傳統文化之國家義務，《原住民族基本法》則係以實現國家所體認之多元文化價值為其目的，就國家與原住民族間規範確係具有基本、指導、優位之法律位階<sup>43</sup>。

然而，實務上常見原住民族權利保障的司法理解，反映在原住民族狩獵文化的規範建構，卻是一個完整的原住民族文化，在現行國家法律中卻必須面臨被分割化與被碎裂化的困境。要言之，原住民族狩獵行為合法性的審查，必須分別符合不同法律規範之要求，包括原住民身分之確認、狩獵工具、狩獵範圍及狩獵對象之適法，乃至於狩獵動物之利用，國家都鉅細靡遺的加以規範。然則，多元文化價值的客觀表現，本係文化態樣的多元尊重，並強調任何族群或政治體都不應僅以自身之外顯基準，評價其他族群或政治體之存在、創造物與文明內涵<sup>44</sup>。此外，一個文化行為卻分解成五個階段進行合法性的審視，不過是以強勢社群所組成之社會向來的功利角度出發，去構築了一個弱化跟控制原住民族的殖民法律結構，合法化國家暴力的過度介入與使用，反致形同曲解、同化、瓦解原住民族文化，致使多元文化的憲法價值無從達成。

在文字記載的歷史上，臺灣原住民族的法律定位，歷經了蕃人、高砂族、山胞到現今的原住民（族），然而藏在這些名字背後的故事，其實是承襲自殖民時

---

<sup>40</sup> 蔡英文總統代表政府向原住民族道歉，2016年8月1日。全文請參見總統府原住民族歷史正義與轉型正義委員會網頁 <https://indigenous-justice.president.gov.tw/Page/16>

<sup>41</sup> 黃居正，前揭註 35，頁 448。

<sup>42</sup> 同註 40。

<sup>43</sup> 參見最高法院 98 年度台上字第 7210 號刑事判決；臺灣嘉義地方法院 103 年度原訴字第 4 號刑事判決；臺灣高等法院臺南分院 104 年度原上訴字第 1 號刑事判決

<sup>44</sup> 黃居正（2010），〈傳統智慧創作與特殊權利——評析「原住民族傳統智慧創作保護條例」〉，《台灣原住民族研究季刊》，3 卷 4 期，頁 18。

期以來之法律思維與論述的野蠻人想像。前文述及，近代國際社會對原住民族的認知，直到 1970 年代才有突破性的發展。其中 José Martínez Cobo 受聯合國人權委員會任命為特別報告員，自 1972 年開始為期 15 年的「歧視原住民問題研究」(Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations)<sup>45</sup>，尤為關鍵。前開研究於 1986 年完成，報告內容涵蓋原住民族在面對主權國家與主流社會的法制體系與政治架構底下所遭遇的迫切問題，諸如原住民(族)定義、健康、語言、住宅、教育、文化、土地、傳統法律，以及司法正義等<sup>46</sup>。原住民族人權運動在聯合國系統的發展，確實助長了臺灣原住民族民間團體在各項國際原住民族人權運動的積極參與，並漸次蓄積成為 1990 年代以來原住民族權利運動的三波能量。

第一波原住民族運動即係 1990 年代的三次還我土地運動，首先在呼應聯合國 Cobo Report 所突顯原住民族面臨之歧視問題，提出「為求生存，還我土地」之訴求；復於 1993 年 12 月 10 日世界人權日，同時也是聯合國所定「國際原住民族年」的尾聲，提出「反侵佔、爭生存、還我土地」的大遊行。在憲法增修的過程中，則是以聯合國經社理事會轄下的人權委員會提出之「原住民族權利宣言草案」<sup>47</sup>為基礎，主張(1)山胞正名為原住民、(2)保障土地權、(3)設立部會級專責機構與(4)原住民自治等四項主張。經由四次憲法增修後，原住民族運動獲致原住民族條款入憲、原住民族集體權利確立，以及完成首部原住民族權利立法—《原住民族教育法》。

第二波原住民族運動則係緣於 2000 年的第一次政黨輪替，民進黨政府提出了包括「原住民族與台灣政府新的夥伴關係」以及「國中有國」、「準國與國關係」等意欲重構國家與原住民族關係之政策論述，並承諾要為原住民族訂定「憲法專章」，將臺灣原住民族的「法政存在」推到最高峰<sup>48</sup>。在這個階段，原住民族運動最重要的成果，當係《原住民族基本法》之立法完成，並啟動一系列原住民族法律基礎建設工程。

第三波原住民族運動係自 2016 年 8 月 1 日蔡英文總統代表政府向原住民族道歉啟動，強調應以原住民族歷史正義與轉型正義為基礎，證立原住民族權利。實則，原住民族歷史正義與轉型正義涉及跨政權、跨世代、跨政黨，原住民族一方面同一般社會經歷威權統治時期，另一方面，卻有著他族群未曾經歷過遭致主權國家認定之不具法人格時期。此兩面向著眼之法律成因、效果及救濟各有調查及論理之差異，若未經縝密規劃，在處理原住民族同受威權統治所提之轉型正義訴求，恐將一般化原住民族訴求之疑慮；另以，在調查原住民族歷史正義面

<sup>45</sup> Resolution B (XXIV) of 10 August 1971

<sup>46</sup> José Martínez Cobo, Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations, UN Document No. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.

<sup>47</sup> Commission on Human Rights resolution 1995/24 of 3 March 1995; Economic and Social Council resolution 1995/31 of 25 July 1995.

<sup>48</sup> 孫大川(2008)，〈被綁架的主體？—臺灣原住民族法政存在的發展〉，《新活水》，20 期，頁 52。

向之訴求，恐有片段化、碎裂化歷史縱深、政權移轉與繼受不正義之風險。

「世界人權宣言」揭示人人生而自由，不分種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他見解、國籍或社會出身、財產、初生或其他身分等任何區別，在尊嚴與權利上一律平等的基本價值。正義的追求與實現，究其目的言，本係糾正過去以國家為名所造就之惡，重新賦權予受害者個人及團體之人性尊嚴。國際間關注原住民族歷史正義與轉型正義在原住民族權利之論述，自 1957 國際勞工組織「第 107 號公約」開始，進入制度化的形成過程，接續有「消除一切形式種族歧視公約」、「公民與政治權利國際公約」、「經濟社會文化權利國際公約」等之挹注，之後更有 1989 年國際勞工組織「第 169 號公約」與 2007 年聯合國「原住民族權利宣言」作為當代原住民族權利的基石。聯合國「原住民族權利宣言」申明「凡是基於或源於民族出身或種族、宗教、族裔或文化差異，鼓吹民族或個人優越的學說、政策和做法，都是種族主義的，科學上是謬誤的，法律上是無效的，道德上應受到譴責，且從社會角度來說是不公正的」，並關注「關注原住民族在歷史上因殖民統治和自己土地、領土和資源被剝奪等原因，受到不公正的對待，致使他們尤其無法按自己的需要和利益行使其發展權」。

前開國際法律文書一以破除過往國家否定原住民族法人格之法律謬誤想像（legal fiction），續以強調原住民族權利之保障，非以歷史正義與轉型正義之回復作為立論起始，將無以竟全功。是以，以原住民族歷史正義與轉型正義為基礎的原住民族權利，重點即在於回復與確立原住民族之特殊法主體地位，免於遭致國家之侵權與剝奪。

茲以原住民學子在國家教育體制中之發展為例，不論是官方的政策評估，抑或是學術上的研究顯示，多聚焦在學習成就上的困境，如學習自信不足、課業適應不良，經濟支持不足、就學缺乏安定感。反思當前原住民族多有受國家政策與社會結構認定為「弱勢族群」，而此間所據以認定之基準，多係按強勢社群所構建之政策指標。然則，過於強調現時客觀面之表徵，反有忽略結構所由生之政策，實係僵化與固著原住民族位處社會結構劣勢之結果，進而造成原住民族時須面對強勢社群所提「責備受害者」（blame the victims）之困境。換言之，雖有採以因文化差異與經濟弱勢而遭遇的不利競爭處境，惟仍缺乏採以原住民族作為教育主體之觀點加以理解。申言之，2000 年以前的發展，主要係自「國家發展政策」角度，分析原住民族-非原住民族發展落差如何形成，強調政策規劃與社會福利及安全體系建構。不過，卻係以「國家中心」觀點來檢視原住民族-非原住民族發展差距，其立論不免有扭曲國家意願、誇大國家能力、以及落於同化與整合之盲點。現行教育體制係建立在西方知識論的教育系統，在國家教育政策享有絕對的優勢與主導地位。相較於原住民族知識論與教授範式，兩者之間的權力差異是明顯的傾向國家中心主義的，原住民族教育在此劣勢的結構下，教授真正的文化理解、相互尊重和社會正義就成為一個極大的挑戰。縱使在社會的組成已然呈現社群與文化多元，多數強勢社群成員對於多元文化的立場，僅在不挑戰或破壞既有教育體制，且能夠被納入強勢社群所遵循之知識論與教授範式的範圍內，進行有

限度的接受。

有鑑於此，《原住民族教育法》於 108 年 6 月 19 日完成全文修正並公布施行。該法第 2 條第 2 項即載明「政府應本於多元、平等、自主、尊重之原則，推動原住民族教育，並優先考量原住民族歷史正義及轉型正義之需求」。復於同條文第 3 項確認「原住民為原住民族教育之主體，原住民個人及原住民族集體之教育權利應予以保障」。除此之外，促進轉型正義條例前於推動立法過程中，多有遭致學術界、原住民族社群及一般社會輿論批判的情形，認其未納入原住民族轉型正義之需求。惟參以前揭條例第 1 條立法理由亦敘明，「威權統治時期之受害者，原不分族群，且處理轉型正義亦有促進族群和解之積極目的。故威權統治時期之原住民受害者，其名譽回復及賠償等相關事宜，自亦應依本條例處理。惟對於原住民之不義問題，仍有更多制度性、結構性之面向與範圍；其相關事宜如何處理，宜由原住民相關法令通盤檢討、規劃」。由此觀之，在立法策略上，我國確係將原住民族歷史正義與轉型正義採以專法來行規劃。

復以原住民族委員會出席立法院第 9 屆第 1 會期由立法院司法及法制委員會所辦理之「原住民族促進轉型正義」公聽會提交之書面報告來看，敘及：「尤其是原住民族基本法制定後，明確建立國家回復原住民族權利具體方向，更指出國家應負擔之責任與義務範圍。故國家對於原住民族轉型正義工作，應在強化落實原住民族基本法，並具體規範後續之整體推動藍圖。若依附於促進轉型正義條例草案架構，需透過「制定專法」、「設置機關」、「進行調查」、「發布報告」、「制定、修正及廢止相關法規或政策」等程序，始能落實原住民族轉型正義工作。正如大院委員多次修正原住民族基本法，強化保障原住民族土地權利之同意權條文，亦有與時俱進要求原住民族部落法制化之公法人條文，足見大院委員亦本諸原住民族轉型正義之理念，逕予檢討更新現行法制，雖無轉型正義之名，而有轉型正義之實」<sup>49</sup>。然而，就現實面而言，行政院<sup>50</sup>及上開原住民族委員會所陳，均強調推動《原住民族基本法》就可以充分實現原住民族的轉型正義，但《原住民族基本法》推動至今已逾 15 年之久，該法原本要求 3 年以內完成相關法令增修、廢止或是做其他政策上的調整，而《原住民族基本法》所確立的權利內容，包括原住民族傳統領域土地及海域的回復、原住民族自治組織之籌建、自然資源之共管與事前告知同意權、原住民族傳統知識之回溯性保護，類此種種原住民族基本權利的保障，仍係處於未見具體落實之窘境。

類同的狀況，亦見於我國在完成國際人權兩公約內國法化後的行政、立法與司法對於原住民族權利的實踐。立法院於 2009 年 3 月 31 日完成《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》三讀程序，復經總統於同

<sup>49</sup> 原住民族委員會書面報告，「原住民族促進轉型正義」公聽會報告，立法院司法及法制委員會，立法院第 9 屆第 1 會期，2016 年 7 月。

<sup>50</sup> 行政院新聞稿，政院：原住民族歷史正義與轉型正義推動 已有實質進展，2017 年 8 月 1 日。載於行政院網站 <https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/2961dc54-dc83-4674-8e99-fd59125cd304>

年 4 月 22 日公布，行政院並將兩公約施行法定自 98 年 12 月 10 日施行。其後，則由法務部帶領行政部門推動「人權大步走計畫」；另外，依《兩公約施行法》第 8 條規定，各級政府機關所主管之法令及行政措施如有不符兩公約者，應於施行後 2 年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施的改進。法務部也自 2009 年起函請各級政府機關積極檢討，並建立「法規是否符合兩公約規定複審機制」，積極推動各機關法令檢討事宜。值得玩味的是，在法務部所統計之 263 則違反公政公約及經社文公約未修正之「法律案」、「命令案」及「行政措施案」的項目中<sup>51</sup>，沒有任何一件是屬於原住民族委員會所主管法令或行政措施，亦未見有與原住民族權利有關之法令列舉其中。然而，2013 年 3 月 1 日由國際獨立專家對我國落實國際人權公約初次報告之審查所提出的結論性意見與建議中，則剴切地指出《原住民族基本法》落實憲法肯定多元文化的精神未整體在各項法律層面實現，該法之許多規定亦未完全實施<sup>52</sup>。其中，包括與本件所列鑑定事項有關之《野生動物保育法》及《槍砲彈藥刀械管制條例》，除未完成符應《原住民族基本法》原則之修正外，亦未按國際人權兩公約立法意旨、內容及兩公約人權事務委員會之解釋，包括「確保原住民族對於土地、自然資源以及傳統領域的支配與所有權」、「原住民族文化、語言、傳統規範以及生活方式等權利的維護與延續」、「保障原住民族在有關其經濟與社會發展上決策的參與與受益權」，完成相關法令之修正。

綜據前述，原住民族權利之證立，確係應以原住民族歷史正義與轉型正義為基礎，提供一個全面性的價值重建及權利回復，也就是以現在的正義觀來扭轉過去的時空，藉此重新評價該時空中所確立的價值與秩序，在這樣的過程中來糾正過去之惡。尤其，藉此來調整市民社會對原住民族的看法，以重建一個多元、共榮的新共和體。

## 肆、鑑定事項

本件鑑定事件涉及原住民族狩獵文化權的確認，要言之，現行臺灣原住民族法體系係建構在以聯合國「原住民族權利宣言」為基準，「憲法增修條文原住民族條款」輔以「國際人權公約文書及其施行法」，以及《原住民族基本法》三者所構築而成之原住民族基本權利架構。再則，《原住民族基本法》之三項基石在於：1) 原住民族自決、自主、和自治。2) 確保原住民族土地、傳統領域和自然資源。3) 保障原住民族有效的實質參與。亦即，現行《原住民族基本法》所規範之原住民族權利以自決權為核心權力，強調原住民族土地、傳統領域以及自然資源權利等的確立，並係以建構原住民族傳統知識、文化習俗、法律體系為其目標，透過原住民族的集體同意權與有效參與作為實踐手段。

<sup>51</sup> 法務部（2013），《兩公約檢討清冊》。載於人權大步走計畫網站

<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=32908&CtUnit=12347&BaseDSD=7&mp=200>

<sup>52</sup> 法務部（2013），《對中華民國（臺灣）政府落實國際人權公約初次報告之審查，國際獨立專家通過的結論性意見與建議》。載於人權大步走計畫網站

<http://www.humanrights.moj.gov.tw/public/Attachment/312259531585.pdf>

參以本鑑定意見前所提出的說明，原住民族狩獵文化確係受聯合國「原住民族權利宣言」、「國際人權公約文書」、習慣國際法，以及我國「憲法增修條文原住民族條款」與《原住民族基本法》所保障的原住民族基本權利。國家負有法律義務肯認並確保原住民族狩獵文化及其所依循之原住民族習慣法。

## 一、原住民（族）（狩獵）文化權部分

### 1. 我國憲法是否保障原住民（族）（狩獵）文化權？

原住民族狩獵文化權雖未明文列舉於憲法基本權利之清單，惟就大法官前所證立之解釋意旨，人民自由與權利，「基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整<sup>53</sup>」、「自主決定攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護<sup>54</sup>」、「公共利益之重大事項<sup>55</sup>」，不妨害社會秩序公共利益者，應受憲法第 22 條之保障。

從前文所闡釋的國內外原住民族法之發展來看，當我們在討論「原住民族」的時候，尤其是當國家在定義（位）原住民族的時候，究竟是如何看待與如何確定，即是本項意見所關注者。晚近，國內在討論原住民族議題時，不論是實務、學術領域，或是民間活動，多強調原住民族的文化顯著性。然而，此間所指稱的「文化顯著性」，從歷史的進程言，卻是經歷過文化詆毀、文化貶抑、文化的「異質」、文化的中立等。甚且，此等進程重要的是均有其政治性議程的安排與配合，進而以外力促成此間的轉化。也就是說，與其將「原住民族」之定義以「文化顯著性」作為對外的表徵象徵，毋寧本是法律與政治運作下的產物。

茲以聯合國防止歧視與保護少數附屬委員會特別報告員 José Martinez Cobo 藉由理解原住民族過往被侵略與被殖民的歷史為研究發端，進而對於「原住民族」的概念提出下列的闡釋：「原住民族社群（communities）、部族（peoples）與民族（nations）係指在被侵略和殖民地化以前於其領域上發展的社會，而目前在該領域中不同於支配的社會或其一部分的其他階層者。他們在現時點上未居於統治階層，但有其固有文化模式、社會制度及法律體系，並依此做為民族存在的基礎，且決意保全、發展其祖先的領域及種族認同，並將其傳承給將來的世代者」<sup>56</sup>。申言之，「原住民族」的概念具有歷史面向，

<sup>53</sup> 釋字第 585、603 號解釋

<sup>54</sup> 釋字第 748 號解釋

<sup>55</sup> 釋字第 753、785 號解釋

<sup>56</sup> 李明峻、許介麟（2000），〈國際法與原住民族的權利〉，《政治科學論叢》，12 期，頁 162。原文為 Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies ..., consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories ... They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems. 請參見 E/CN4/Sub2/1986/7/Add.4 (1986).

因此強調與前侵略 (pre-invasion) 和前殖民 (pre-colonial) 社會的歷史延續 (historical continuity)；其次，「原住民族」文化獨特性，因此得以和社會上其他具支配權利關係的社群形成差異；再者，從政治經濟的角度而言，「原住民族」由於前揭二項特徵，導致成為國家社會結構中，未居於統治階層的被支配社群 (non-dominant sectors of society)；此外，「原住民族」概念的理解，特別強調集體性與主體性的建立，顯現在其特殊的世界觀 (worldview) 與社群認同 (ethnic identity)，並受到原住民族多元的集體文化系統所規範，在傳遞原住民族傳統文化與世界觀的同時，同時伴隨著保護文化完整性之義務。此外，Erica-Irene A. Daes 亦從集體權的觀點，在其有關「原住民族及其與土地之關係」的研究報告中，對於原住民族權利的內涵作了如下的歸納：(1) 原住民族與其土地、領域、以及自然資源有著深厚密切的關係。(2) 這種關係具有社會、文化、心靈、經濟、以及政治面向。(3) 這些關係具有重要的集體意義。(4) 這些關係的世代傳遞攸關著原住民族的認同、生存、以及文化命脈<sup>57</sup>。

再以我國司法實務的觀點相比較，最高法院 98 年台上字第 7210 號刑事判決指出：「原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利」。此項判決意旨，對應於《原住民族基本法》第 20 條第 1 項「政府承認原住民族土地及自然資源權利」，確認原住民族土地權利（包括原住民族傳統領域土地及原住民保留地）係指原住民族對其占有、使用、支配與管理等土地所生之權利態樣，不論此一權利態樣是部族共有、群體所有或個人獨有，只要此一原住民族對其土地所生的各項權利，係源自渠等共同遵守與持續傳承之傳統法律與文化慣習的規範體系，均應受到我國憲法的合法承認。

再則，從原住民族與其傳統領域及自然資源之神聖關連上，《原住民族基本法》第 11 條的立法理由亦明認：「原住民族居住區域之固有地理名稱，蘊含原住民族之集體記憶，惟現行標準地名多未採用，致阻礙原住民族傳統歷史文化之傳承，實有回復原住民族部落及山川傳統名稱，維護臺灣本土文化之需要」。甚且，《原住民族基本法》第 13 條的立法理由確立：「原住民族傳統領域有豐富之自然資源，原住民各族均發展出豐富之傳統生物多樣性知識，以及與生態共生之智慧，對於臺灣永續發展工程，將有所助益，爰明定應針對上開知識予以保護。參酌聯合國生物多樣性公約第八條 J 款尊重、維持原住民生物多樣性知識、作法之精神，及二十一世紀議程第二十六章反

---

<sup>57</sup> UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Indigenous peoples and their relationship to land: Final working paper prepared by the Special Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, 11 June 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/21, available at: <https://www.refworld.org/docid/3d5a2cd0.html> [accessed 22 February 2021]

映原住民族自然資源管理維護知識及作法之意旨定之」。由此申言之，本條所指涉的傳統生態知識，非僅係一般抽象性的規定，而應視為具有實體權利內容之效力，據以充實《原住民族基本法》有關政府承認原住民族土地與自然資源權利的內容。

承前說明，原住民族狩獵文化作為渠等與土地神聖關係之連結方式之一，原住民族狩獵文化係土地與自然資源權利涵括之態樣，建立在以「傳統語言」、「傳統知識」與「生態永續」形塑原住民族世界觀的三項核心價值。是以，原住民族狩獵文化應置於原住民族與土地及所有生命有機體的關係來理解，係原住民族社會存在的核心，並係表彰原住民族人性尊嚴與主體性、攸關原住民族部族成員人格健全發展，確為憲法增修條文第 10 條第 11、12 項對原住民族文化權之保障，屬公共利益之重大事項。準此，原住民（族）（狩獵）文化權當係我國憲法保障之基本權利。

2. 上述權利之憲法依據、理論基礎、內涵及範圍為何？其性質屬於個人權或群體權或二者兼具？

從《原住民族基本法》所構建之權利體系析論，原住民族狩獵涉及經濟生產、傳統知識實踐、文化成果表達、祭儀信仰禁忌等，係由社群（community）、部落（tribe）或民族（nation）成員所共同創造維繫、歷經世代傳承的文化表現，基本上循三種脈絡發展與建構其文化本體內涵，其一為「社會脈絡」，如婚姻家庭和親屬、社會階層和領導、交換與經濟；其二是「生態脈絡」，如環境、生存與技術、居住地點；其三則係「展演脈絡」，如表演、功能與傳承。換言之，原住民族狩獵本係結合前述三構面所形成之全貌式的文化本體，並能表現在原住民族與土地及所有生命有機體的神聖連結關係，亦係呈顯原住民族（狩獵文化）權利立基在身分與文化認同的本質。申言之，在原住民族習慣法之規範下，原住民族文化的保有者與實踐者，可以是單一個人、單一家族、跨部落或整體社群，而對於文化的分享與傳遞，係受到原住民族多元複雜的集體文化系統（習慣法，如賽德克族之 Gaya）所規範，在傳遞原住民族文化與知識的同時，同時伴隨著保護部落文化完整性之義務。

前開所指蘊含身分與文化認同的原住民族權利，亦可對應公民權利與政治權利國際公約人權事務委員會所示「第 23 號一般性意見書」之說明：「9. 這些權利的保障，係以確保有關少數社群文化、信仰和社會身分認同之生存與永續發展為導向。因此，此項權利的保障能夠豐富整體社會的多元。委員會評述認為這些權利必須以這樣的方式來保障，且不該和公約中其他授予個人權利混淆<sup>58</sup>」。換言之，原住民族權利在公約的保障機制，係立基在以「社

---

<sup>58</sup> UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities), 8 April 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, available at: <https://www.refworld.org/docid/453883fc0.html> [accessed 22 February 2021] ([T]he protection of these rights is directed towards ensuring the survival and continued development of the cultural, religious and social identity of the minorities concerned, thus enriching the fabric of society as a whole.

群文化、信仰和社會身分認同之生存與永續發展為導向」的論證，始能獲致合法區別化之正當性。

復以原住民族傳統智慧創作之法律與文化實務做比較說明，傳統智慧創作係以促進原住民族文化發展為目標，也證立了傳統智慧創作專用權人係以社群（部落、原住民族或全體原住民族）為權利主體之總有型態。換言之，智慧創作專用權之行使，應以特定民族、部落或全部原住民族名義，而其成員就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，亦得享有使用收益之權利<sup>59</sup>。相對來說，不具該社群（部落、原住民族或全體原住民族）成員之身分者，即不具行使權利的法律基礎。

既然我們每個人都倚賴著文化社群成員的身分，促成社群認同的形塑與發展，那麼文化權本即應保障身分認同形塑，以及文化主體完整性與維續的必要條件，亦係從狩獵文化作為原住民個體成員與社群連結臍帶所體現出來的實質權利意涵<sup>60</sup>。爰此，原住民族（族）（狩獵）文化權所由建構之理論，不論係採肯認差異平等觀下的原住民族特殊群體權利的主張，或係作為乙項以原住民族自決權為基礎的族群發展導向積極賦權行動，均可獲得證立。保障原住民的文化成員身分，近用原住民族文化，即係兼具個人權與群體權性質的特殊權利。

綜據前述各項要旨，原住民（族）（狩獵）文化權雖未明文列舉於憲法基本權利之清單，惟就原住民族狩獵文化應置於原住民族與土地及所有生命有機體的關係來理解，咸認係原住民族社會存在的核心，並係表彰原住民族人性尊嚴與主體性、攸關原住民族部族成員人格健全發展<sup>61</sup>，確為憲法增修

---

Accordingly, the Committee observes that these rights must be protected as such and should not be confused with other personal rights conferred on one and all under the Covenant.)

<sup>59</sup> 「原住民族傳統智慧創作保護條例」第 10 條：智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使前項之權利。（第 3 項）原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，得使用收益，不受前項及第十四條規定之限制。（第 4 項）

<sup>60</sup> 與此相呼應者，則是由經濟社會文化權利公約委員會於 2009 年通過之「第 21 號一般性意見」，闡明經社文公約第 15 條「人人有權參加文化生活」的意旨：36. 締約國應採取措施，保證在行使參加文化生活的權利時充分顧及文化生活價值觀，這種價值觀可能有強烈的族群性，或者說，只有原住民族作為一個群體才能表現和享受。原住民族文化生活的強烈的族群性對於其生存、福祉和充分發展是不可或缺的，並且包括對於其歷來擁有、佔有或以其他方式使用或獲得的土地、領土和資源的權利。原住民族與其祖先的土地及其與大自然的關係相連的文化價值觀和權利應予尊重和保護，以防止其獨特的生活方式受到侵蝕，包括喪失維生方式、自然資源，乃至最終的文化認同。因此，締約國必須採取措施，確認和保護原住民族擁有、開發、控制和其公有土地、領土和資源的權利，並且，如果未經他們的自由和知情同意而被以其他方式居住或使用，則應採取步驟歸還這些土地和領土。

<sup>61</sup> 李惠宗（2001），〈吳鳳殺身成仁的「故事」〉，《月旦法學雜誌》，70 期，頁 44-45。有關集體人格權是否存在，李惠宗認為個人除了個體的存在外，在性質（如種族、宗教信念、政治理念）相同團體中，也有著人格權的問題。基於屬於此一團體中的一員，對於團體之總體榮譽亦有其關聯，故此團體中一員，對於團體的負面評價亦有主觀公權利以維護其人格。依此論理，李惠宗以台灣早期教科書中吳鳳的故事，說明原住民得以集體人格權受有侵害，主張教科書應刪除前指內容。

條文第 10 條第 11、12 項對原住民族文化權之保障，參以大法官前所證立之解釋意旨，屬公共利益之重大事項，且不妨害社會秩序公共利益，應受憲法第 22 條之保障。另以，原住民族權利在憲法上之保障，李建良認應得以動態式或規範式的憲法變遷，勾勒出具集體性的原住民族權利。又，基本權利的源起、發展與實踐，與所處之社會情境、需求有關，基本權利的類型與內涵會隨社會變遷有所增易，而不宜固守憲法條文的字義。甚且，集體權已是國際人權之一環，在比較法上亦有其例。具有「集體權」性質的原住民族基本權利，本得透過解釋、論證而承認之<sup>62</sup>。

## 二、原住民(族)(狩獵)文化權與環境生態保護，尤其與野生動物保育之平衡

### 1. 野生動物保育是否屬於憲法位階的保護法益？其憲法依據、理論基礎、內涵及範圍為何？

憲法增修條文第 10 條第 2 項：經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧。依據前開條文意旨，我國於 2002 年 12 月 11 日制定公布《環境基本法》。惟「環境及生態保護」、「野生動物保育」究係是否屬憲法位階的保護法益，雖多有不少民間團體主張「環境權入憲」及「動物保護入憲」，由於我國憲法並未規定環境權為國家應予保障之基本人權，陳慈陽以我國憲法增修條文第 10 條第 2 項與德國基本法第 20 條 a 規定相比擬，認為我國憲法增修條文內容並未賦予人民請求國家作為或不作為之權利，且環境保護也非一個絕對的憲法保護法益，而是一種相對的價值，必須要與憲法的其他法益作衡平考量<sup>63</sup>。釋字第 426 號解釋亦指，「憲法增修條文第九條第二項規定：經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧，係課國家以維護生活環境及自然生態之義務，防制空氣污染為上述義務中重要項目之一。空氣污染防制法之制定符合上開憲法意旨」。準此，憲法增修條文第 10 條第 2 項之規定，確係對於課予國家一定保護義務，而國家也有義務使其落實。

另以，「野生動物保育」究係獨立之法益，抑或係含括在「環境及生態保護」之範疇。按《環境基本法》第 2 條第 1 項對「環境」之定義，「指影響人類生存與發展之各種天然資源及經過人為影響之自然因素總稱，包括陽光、空氣、水、土壤、陸地、礦產、森林、野生生物、景觀及遊憩、社會經濟、文化、人文史蹟、自然遺蹟及自然生態系統等」。復於同法第 18 條揭示，「各級政府應積極保育野生生物，確保生物多樣性；保護森林、瀉湖、濕地環境，維護多樣化自然環境，並加強水資源保育、水土保持及植被綠化工作」。比較《野生動物保育法》第 1 條之內容，亦表彰「保育野生動物，

<sup>62</sup> 李建良，人權思維的承與變：憲法理論與實踐（四），新學林，2010 年 9 月。

<sup>63</sup> 陳慈陽，環境法總論，三版，2011 年，頁 146-147。

維護物種多樣性，與自然生態之平衡」為其立法目的，確與《環境基本法》有相同意旨。

承前說明，「野生動物保育」應係包括在「環境及生態保護」之範疇，而屬綱領式條款之性質，亦即係對行政、立法及司法有廣泛法拘束力之國家目標規定<sup>64</sup>。

## 2. 原住民（族）（狩獵）文化權之主張如何與憲法所規定之環境與生態保護要求相平衡？

威權統治時期的臺灣山地治理，原住民族（山胞）傳統生活習慣、文化傳統與經濟生產行為，向來均被視為破壞自然生態之平衡及物種之多樣性，因此認為必須受到國家生態保育政策之限制。換言之，在有關生態永續發展與保育的價值上，原住民族的傳統生態智慧及其與土地間之緊密連結關係，並未受到國家法的接納，甚至被視為環境與生態保育的殺手<sup>65</sup>。

1994 年 10 月 27 日《野生動物保育法》進行全文修正，是我國首部納入原住民族文化特殊性考量之法規。該法第 21 條第 5 款內容表示，臺灣原住民族於原住民保留地，基於其傳統文化祭典，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，得予以獵捕或宰殺<sup>66</sup>。前開法律復於 2004 年 1 月 13 日的修法中，刪除了狩獵僅以「原住民保留地」為範圍之限制，更為強化了原住民族傳統文化、祭儀之狩獵習慣與規範價值。其次，1997 年 11 月 11 日《槍砲彈藥刀械管制條例》的修法，同樣地依循憲法增修條文尊重多元文化之意旨，納入原住民族文化特殊性之考量，期以法定減輕刑責或免刑事由，試圖在國家法規與原住民族傳統文化之衝突領域建立緩衝<sup>67</sup>。其後，該條例復於 2001 年 10 月 31 日再度修法<sup>68</sup>，指出「原住民使用獵槍是有其生

<sup>64</sup> 同前註，頁 135。

<sup>65</sup> 臺灣臺東地方法院 89 年度成簡字第 7 號刑事簡易判決：「被告為平地原住民之身份，而獵捕、宰殺野生動物本為原住民之文化習俗，惟保育尤其瀕臨絕種之野生動物的世界潮流而限制原住民的文化習俗，亦屬不得已之措施」；臺灣臺東地方法院 96 年度訴字第 328 號刑事判決：「被告二人均雖為原住民，惟其獵捕保育類野生動物係供已食用，與其原住民固有風俗習慣之祭祀無關，且罔顧政府大力宣導保育野生動物之用心，破壞自然生態之平衡及物種之多樣性，對於保育類野生動物之保育觀念薄弱」。臺灣臺東地方法院 101 年度重訴字第 10 號刑事判決：「如認為原住民族縱未經許可亦可任意獵捕瀕臨絕種野生動物，野生動物保育法所欲達成維護物種多樣性之立法目的豈不落空 ... .. 被告無故持槍獵捕保育類動物山羌之行為，足以危害自然生態環境，自應受相當之刑事非難」。

<sup>66</sup> 「野生動物保育法」第 21 條：野生動物有下列情形之一，得予以獵捕或宰殺，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。但保育類野生動物除情況緊急外，應先報請主管機關處理：一、有危及公共安全或人類性命之虞者。二、危害農林作物、家禽、家畜或水產養殖者。三、傳播疾病或病蟲害者。四、有妨礙航空安全之虞者。五、臺灣原住民族於原住民保留地，基於其傳統文化祭典，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者。六、其他經主管機關核准者。

<sup>67</sup> 第二十條：原住民未經許可，製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，減輕或免除其刑，並不適用前條之規定。（第一項）原住民相互間販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍，供作生活工具之用者，亦同。（第二項）

<sup>68</sup> 第二十條：原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍或漁民未經許可，製造、運輸或

活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益<sup>69</sup>，立基於憲法基本權與原住民族文化價值保障之精神，排除以刑事法介入與評價原住民族文化生活。另外，原住民族作為自然資源的守護者，依循傳統習慣規範與森林資源所建立的依存關係，在《森林法》的介入後也產生質變。1945年《森林法》全文修正，於第1條揭示「森林以國有為原則」。而原住民族利用與管理森林資源的文化與生活行為，也被視為是「竊取森林主、副產物」之行為須依刑法規定處斷。因應1990年代的憲法增修與包括《槍砲彈藥刀械管制條例》以及《野生動物保育法》的修法，在推動原住民族文化權保障的立法潮流下，對於修正《森林法》如何保障原住民族治理自然資源的策略與政策也應運而生。2004年1月2日的修法，《森林法》於第15條第4項確立「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物」。為落實前揭條文保障原住民族權利之目的，行政院農業委員會及原住民族委員會會銜訂定發布「原住民族依生活慣俗採取森林產物規則」。考其立法說明，前開規則係依循《原住民族基本法》第23條及第30條之規範意旨，強調政府應尊重原住民族選擇生活方式，資源利用方式與管理模式之權利；並於處理原住民族事務、訂定法律時，尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，保障原住民族合法權益。

依據前揭《野生動物保育法》、《槍砲彈藥刀械管制條例》及《森林法》的修法過程，厥為採以原住民族文化、傳統習慣作為法規範之內涵。由此探討原住民（族）（狩獵）文化權與「野生動物保育法」的規範關係，立基在多元文化主義之法律論述，強調國家制定法並非唯一運行於社會的法律，地方習慣法、社會規範、文化、權力關係等規範力量其實是同時併存，並於同一法律運作場域不斷產生互動。於批判現行國家法制並提出改善建議時，不應僅著眼於以社會現代化為訴求的國家制定法，其他造成壓迫弱勢民眾的規範力量亦應一併被納入檢視的範疇。原住民族狩獵文化權的論說與發展，確實掌握了過去在傳統法治國原則或是分配正義典範下，未能獲得整體適切理解的新興法益與關注。實則，國家在處理與原住民族有關之議題時，必須放棄「文化優位」的立場，不能再抱持著過去，以「文明」征服「文化」思維，而應該基於「文化」平等的態度，糾正過去的不正義，在不違反「依法裁判」的憲法精神下，納入「原住民族法」的思維，為原住民族建構公平正義的法制環境<sup>69</sup>。

---

持有自製之漁槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。（第一項）原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或漁槍，供作生活工具之用者，亦同。（第二項）前二項之許可申請、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。（第三項）

<sup>69</sup> 林三元（2001），〈原住民族傳統領域權之確認：從加拿大最高法院 Tsilhqot'in 案出發〉，《臺灣原住民族法學》，1卷1期，頁27-28。

3. 國家對於原住民(族)之狩獵保育類野生動物得為如何之管制，始屬合憲？

有鑑於《原住民族基本法》與其他諸如《野生動物保育法》、《森林法》等，承認了乙項新興的「傳統」原住民族權利類型——原住民族傳統領域權，該項權利係與土地與自然資源利用與治理具有神聖的連結關係，該項權利類型與內涵與現行民法物權編規定，或是其他相關自然資源治理的公法性質法律（如：森林法、國家公園法）間，有關法律適用與位階的討論，始終存在各說各話的對立狀況而難以解決。

就法規範具體內容以觀，《原住民族基本法》第 20 條載明「政府承認原住民族土地及自然資源權利」。第 19 條則確認原住民族在其傳統領域土地範圍內，進行自然資源利用的權利。第 21 條則賦予原住民族對於在其土地（原住民保留地與原住民族傳統領域土地）內之外來活動，享有受諮詢與行使同意權、參與權及利益分享權之地位。第 22 條則規範政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制。其立法理由指出，原住民族係先於國家建立即存在，並據此建立原住民族特殊權利之理論基礎。

再則，目前在法律上承認「原住民族傳統領域權」(aboriginal/native title) 的國家，通常將之定義為：「在市民政權出現之前，原住民族基於對土地與其自然資源之繼續占有、使用而取得的權利<sup>70</sup>」。由《原住民族基本法》第 2 條第 5 項將「傳統領域」土地與既有原住民保留地分開並列，以及在第 19 條（得從事非營利行為之領域）、第 20 條第 1 項（對包括傳統領域在內之「原住民族土地」之承認）、第 20 條第 3 項（原住民族「所有」「使用」土地之「回復」「取得」）、第 21 條（對包括傳統領域之原住民族土地與自然資源之開發利用與研究的事前同意與利益分享權）、第 23 條（對原住民族土地利用與管理模式之尊重）與第 32 條（對包括傳統領域土地的強制行為與補償）等條文中對「傳統領域」之功能的種種隱性規定，可以推知，我國《原住民族基本法》所欲賦予「傳統領域」之意義，與各國普遍接受之定義應該沒有太大的差距。

此外，國際原住民族人權法制建構，明確的賦予原住民族社群對其土地、傳統領域以及自然資源之固有權利，並以自決權為核心權力，建構原住民族傳統知識、文化習俗、法律習慣為其實踐手段。前揭意旨在當前規範原住民族國際人權基準的最重要兩項國際人權文書——國際勞工組織「第 169 號公約」以及聯合國「原住民族權利宣言」中，獲得在制定法上的普遍性確認。

國際勞工組織「第 169 號公約」第 14 條規定：「1. 對有關民族傳統佔有的土地的所有權與擁有權應予以承認。另外，在適當時候，應採取措施保

<sup>70</sup> 黃居正，前揭註 37，頁 31。

護有關民族對非為其獨立但又係他們傳統地賴以生存、和進行傳統活動的土地的使用權。在這一方面，對遊牧民族和無定居地的耕種者應予以特殊注意。

2. 各政府應採取必要的措施以查清有關民族傳統佔有土地的情況，並應有效地保護這些民族對其土地的所有權和擁有權。3. 要在國家的法律制度範圍內建立適當的程序，以解決有關民族提出的土地要求」。而聯合國「原住民族權利宣言」第 3 條則揭示：「原住民族享有自決權。依此權利，他們可自由決定其政治地位，並自由追求其經濟、社會及文化發展」。第 4 條確立「原住民族行使自決權時，於其內部與當地事務，及於資助其行使自治功能之方法與手段，享有自治或自決權」。就傳統領域及其自然資源之管領，第 25 條則敘明，「原住民族有權保持和加強他們同他們傳統上擁有或以其他方式占有和使用的土地、領土、水域、近海和其他資源之間的獨特精神聯繫，並在這方面繼續承擔他們對後代的責任」。第 26 條則確認，「1. 原住民族對他們歷來擁有、佔有或以其他方式使用或獲得的土地、領土和資源擁有權利。2. 原住民族有權擁有、使用、開發和控制因他們歷來擁有或其他的歷來佔有或使用而持有的土地、領土和資源，以及他們以其他方式獲得的土地、領土和資源。3. 各國應在法律上承認和保護這些土地、領土和資源。這種承認應充分尊重有關原住民族的習俗、傳統和土地所有權制度」。

綜上，「野生動物保育」作為公共地役而與原住民族傳統領域相重疊，如何能生合理限制原住民族狩獵文化開展的效果？茲以美洲國家組織下設美洲人權委員會調查實務為例，The Case of Dann vs. the United States 乙案<sup>71</sup>指出，美國印地安部族傳統習慣財產權，包括土地及自然資源權利，如因國家政策課有負擔或特別犧牲之當事人所受之經濟損失，應給予合理補償<sup>72</sup>（fair compensation）。又，The Case of the Maya Indigenous Communities of the Toledo District vs. Belize<sup>73</sup> 則確認，原住民族傳統習慣財產權係獨立於國家法的權源系統。此外，2006 年美洲人權法院在 Case of Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay<sup>74</sup> 一案的判決，確立原住民族依其習慣法確立之土地及自然資源權利，具有等同於國家授予之財產權的法律效力，且賦權原住民族要求國家法制化此項習慣法權利體系的權力。迄至 2007 年的 Case of the Saramaka People v. Suriname，美洲人權法院進一步確立原住民族在其傳統領域土地內之實質同意與有效參與的權能<sup>75</sup>。

---

<sup>71</sup> Mary and Carrie Dann v. United States, Case 11.140, Report No. 75/02, Inter-Am. C.H.R., Doc. 5 rev. 1 at 860 (2002).

<sup>72</sup> 參考美國《憲法第五修正案》：任何人在缺乏正當程序的情況下，都不應該被剝奪生命、自由或財產。私有財產也不應該在沒有得到公平補償的情況下作為公共使用。

<sup>73</sup> Maya indigenous community of the Toledo District v. Belize, Case 12.053, Report No. 40/04, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 at 727 (2004).

<sup>74</sup> Case of Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, Inter-Am. Ct. H.R., Judgment of March 29, 2006 (Merits, Reparations and Costs).

<sup>75</sup> Case of the Saramaka People v. Suriname, Inter-Am. Ct. H.R., Judgment of November 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)。為了確保蘇利南（Suriname）在 Saramaka 原住民族傳統領域內核發之森林資源開發特許，限制該族群土地與自然資源的利用影

前揭有關原住民族傳統領域權之定義已敘明，依原住民族定義得知國家建立之前原住民族即已存在，是以國際間各國均尊重原住民族既有領域管轄權，並對於依附在領域管轄權所衍生的原住民族土地及自然資源權利也均予以承認。換言之，從權利發生的歷史時序來看，原住民族狩獵文化權確係更早於公共地役即已出現。究其實質，野生動物是否屬於保育類，當非可作為在前限制原住民族狩獵之法規範。國際間普遍承認原住民族文化與生計捕鯨<sup>76</sup>，即為適例。國際捕鯨委員會（International Whaling Commission）明確表示，原住民族文化與生計捕鯨本係與商業捕鯨有別。原住民族捕鯨非以獵捕量或獲利為導向，因此毋須受限於委員會所發布之國際管制規準<sup>77</sup>。

綜整前揭國際法與我國原住民族法之傳統領域權內涵，原住民族狩獵文化權作為乙項特殊權利，合理限制之證立，應先審究所採手段是否係「保護原住民族權利或維護其利益」之作為或不作為，次再判斷「合理限制」是否將因此實質阻礙原住民族繼續依其獨特之社會組織型態與利用方式使用該土地與自然資源，例如：狩獵。

#### 4. 野生動物保育法第 21 條之 1 規定，就原住民族獵捕野生動物，係採事前許可制，是否合憲？

依據前項所提關於合理限制原住民族狩獵權之範式，「事前許可」是否可認係「保護原住民族權利或維護其利益」之作為或不作為？惟以，行政院農業委員會林務局對於「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」所示簡介，「事前許可」係為永續利用各物種，允宜明定參考轄區野生動物資源現況及上年度實際獵捕野生動物種類、數量，決定核准獵捕野生動物之數量。就此類積極限制所由生之法規範目的檢視，形式上似言之成理猶具合理性；然則，現行野生動物名錄的認定、自然資源保育範圍、植物保育、自然地景、自然保留區之定義與其範圍，並未納入原住民族傳統知識與文化的治理系統，亦即，行政部門始終抗拒結合原住民族傳統生態智慧與習慣規範重行規劃擬定。爰此，「事前許可制」實質上確係違反前述兩次國際獨立專家審查所提出的結論性建議「確保原住民族對於土地、自然資源以及傳統領域的支配與所有權」。此外，「事前許可制」確已產生《原

---

響其原住民族文化發展與基本生存，法院認為特許證之核發應符合下列三項要件，茲節錄法院判決原文如下：1) The State must ensure the effective participation of the members of the Saramaka people, in conformity with their customs and traditions, regarding any development, investment, exploration or extraction plan within their territory. 2) The State must guarantee that the Saramakas will receive a reasonable benefit from any such plan within their territory. 3) The State must ensure that no concession will be issued within Saramaka territory unless and until independent and technically capable entities, with the State's supervision, perform a prior environmental and social impact assessment.

<sup>76</sup> Jeremy Firestone and Jonathan Lilley, Aboriginal Subsistence Whaling and the Right to Practice and Revitalize Cultural Traditions and Customs, *Journal of International Wildlife Law & Policy* 8, no. 2-3: 177-219 (2005).

<sup>77</sup> International Whaling Commission, Aboriginal Subsistence Whaling, available at: <https://iwc.int/aboriginal>

住民族基本法》第 21 條第 2 項「限制原住民族利用土地及自然資源」之實質影響，依法本應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意。尤有甚者，原住民族狩獵涵括「社會脈絡」、「生態脈絡」與「展演脈絡」，依循原住民族多元複雜的集體文化系統（習慣法與禁忌，如賽德克族之 Gaya）而實踐，在傳遞原住民族文化與知識的同時，同時伴隨著保護部落文化完整性之義務。由此觀之，「事前許可制」不在原住民族狩獵之「社會脈絡」、「生態脈絡」與「展演脈絡」，破壞原住民族習慣法與禁忌，實質阻礙原住民族繼續依其獨特之社會組織型態與利用方式使用該土地與自然資源，當不具有合憲性<sup>78</sup>。

5. 除上開條文所定之「基於其傳統文化、祭儀」之目的外，是否應包括自用之目的（94 年 2 月 5 日制定公布之原住民族基本法第 19 條第 2 項規定參照）？

《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項：「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，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制」。不過，第 21 條之 1 第 1 項限定原住民獵捕或宰殺時必須以「基於其傳統文化、祭儀」為必要，那麼當原住民出於自用目的而獵捕時，是否稱得上「基於傳統文化、祭儀」？特別是《野生動物保育法》第 21 條之 1 立法在前，而與在後完成立法之《原住民族基本法》第 19 條之規範內容不同：

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。

本件爭點謹為如下整理，原住民族基本法及野生動物保育法皆使用「傳

---

<sup>78</sup> 王皇玉（2018），〈建構以原住民族為主體的狩獵規範：兼評王光祿之非常上訴案〉，《國立臺灣大學法學論叢》，47 卷 2 期，頁 848-854。該文以「漢人思維管制的荒謬性」對此有所評論，明確指出〈原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法〉之爭議，認為前揭辦法的母法係野生動物保育法第 21 條之 1 第二項，而其立法理由聲稱尊重原住民族基於傳統文化、祭儀之狩獵行為，例外允許原住民狩獵。然其「尊重」顯然得於漢人思維的框架下才獲得允許，並進而增列須以主管機關核准之規定。辦法內容排除了原住民族文化生活的使用，忽略狩獵在部落的文化意涵及秩序維護功能。另規定原住民狩獵前，需事前申請核准，除了事先申請即是對於獵人的箝制外，申請書要求載明狩獵的動物及數量，該等要求已大大觸犯原住民族狩獵禁忌，根本上踐踏原住民族文化。

統文化」一語，外加上其他「祭儀」或「自用」之文字，其間關係為何？「自用」是否獨立於「傳統文化」，而為特別的要件？更甚者，何謂原住民族之「傳統文化」？

我國立法者對於原住民合法獵捕野生動物的行為，創設了實質與形式兩道限制，由於形式上要求原住民先向主管機關申請核准，為了讓主管機關核准有參考依據，又另行以法規命令方式頒布「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」（以下簡稱管理辦法），雖然管理辦法不是立法院通過的法律，卻在其規定內定義了《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項實質要件的判定準則，包括管理辦法第 2 條：「本辦法用詞，定義如下：一、傳統文化：指存在於原住民族社會已久，並藉由世代相傳而延續至今之價值、規範、宗教、藝術、倫理、制度、語言、符號及其他一切生活內容之總稱。二、祭儀：指原住民族傳統文化中，依其宗教、信仰或習慣，藉由世代相傳而反覆實踐之祭典活動及儀式行為」。依此規定，傳統文化必須具有相當時間的延續性，並且符合世代相傳的生活內容；又例如管理辦法第 12 條：「獵捕活動所得之野生動物之宰殺、利用須用於傳統文化、祭儀活動，不得有販賣或其他營利行為」，進一步限制傳統文化不能夠具有營利性；此外，管理辦法第 6 條第 1 項、第 2 項又另行規定：「直轄市、縣(市)主管機關審查申請案時，應考量各地區原住民族之傳統領域、文化、祭儀、獵捕區域、期間、方式及動物種類、數量之獨特性；核准獵捕野生動物之數量，應以傳統文化、祭儀所需為限，並應參考轄區野生動物資源現況及上年度實際獵捕野生動物種類、數量決定之。前項各地區原住民族之傳統領域、文化、祭儀、獵捕區域、期間、方式及動物種類如附表」，依此規定，決定原住民獵捕是否與傳統文化有關時，還必須審視管理辦法附表內容，附表中雖然列明了原住民各族有關活動，但其範圍不出「特定祭典」或「生活禮俗」兩類。

續以「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」加以深究，行政部門就其管理模式，司法實務就其審理實務，似乎對於原住民族狩獵進行類型化區分，而有「傳統祭儀型」及「傳統文化型」兩類。依鑑定人之見，類型化之緣由應係顧及現實情況，臺灣原住民族群甚多，每一族群擁有的文化及祭儀特點多有不同，包括獵捕時間、獵捕地點、獵捕野生動物種類及祭儀程序等，恐均有相當大的差別。行政或司法部門在行合法性判斷時，實應從個案觀點，分析原住民獵捕野生動物時，究竟與其所主張的傳統文化或祭儀活動是否相關。舉例而言，蘭嶼島上的海洋民族達悟族原住民，在臺灣本島山區獵捕水鹿是否係其「傳統文化」？依此規範目的，主管機關即以附表方式，訂明了不同原住民族的傳統祭儀及其對應之獵捕規範。然而，管理辦法雖然明確記載了原住民族傳統祭儀型的獵捕行為，惟對傳統文化型之規範內容，仍採過度抽象規範內容，而難以為行政與司法部門用以判斷。

再者，《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項未言明傳統文化的定義，但行政機關透過管理辦法，已然賦予傳統文化定義極多未出現在法條本文的大幅限制，其中最主要的限制即「時間延續性」、「非營利性」、「附表中所載明之特定祭典或生命禮俗」，再觀察這些限制所能肯認的傳統文化活動，其實已經跟部落傳統祭儀毫無區別，這也就造成我國刑事司法實務在判定是否屬於傳統文化時，幾乎少有外於祭儀的合法情狀，也因此，我國法院實務多見處罰原住民在平日、無任何特別祭儀或禮俗事由時的獵捕野生動物活動。

綜觀管理辦法中所強調的祭儀及禮俗，無一不是《野生動物保育法》第 21 條之 1 第 1 項所稱「祭儀」的關聯類型，在此意義下，原本立意良善的附件規定，反而全面架空了同項一併規定的「傳統文化」類型，說得更簡單些，採取附件指明的活動定性傳統文化，那麼傳統文化型早已等同祭儀型，完全架空了母法授權傳統文化類型的原住民合法狩獵可能性。尤其相對比於《原住民族基本法》第 19 條第 1 項第 1 款的規定：「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」，管理辦法顯然授權相對有限，甚至有違反作為原住民族基本權利保障母法的《原住民族基本法》之虞。

爰此，以鑑定人之見，管理辦法之附件僅能作為「傳統祭儀型」的狩獵情事參考標準，然對「傳統文化」型的狩獵事由，則不能依據不具法律位階的管理辦法之附件解釋，否則確係明顯抵觸母法授權。

回到「傳統文化」、「祭儀」和「自用」之關係，謹引臺灣嘉義地方法院 104 年 2 月 24 日作成之 103 年度原訴字第 4 號刑事判決為例說明。

文化具有整體性格，不能與情境分離而存在，亦不能切割某部分而獨立存在。依此定義，原住民族傳統文化係指，原住民在與山、森林、野生動物共同生存的自然情境之中，所存在之獨特生活與思考方式。原住民與山林鳥獸共存共生共榮，在此情境中蘊育出視狩獵為生活必要、價值正當、識別族群之生活與思考方式，因此，狩獵即為原住民族之傳統文化，原住民狩獵行為正是履踐其世界觀之行動。原住民的祭儀，是原住民在與山林鳥獸共存共生共榮情境中所形成信仰觀點，亦是傳統文化，與狩獵都是某特定面向的呈現，且互有連結，在原住民傳統文化中，原住民會為了祭儀所需進行狩獵，但也會在狩獵時祈求山神祖靈的祝福。因此，文化具有整體性，單單依據祭儀的事實去解釋狩獵，要求原住民必須是為了祭儀緣故才去狩獵，實際上是將狩獵置於祭儀的下位，強調狩獵的工具性格，不過是以主流社會功利角度出發去解釋原住民文化。事實上，主流族群在接受現代化的同時，拋棄了與山林鳥獸共存共生共榮的情境，長久處在這樣的情境下，生活與思考方式遠離山林鳥獸的大自然，無法體會共存共生共榮的獨特生活與思考，以這樣的視角去詮釋原住民文化，一如以管窺天之片面、切割、零星觀察，始會導出祭儀有別於傳統文化，或者狩獵為祭儀下位概念的誤解。

上開判決見解，實係呼應國際人權兩公約對原住民族文化權之內涵所為闡釋。

聯合國人權事務委員會於 1994 年所通過之「第 23 號一般性意見」，在關於公政公約第 27 條「文化」的權利內容，提出下列的釋義：

7. 有關依據第 27 條文化權保障的具體實踐內涵，委員會評論指出文化的呈現有許多形式，包括與土地及自然資源相互依存的特定生活方式，特別是在原住民族的事例尤其明顯。那項權利可以包括諸如漁獵或狩獵的傳統活動，以及生活在受到法律保障之保留領域的權利。那些權利的享有須有積極法律措施的保障，據以確保少數社群成員對於那些影響他們的政策決定具有有效參與之權利。

與此相呼應者，則是由經濟社會文化權利委員會於 2009 年通過之「第 21 號一般性意見」，闡明經社文公約第 15 條「人人有權參加文化生活」的意旨：

11. 委員會認為，文化是一個廣泛、包容性的概念，包括人類生存的一切表現。「文化生活」一詞明確提到文化是一個歷史的、動態的和不斷演變的生命過程，有過去、現在和將來。

36. 締約國應採取措施，保證在行使參加文化生活的權利時充分顧及文化生活價值觀，這種價值觀可能有強烈的族群性，或者說，只有原住民族作為一個群體才能表現和享受。原住民族文化生活的強烈的族群性對於其生存、福祉和充分發展是不可或缺的，並且包括對於其歷來擁有、佔有或以其他方式使用或獲得的土地、領土和資源的權利。原住民族與其祖先的土地及其與大自然的關係相連的文化價值觀和權利應予尊重和保護，以防止其獨特的生活方式受到侵蝕，包括喪失維生方式、自然資源，乃至最終的文化認同。因此，締約國必須採取措施，確認和保護原住民族擁有、開發、控制和使用其公有土地、領土和資源的權利，並且，如果未經他們的自由和知情同意而被以其他方式居住或使用，則應採取步驟歸還這些土地和領土。

再就法規競合時的適用關係來看，《原住民族基本法》第 34 條訂明，「主管機關應於本法施行後三年內，依本法之原則修正、制定或廢止相關法令。(第 1 項)前項法令制(訂)定、修正或廢止前，由中央原住民族主管機關會同中央目的事業主管機關，依本法之原則解釋、適用之」。(第 2 項)

析言之，文化是內蘊於人類社會生活的根本，文化形塑了我們決定如何實現社會生活的想望，文化自應表現在我們社會生活的每一個部分與層面。社會生活本係吾人文化的實踐過程，也因此，個人的文化實踐並非必然要與祭儀相連結，即使在飲食、起居的日常活動中，也可以理解為文化的實踐。綜據前述各項說明，「自用」當係原住民族狩獵合法之目的。

### 三、自製獵槍部分

槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，就原住民未經許可，製造、運輸或持有自製獵槍、魚槍，免除刑罰，而僅處以行政罰。上開規定將得免除刑罰之狩獵工具限於自製獵槍、魚槍，是否違憲？又上開免除刑罰之規定未及於（自製）空氣槍，是否違憲？

本件爭點應在我國憲法與憲法增修條文、國際人權兩公約、原住民族基本法肯定及多元文化憲政主義的前題下，解釋《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項規定「自製之獵槍」的定義。

前已反覆述及，原住民族狩獵係乙涵括「社會脈絡」、「生態脈絡」與「展演脈絡」的文化整體，依循原住民族多元複雜的集體文化系統（習慣法與禁忌，如賽德克族之 Gaya）而實踐，在傳遞原住民族文化與知識的同時，同時伴隨著保護部落文化完整性之義務。作為乙項表現文化整體性的原住民族狩獵，在現行國家法律中卻必須面臨被分割與被支解的法律歧視，包括狩獵工具、狩獵範圍、狩獵對象，乃至於狩獵野生動物之利用，國家都鉅細靡遺的加以規範。亞榮隆·撒可努 Ahronglong Sakinu（排灣族文學家、傳統知識保存者、能和土地、自然溝通的人、森林警察）在「走風的人」一書中寫到，「在祖父的那個時代，自然的一切是被共享分用的，但漢人政府強權的收納，用他們的律法來約束我們，讓我們原有的一切被剝奪改變<sup>79</sup>」。王皇玉則指臺灣政府蠻橫地制定各種法律來限制原住民的狩獵權，僅能使用落後而危險的自製獵槍，強令原住民觸犯與背離原住民狩獵規範，基本上就是要使臺灣原住民的狩獵文化朝向消滅的方向在管制<sup>80</sup>。

然則，多元文化價值的客觀表現，本係文化態樣的多元尊重，並強調任何族群或政治體都不應僅以自身之外顯基準，評價其他族群或政治體之存在、創造物與文明內涵<sup>81</sup>。此外，原住民族狩獵文化遭致解裂成多階段進行國家法律的審視，不過是以強勢社群所組成之社會向來的功利角度出發，去構築了一個弱化跟控制原住民族的殖民法律結構，合法化國家暴力的過度介入與使用，反致形同曲解、同化、瓦解原住民族文化，致使多元文化的憲法價值無從達成。

《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項所規定之「自製獵槍」，究竟從何而來？畢竟，歷史研究已然顯示，原住民於清末時所持有的槍枝數量多且精良，迨至日治時期，原住民持有的獵槍均為制式獵槍<sup>82</sup>，何以戰後國民政府統治臺灣之後，原住民卻「變成」必須「自製獵槍」？

再從《槍砲彈藥刀械管制條例》的修法歷程審究，《槍砲彈藥刀械管制條例》於 72 年 6 月 27 日公布施行，而依同條例第 14 條同時明定獵槍、

<sup>79</sup> 亞榮隆·撒可努，走風的人：我的獵人父親，耶魯國際文化，2016 年，頁 80。

<sup>80</sup> 王皇玉，前揭註 78，頁 857-858。

<sup>81</sup> 黃居正，前揭註 44，頁 18。

<sup>82</sup> 陳宗仁（2005），〈近代臺灣原住民圖像中的槍：兼論槍枝的傳入、流通與使用〉，《臺大歷史學報》，36 期，頁 53-106。

魚槍專供生活習慣特殊國民之生活工具者，其管理辦法，由中央主管機關定之。該條例上開所定，雖已有尊重原住民傳統生活習慣之旨意，然關於獵槍、魚槍專供生活習慣特殊國民之生活工具者，係由中央主管機關訂定管理辦法加以管理，而未經許可，製造、運輸或持有獵槍、自製之獵槍者，仍應處以刑罰，而未予以除罪或阻卻違法。嗣《槍砲彈藥刀械管制條例》雖歷經 74 年 1 月 18 日、79 年 7 月 16 日、85 年 9 月 25 日修正部分條文，然關於專供生活習慣特殊國民之生活工具的管理辦法，則遲至 86 年 3 月 24 日始由內政部頒佈「生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法」，該辦法第 3 條第 2 項所謂「專供生活習慣特殊國民生活工具」，即包括原住民於狩獵、祭典等場合所使用之獵槍在內。

然實務情況仍顯示，原住民狩獵未依前開管理辦法之規定，而有違反《槍砲彈藥刀械管制條例》重典之情形仍層出不窮<sup>83</sup>，立法者有鑑於此，乃於 86 年 11 月 24 日再修正前揭條例，增訂第 20 條第 1 項「原住民未經許可，製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，減輕或免除其刑，並不適用前條（按第 19 條強制工作）之規定」。此次修法雖已較修法前略有放寬，然意義上仍是將原住民族狩獵行為（未經許可，製造、運輸或持有「自製獵槍」），評價為犯罪行為，仍未予以除罪或阻卻違法。

立法者復於 90 年 11 月 14 日修正同條例，刪除第 23 條關於獵槍、魚槍、刀械專供生活習慣特殊國民之生活工具者，其管理辦法，由中央主管機關定之規定；同時修正第 20 條，於第 1 項、第 3 項明定「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之漁槍，供作生活工具之用者，處新臺幣 2 千元以上 2 萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之」、「前二項之許可申請、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」，始對原住民使用獵槍之行為不再課以刑罰，其修法意旨在於：「一、屬於供作生活上及文化上工具之用，而無據為犯罪工具的意圖。二、未經許可者應循本條文第 3 項授權命令的行政罰及其行政程序予以補正即可。三、以落實憲法增修條文及符合本條例多元文化主義的政策目標與規範意旨」。（見立法院公報第 90 卷第 53 期第 360 頁）「原住民使用獵槍有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害，況且，這也是原住民文化傳承生活方式重要之一環...這次修正將原住民基於生活需要而持有獵槍之行為除罪化，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益」。（見立法院公報第 90 卷第 53 期第 367 頁）

復以，內政部警政署所頒佈之「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」<sup>84</sup>，長

<sup>83</sup> 王皇玉（2007），〈文化衝突與臺灣原住民犯罪困境之探討〉，《國立臺灣大學法學論叢》，36 卷 3 期，頁 289。

<sup>84</sup> 「生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法」係於 86 年 3 月 24 日由內政部以（86）台

期都對實務判決有重大影響，該辦法發布之初，並未對於「自製獵槍」有所定義<sup>85</sup>，而係於 2011 年全文修正時始行納入<sup>86</sup>。司法實務概自最高法院 102 年度台上字第 5093 號刑事判決之後，開始有所關鍵性的轉變<sup>87</sup>。謹摘錄前開判決見解如下：

為落實憲法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，原住民族基本法第十條規定，政府應保存維護原住民族文化，第三十條亦規定，制定法律，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益等旨。因此，在依相關法律踐行保障原住民族之基本權利，促進其生存發展時，自應尊重其傳統習俗、文化及價值觀。而依本法第十九條之規定，原住民基於傳統文化、祭儀或自用，得在原住民族地區依法從事獵捕野生動物之非營利行為，原住民基於此項需求，非因營利，以自製獵槍從事獵捕野生動物即屬其基本權利。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四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。中央主管機關八十七年六月二日函釋及依本條例第二十條第三項授權訂定之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第二條第三款將自製獵槍定義為「原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具」、「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」等情，增加法律所無之限制，已逾越法律之授權，法院自不受其拘束。至原住民既得供作生活工具之用而自製獵槍，自包括該獵槍所適用之「自製子彈」，為本條例第二十條第一項規定之『隱藏性』要件，此乃法律條文與法規體系之當然解釋。

綜整來看，立法者首先所著眼者除原住民族傳統文化之維護外，想像且創造了「自製獵槍」之概念，並認其殺傷力不及於制式獵槍而為修法放寬，

---

內警字第 8670274 號令訂定發布，已於 91 年 10 月 30 日內政部台內警字第 0910076566 號令發布廢止。現行管理辦法，係由內政部於 91 年 10 月 2 日以台內警字第 0910076416 號令訂定發布「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」。

<sup>85</sup> 「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」(2011 年 11 月 7 日)第 2 條第 3 款，「自製獵槍：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」。

<sup>86</sup> 「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」(2014 年 6 月 10 日)第 2 條第 3 款，「自製獵槍：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，或使用口徑為零點二七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)須三十八英吋(約九十六點五公分)以上」。

<sup>87</sup> 本件判決之相關評論，請見謝焜偉(2014)，〈刑法解釋與原住民狩獵文化／最高院 102 台上 5093 判決〉，《台灣法學雜誌》，241 期，頁 176-181。

至於槍枝之擊發方式則非考慮之重點；接續之修法，則係為貫徹憲法增修條文第 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」之精神<sup>88</sup>。臺東地方法院 101 年度重訴字第 11 號刑事判決亦認：「綜觀上開《槍砲彈藥刀械管制條例》關於原住民族使用自製獵槍之修法歷程可知，隨著原住民族權利意識之覺醒，文化衝突、壓迫之現象浮上檯面，立法者基於多元文化之認知與珍視，對原住民族使用自製獵槍之傳統逐步採取開放之態度，行政及司法機關自不應無視於此立法趨勢，而曲解、限縮法律文義」。

由此觀之，原住民持獵槍狩獵之文化行為，確係有別於將槍枝作為武器之其他族群的行為人，此所以《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條第 1 項增訂免罰條文之意旨。準此，獵槍本身並非功能性的概念，而是目的性的概念，此觀前開條例中並無獵槍的定義即可知悉。

次以「自製獵槍」是原住民族傳統文化深究，續按我國憲法增修條文及國際人權兩公約加以詳述。我國憲法增修條文第 10 條第 11、12 項，明文肯定及保障原住民族之多元文化。又，經濟社會文化權利國際公約第 1 條及第 15 條分別規定：「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及自由從事其經濟、社會與文化之發展」。「本公約締約國確認人人有權：（一）參加文化生活；（二）享受科學進步及其應用之惠；（三）對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠」。再以公民與政治權利國際公約第 1 條、第 26 條及第 27 條分別規定：「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」。「人人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、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、出生或其他身分而生之歧視」。「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」。由上開國際人權兩公約規範內容，確可證立原住民族之文化、語言、習慣、價值觀及社會規範自成特殊之體系，作為乙項特殊權利（*sui generis*），亦係我國憲法所保障之原住民族基本權利。此外，《原住民族基本法》第 30 條第 1 項規定：「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯」。

準此，「自製獵槍」之概念與定義，及其是否為原住民族傳統文化，應在我國憲法、國際人權兩公約、《原住民族基本法》所架構之肯定及尊重原

<sup>88</sup> 槍砲彈藥刀械管制條例之修法過程，詳細參考王皇玉（2012），〈原住民持有槍械問題之研究〉，《台灣原住民族研究季刊》，5 卷 1 期，頁 10。

住民族多元文化規範的前題下加以闡釋。

隨著原住民族政治、經濟地位之漸受重視，原住民族之教育程度、專業知識也較以往精進，物料材質之取得更隨著交通發展、經濟水準之提升而更加方便，原住民族之製槍技術及使用材質均優於以往，致自製獵槍之槍枝結構略有修正，且較以往安全，主管行政機關自不能無視於現狀之進展，若仍執著於原住民須使用較不安全性之黑色火藥，才不適用《槍砲彈藥刀械管制條例》有關刑罰之規定，無非係要求原住民冒生命危險以不安全槍枝實施狩獵，顯與上開尊重原住民族文化與多元文化之立法意旨有違；且前開條例第 20 條之立法目的係尊重原住民族文化，對其文化所形成之狩獵特殊習慣予以保護，而非保障其傳統製作獵槍工藝之保存延續。再者，依循前揭國際人權兩公約之規範意旨，尊重與保障原住民族狩獵權與傳統文化，就不應該限制原住民使用什麼樣的器具去過生活。政府不斷要求原住民只能持簡陋的自製獵槍狩獵，就是一種背離兩公約精神的政策，也是否定原住民隨著科技進步以現代工具經營文化生活的權利<sup>89</sup>。

2016 年 8 月 1 日，蔡英文總統代表中華民國政府向原住民族道歉，總統道歉文稿中提及憲法增修條文裡的「山胞」正名為「原住民」，去除了長期以來帶有歧視的稱呼，更突顯了原住民族是臺灣「原來的主人」的地位。然而，對於臺灣多數的非原住民朋友而言，「山胞」或是「原住民」的概念，似乎多著眼於「優惠政策」的實施，而較少去探究名稱上之意義及其轉變。殊不知，「山胞」之概念係延續日治時期所界定之「蕃人」，不過為表現出國家統治政策上之同化需求，改以「山地同胞」作為政策上之指稱。實則，若進一步仔細瞭解，則可發現日治時期之「蕃人」論說，本係用以確認「蕃人」之非法人格主體，繼而合理化國家將「蕃人」排除於法律治理範圍之外的作為<sup>90</sup>。戰後國民政府統治臺灣，在缺乏法律保障之架構下，「原住民」因其歷史由來之國家認知，多以「文化落後、不文明」之政策表現於外，遂而強化了非原住民社會對於此一「人種分類」該存在歷史或社會性的歧視，甚且具體反映在國家對於原住民族事務之行政管制手段。本件所論原住民族狩獵涉及之自製獵槍界定與管理機制，即為最顯明之事例。原住民族狩獵文化本係渠等與土地神聖關係之連結方式之一，原住民族狩獵文化係依循習慣法所行土地與自然資源之治理範式，並係表彰原住民族人性尊嚴與主體性、攸關原住民族部族成員人格健全發展，國家對此非但無視，更以國家法律之外衣，合法化國家高權侵奪原住民族狩獵文化與土地治理之不正義作為。更簡化來說，原住民族有「狩獵的傳統」，而不是槍砲彈藥刀械管制條例所想像之「傳統的狩獵」，而「自製獵槍」並不是原住民族的文化，狩獵才是。

槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，就原住民未經許可，製造、運輸或持有自製獵槍、魚槍，免除刑罰，而僅處以行政罰。行政機關試

<sup>89</sup> 王皇玉，前揭註 78，頁 873。

<sup>90</sup> 王泰升，前揭註 21，頁 19-22。

圖以行政命令而限制原住民除罪規定的適用空間，僅及於「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」所定義之自製獵槍、魚槍。綜合前述各項說明，如此限制顯然悖離我國憲法對於原住民族特殊權利保護的實質要求，應認係違憲。

又上開免除刑罰之規定未及於（自製）空氣槍，是否違憲？

此一爭點，係在審究「空氣槍」是獵槍否？

本質而論，空氣槍與其他槍枝在發射子彈的基本原理上並不相同，一般的槍枝（包括獵槍）是用火藥的燃爆作為推進子彈發射的主要動力源頭，但空氣槍的子彈推進動力，並不是來自火藥，而是透過壓縮空氣，也有部分使用瓦斯作為推進動力來源，一般市售的空氣槍因子彈推進動力有限，難以用來狩獵，無論如何，空氣槍在結構上必須以不使用火藥為前提，本質上是一個槍械的規格或動力源定義。

相對於此，獵槍指的是用來狩獵的槍枝，一般常見的制式獵槍，通常係指單發或雙管式的霰彈槍。不過必須強調的是，因為我國現行法制尚未開放制式獵槍，依現行法僅許可原住民自行作成土製獵槍，土製獵槍欠缺一定的法定規格要素，當然沒有辦法從槍械規格或裝置予以定性。因此，現行獵槍的概念並非「功能、動力或規格性質」的概念，毋寧應該由「主觀目的」予以設定，亦即從製作該槍械的原住民在製作時，主觀上對於槍械未來的使用目的予以決定，只要原住民出於狩獵目的而製作槍械，即應理解為「獵槍」。

次以鑑定人前所提合理限制原住民族特殊權利之審查標準來看，以管理辦法所定「自製獵槍」定義或排除「空氣槍」作為限制原住民族狩獵工具，是否係「保護原住民族權利或維護其利益」之作為或不作為？以管理辦法所定「自製獵槍」被認定為落後、粗糙、有膛爆危險、準確度與殺傷力均低的現實狀況，當無法證立其係「保護原住民族權利或維護其利益」之作為，無以認定其為合理限制。另就「空氣槍」而言，依循國際人權兩公約保障原住民族文化權利的規範意旨，主管行政機關自不能無視於現狀之進展，違反經濟社會文化權利國際公約人人有權享受科學進步及其應用之惠的規定，墨守陳規，一昧地引用不合時宜之法令限制人民之權利。準此，若係排除「空氣槍」作為原住民族狩獵之用，亦非「保護原住民族權利或維護其利益」之作為或不作為，當非屬合理限制。

縱然，《槍砲彈藥刀械管制條例》第 4 條第 1 項第 1 款所規定之槍砲，係將獵槍、空氣槍、魚槍分別列舉，似可認其三者係分屬不同種類之槍械。惟此一見解採以條文字義為關注焦點，卻過度拘泥於條文字面意義。析言之，雖然條例中將各類槍械並列規範，實際上卻又未注意到每種槍械名稱上可能的不一致與歧異，以及條文中其實仍有「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」的概括規定。究其實質，條例主要的規範方向與目的，在於設法禁止所有可能存在殺傷力的槍械武器。然以本件爭點所涉，重點不是禁止，而是許可原住民自製的範圍，若貿然將禁止的規範管制定義直接且不修正地

連結至許可規範，必然會造成規範解釋方向的衝突。爰此，依鑑定人之見，即便條文內容將獵槍與空氣槍分開例示，但也不表示作為「目的性概念」的獵槍，絕對不能以空氣壓縮的方式推進子彈；相反地，只要原住民在製作時出於文化或經濟生活功用的狩獵意思，就應該採以尊重原住民族文化權利的立論，允宜認可該「空氣槍」被理解為原住民使用的獵槍。