

法庭之友意見

關於大法官審理會台字第 12860 號王光祿案

鄭川如¹

(太魯閣族)

2021 年 3 月 2 日

謹就大法官審理會台字第 12860 號的部分爭點提綱，提供最新相關的研究成果。

一、原住民（族）（狩獵）文化權，其性質屬於個人權或群體權或二者兼具？

原住民文化權（狩獵權），既為個人權亦為集體權（群體權）。理由如下：

1. 現代人權的基本原理源自於十七世紀的二個重要的自由主義理論：一、個人是最重要的道德單位（moral unit）；二、所有人在道德上都是平等的。因此，所有法律上的權利僅屬「個人」所享有，²在國際人權法上也是如此。如《公民與政治權利國際公約》（以下簡稱《公約》）第 27 條所述「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。」文化權之權利主體，屬少數團體之「個人」，因此，文化權為個人權。
2. 然而，文化權亦為集體權。所謂「文化」，包括人類生存的一切表現，文化是一個歷史的、動態的和不斷演變的生命過程，包括（但

¹任職於國立台北教育大學教育經營與管理學系（專任副教授），曾於最高法院刑事第九庭審理 106 年度台非字第 1 號王光祿違反槍砲彈藥刀械管制條例等非常上訴案中擔任專家證人（2017 年 2 月 9 日）。

²Michael Freeman, "Are there Collective Human Rights?" p.25, POLITICAL STUDIES, Vol. 43, Issue 1, March 1, 1995.

不限於) 以下：生活方式、語言、口頭和書面文學、音樂和歌曲、非口頭交流、宗教或信仰制度、禮儀和儀式…等。³換句話說，「文化」是人類共同生活的結果，文化無法僅憑一個人的力量去形成，同樣的，「文化」必須要靠「群體」的力量去維持，倘若失去文化所依附的「群體」消失了，則個人也無法享受該文化。這也就是為什麼在《聯合國原住民族權利宣言》前言中，大會特別重申「原住民有權不受歧視地享有國際法所確認的所有人權，原住民族擁有對本民族的生存、福祉和整體發展不可或缺的集體權利。」

在 *Tiina Sanila-Aikio v. Finland*(2015) 中，聯合國人權委員會認為，《公約》第 27 條的目的，係為確保少數族群的文化、宗教和社會特性得以存活且持續發展，並加強整個社會結構，⁴因此，倘若族群整體的文化無法獲得保障，則個人也無法享受其文化，從而肯認，這些權利應該以集體的方式予以保護，而不應該與其他依照《公約》賦予個人的權利所混淆。⁵委員會又認為，雖然《公約》第 27 條係保障個人的權利，但此權利有賴於該族群是否有能力維持它的文化、語言或宗教……，因此認定，基於原住民族權利的內容來看，《公約》第 27 條（文化權）具有「集體性」的維度，而這些權利僅能在社群中與其他人所共同享受。⁶據此，文化權亦為集體權。

二、國家對於原住民（族）之狩獵保育野生動物得為如何之管制，始屬合憲？

關於國家對於原住民（族）（狩獵）文化權得為如何之限制，始屬合憲？因關於國家有無違反《公約》第 27 條文化權，聯合國人權委員會有最終決議權，或許可參考委員會的見解。根據過去委員會在個案中所為的見解，委員會認為，雖然原住民（族）之文化權應予以保障，然而，這並不意謂國家不能限制原住民（族）之文化權。國家可以限制原住民

³ 《經濟社會文化權利國際公約》第 21 號一般性意見，段落 11、13。

⁴ 《公政公約》第 23 號一般性意見書，段落 9。

⁵ *Tiina Sanila-Aikio v. Finland*, Communication No. 2668/2015, CCPR/C/124/D/2668/2015, para. 6.9.

⁶ *Tiina Sanila-Aikio v. Finland*, Communication No. 2668/2015, CCPR/C/124/D/2668/2015.

(族) (狩獵) 文化權，但其限制必須是合理且客觀，並且必須符合原住民族的整體的永續發展。

例如，居住在瑞典北部的原住民族-薩米人，數千年來靠著養殖馴鹿的方式生活。隨著人口逐漸增加而馴鹿的數量並未成比例成長，為了確保薩米族人能夠繼續靠這樣的生活方式維持生計，瑞典政府在 1971 年通過了《馴鹿畜牧法》(Reindeer Husbandry Act)，規定只有薩米馴鹿畜牧社區 (Sameby) 的成員才具有養殖馴鹿的權利 (同時使用該區的土地與水資源，例如：狩獵、捕漁)，而認定成員身分者為薩米社區本身 (目前瑞典境內共有 51 個薩米馴鹿畜牧社區)，倘若不服認定結果，申請者可以向該郡行政委員會申訴，而後向高等行政法院、最高行政法院申訴。⁷Ivan Kitok 的家族馴鹿畜牧已有百年的歷史，後來 Ivan Kitok 離開原鄉至都市工作三年而失去成員身分，因此喪失馴鹿畜牧的資格，Ivan Kitok 上訴至最高法院未果，最後向聯合國人權委員會申訴，主張瑞典違反其《公約》第 27 條的文化權。

根據人權委員會，瑞典的法律的確防礙／限制了 Ivan Kitok 享受文化的權利，然而，因為該限制係為了薩米族整體的永續發展 (根據統計，目前馴鹿的總數量約為 30 萬頭，這樣的數量僅能供給 2,500 名的薩米族人維持基本生計)，又，該限制是基於合理且客觀的理由 (停止以馴鹿畜牧作為主要維生工具超過三年)，因此，決定瑞典並未違反《公約》第 27 條。⁸

簡而言之，國家對於原住民 (族) (狩獵) 文化權的限制目的，必須是為了原住民族整體的永續發展，始得為之。例如 (只是舉例)，因為保育類動物 ABC 有瀕危的可能性，為了確保原住民 (族) 可以繼續生生世世地進行狩獵，則在與相關原住民族諮商並取得其同意後，限制明年獵捕保育類動物 A 的上限是三百隻、保育類動物 B 的上限是二百隻……等等，而因為台灣黑熊的數量已經瀕危，則禁止獵捕台灣黑熊；又或者，

⁷ *Ivan Kitok v. Sweden*, Communication No. 197/1985, CCPR/C/33/D/197/1985(1988), para. 4.2.

⁸ *Ivan Kitok v. Sweden*, Communication No. 197/1985, CCPR/C/33/D/197/1985(1988), para. 9.5.

為了確保原住民獵人能夠安全地進行狩獵活動，規定只有通過獵人協會相關考試，取得獵人證照的原住民，才能合法的進行狩獵……諸如此類。

三、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？

應屬違憲，理由如下：

1. 在進行狩獵前宣稱要獵捕的動物種類、數量，違反原住民（族）狩獵文化。

根據學者官大偉的研究，對於許多原住民族來說，上山狩獵之前要很低調，不能告訴別人要打什麼或是打幾隻，因為狩獵活動有太多不確定性，越是吹牛，越是打不到，這是一種文化上的禁忌。且要打到什麼獵物是山林之神給獵人／族人的禮物，向山林之神要禮物（宣稱要獵捕的動物種類、數量）是非常無禮且會被逞罰的。⁹

然而，為何原住民（族）在山林間進行狩獵活動數百數千年，仍能維持生態平衡？那是因為，對魯凱族來說（對布農族、泰雅族和許多其他台灣原住民族也是如此），重點不是一次上山要打什麼？打幾隻？而是什麼地方可以去、什麼地方不能去。也就是說，透過一種對地的規範，形成一種棲地中動物的永續。¹⁰

2. 要求原住民違反自身的狩獵文化（事前填寫欲獵捕的動物）違反憲法多元文化的精神。

在台灣，只有原住民可以依法對野生動物進行狩獵活動，目的係為了保障原住民（族）的狩獵文化，而依據原住民（族）的狩獵文化，進入山林狩獵前不能向任何人宣稱要打什麼獵物、多少獵物，因為那是禁忌。國家一方面允許原住民獵人狩獵，二方面要求其違反狩獵禁忌於事前填寫欲獵捕的動物種類及數量，是否自我衝突？因此，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

⁹官大偉，〈是「荒野」還是「彼岸」？--從生態觀的差異談原民狩獵的爭議〉，《思想》33 期，頁 95，2017 年 6 月。

¹⁰官大偉，〈是「荒野」還是「彼岸」？--從生態觀的差異談原民狩獵的爭議〉，《思想》33 期，頁 95-6，2017 年 6 月。

制，應屬違憲。

四、野生動物保育法第 21 條之 1 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？

野生動物保育法第 21 條之 1 所定之「基於其傳統文化、祭儀」之目的外，應包括自用，理由如下：

1. 文化權保障原住民族的獨特生活方式。依據聯合國人權委員會，「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與保護，以防止其獨特的生活方式（way of life）受到侵蝕，包括維生方式、自然資源，乃至最終的文化認同的喪失。」¹¹因此，「締約國必須採取措施，確認和保護原住民族擁有、開發、控制和使用其共有土地、領域和資源的權利」。¹³
2. 食用獵得的鳥獸為原住民的主要生活方式。根據伊能嘉矩於十九世紀末所作的調查，對於台灣原住民（族）而言，雖然各族因居住地區而多少有些不同，但其共同的生業（職業、謀生之業），主要為農業與狩獵。¹⁴又根據伊能嘉矩於 1899 對於台灣原住民所為之研究，台灣原住民獵捕的鳥獸，包括：鹿、山羌、山豬、山羊、猴子、石豹、熊、山貓、穿山甲、獺、栗鼠、山雞、鷲，其中，最常獵獲的是鹿、山羌、猴子。¹⁵而原住民狩獵的目的，主要有二：一為自用，一為將獵物當作貨幣，與平地人交換物資。關於原住民如何烹調獵得的動物，在臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查所出版的「番族慣習調查報告書」中，有詳細的描述：

¹¹ 《公民與政治權利國際公約》第 21 號一般性意見書，段落 7。

¹² 《經濟社會與文化權利國際公約》第 23 號一般性意見書，段落 36。

¹³ 《經濟社會與文化權利國際公約》第 23 號一般性意見書，段落 36。

¹⁴ 伊能嘉矩、栗野傳之丞著，傅琪貽(藤井志淨枝)譯註，《臺灣蕃人事情》，頁 222，原住民族委員會，2017 年。

¹⁵ 伊能嘉矩、栗野傳之丞著，傅琪貽(藤井志淨枝)譯註，《臺灣蕃人事情》，頁 226-7，原住民族委員會，2017 年。

「...這些獸類的烹調也很簡單。先將頭砍下讓血流出，其次用小刀剖腹，把內臟取出，然後剝皮。其次將四肢由其根部切斷，再切割肋骨，將軀體切成左右兩片，四肢則從其下膊的中央切去其末端。最後將骨頭與肉分開，並將骨、肉及內切成適當的小塊。但像豬、山豬之類的皮可食用的，則先以火燒毛後才剝皮。……穿山甲則先扔進熱水中，使其鱗全部脫去，其次剖開腹部將腸取出，連皮帶肉一起切，然後食用。……這些獸類的肉(1)放在籠上的竹棚做成燻肉；或(2)以鹽或飯醃漬貯存。……」¹⁶

由上可知，食用野生動物的肉類的確是原住民社會的生活方式。當然，原住民社會現在的生活狀況不一定與 100 年前的生活狀況雷同。由於目前並無相關的實證研究（有關現在原住民社會是否仍然食用野生動物、哪種野生動物），因此，筆者無法提供精確的研究結果。然而，就筆者每 1-2 個月返回部落探望家人、族人的經驗言，原住民社會仍然會食用山羌、山羊（以及其他野生動物）的肉，作為蛋白質的來源。

五、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，將原住民未經許可，製造、運輸或持有自製獵槍、魚槍免除刑罰，而僅處以行政罰。上開規定將免除刑罰之狩獵工具限於「自製」獵槍、魚槍，是否違憲？

槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項將免除刑罰之狩獵工具限於「自製」獵槍、魚槍，應屬違憲，理由如下：

1. 原住民（族）有使用「制式獵槍」的習慣，無「自製獵槍」之「文化」。

首先，我們必須要先理解原住民（族）過去的狩獵情形，獵槍是否為他們主要的狩獵工具？制式獵槍亦或自製獵槍？又原住民使用獵槍狩獵始於何時？由於原住民族以前並無書寫系統，我們僅能根據外人的觀察以及研究紀錄推測而知。

¹⁶ 中央研究院民族學研究所編譯，臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會，《番族慣習調查報告書 第一卷 泰雅族》，頁 98。

關於現在國家所承認的原住民 16 族的狩獵情形，最早的觀察紀錄，為日本學者伊能嘉矩、栗野傳之丞於 1899 年所著、臺灣總督府於隔年出版的《臺灣蕃人事情》。根據伊能嘉矩，台灣原住民族之狩獵方式，各族大同小異，包括：一、使用槍器射殺；二、使用鎗標或弓箭刺殺或射殺；三、使用陷阱捕獲；四、使用獵狗捕獲。其中，最普遍的方式為一與三，即獵槍與陷阱。¹⁷又根據臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會於 1910 年代出版的《蕃族調查報告書》中所示，原住民（族）進行狩獵時，多使用槍枝。¹⁸由此可知，在一百多年前，獵槍就是原住民（族）主要的狩獵工具。

又原住民狩獵使用的獵槍，係制式獵槍亦或是自製獵槍？關於此問題，可以參考學者陳宗仁的研究。依據陳宗仁的研究，19 世紀末、20 世紀初期原住民所擁有的槍枝種類，主要為制式獵槍，其種類繁雜、新舊共存，包括（但不限於）：中國式火繩槍（鳥槍）、燧發槍、銅帽擊發槍、施耐德槍、毛瑟槍、美國製的溫徹斯特連發槍以及附彈匣的連發槍。為什麼原住民部落會擁有如此種類繁雜的獵槍？其並非原住民主動的選擇，而是因為賣方商業販賣的結果。原住民所擁有的槍枝，雖源自於西方國家或商人，但主要係經過台灣島內客家人、福佬人及漢化的原住民中介轉販而得。¹⁹

接下來的問題是，台灣原住民使用槍枝作為狩獵工具究竟始於何時？老實說，這是一個很複雜的問題，原因在於，過去原住民係以「部落」為基本的政治、社會、經濟單位，不是「族」，而過去四百多年間，因為地理位置不同、對外人的態度不同，各個原住民部落與外人開始接觸的時間點也不同，因此，各個部落的歷史經驗是不同的，²⁰因此我們無法明確說明，「台灣原住民」使用槍枝作為狩獵工具始於何時。然而，在

¹⁷ 伊能嘉矩、栗野傳之丞著，傅琪貽(藤井志淨枝)譯註，《臺灣蕃人事情》，頁 227，原住民族委員會，2017 年。

¹⁸ 中央研究院民族學研究所編譯，臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會，《蕃族調查報告書 第四冊 賽德克族與太魯閣族》，頁 52。

¹⁹ 陳宗仁，〈近代臺灣原住民圖像中的槍—兼論槍枝的傳入、流通與使用〉，頁 63，臺大歷史學報 36 期，2005 年 12 月。

²⁰ 周婉窈，《臺灣歷史圖說（三版）》，聯經，2016 年。

荷治時期（1624-1662）荷蘭長官向民眾所發佈的法令集成中（臺灣告令集），我們發現荷蘭長官曾經禁止民眾交易獵槍予當地原住民，因此，我們可以推知，當時即有外人賣獵槍給原住民的事件。²¹

又根據學者陳宗仁之推測，由於從十七世紀初開始，有較多的外人來到臺灣，這些來到台灣的商人、軍人有些持用火繩槍，或許槍枝自此開始大量流入原住民社會。而官方文獻中明確記載原住民擁有槍枝的紀錄，為1710年代台灣的方志《諸羅縣志》。換句話說，原住民使用槍枝作為狩獵工具，至少已有三百年的歷史（對於那些最早接觸外人的原住民族而言）。

由上可知，不能排除台灣原住民使用非「自製」槍枝的習慣。原住民狩獵所使用的獵槍，係與外人交易而來。

2. 原住民（族）有權享受科技發展的利益及其應用

《經濟社會文化權利國際公約》第15條第2項規定：「人人有權享受科技發展的利益及其應用。」這裡的人人，當然也包括原住民(族)。在 *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand (2000)* 一案中，係爭個案的紐西蘭毛利人的捕漁方式，是以現代商業漁船進行捕漁活動，該捕漁方式是否也是《公約》第27條文化權所保障的範圍，為爭點之一。而人權委員會認為，「我們無法將一個人可以如何享受其文化權用抽象的方式描述出來，我們必須考量實際的情況。尤其是，第27條不僅僅保障少數民族用傳統的方式維生，也保障少數民族為了適應現代生活而改變了的維生方式……」²²，因此，原住民（族）有權使用現代獵槍進行狩獵。

²¹ 韓家寶、鄭維中著，韓家寶譯，《荷蘭時代臺灣告令集婚姻與洗禮登錄簿》，曹永和文教基金會，2005年。

²² *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*, Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000). para. 9.4.

六、原住民(族)(狩獵)文化權與生態保護要求如何相平衡？

原住民(族)(狩獵)文化權與生態保護間到底要如何尋求平衡？對於許多人來說這是一個非常大且複雜的問題，礙於篇幅，筆者僅能簡要說明如下。

老實說，這是一個非原住民才會提出的問題，因為，過去千百年來，台灣原住民一直過著與大地為生、仰賴森林自然資源、並與土地上的樹木、作物、花草、溪流、山岳等環境維持著和諧的關係。透過傳統的祖靈訓示、鳥占、²³ 嚴格的獵人規範以及對於大地之母之敬畏，原住民獵人知道何時可以進行狩獵、可以到哪裡狩獵、什麼樣的獵物可以捕殺、什麼樣的獵物不能，如此，住在山林裡的原住民才能夠持續與萬物共生數百數千年。也因為過去原住民積極地捍衛他們的土地與森林，直到二十世紀初期，台灣山林才能保持它數千年以來的生態平衡。

然而，隨著二十世紀大伐木時代(1912-1989)的來臨，²⁴ 野生動物棲息地被破壞殆盡，許多諸如雲豹等珍貴的野生動物也跟著消失了。²⁵ 1970年代開始，隨著野生動物保育的呼聲越來越大，政府也採取國際早期發展出的「菁英集排除式」的管理取徑，希冀透過將人類社會(例如：原住民)抽離自然界的動態運作，達到生態保護的目的。然而，這樣的作法，產生了許多問題，且被證實效果是有限的。²⁶ 隨著 1992 年「生物多樣性公約」的簽訂，國際上也有了越來越多關於「生物多樣性」與「文化多樣性」關聯的研究。簡而言之，現在許多學者皆認為，生物多樣性的維護必須要兼顧原住民的文化、生計，以及生態知識的保護、延續與

²³ 中央研究院民族學研究所編譯，臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會，《番族調查報告書 第四冊 賽德克族與太魯閣族》，頁 52。

²⁴ 李根政，〈台灣大伐木時代，到底砍了多少樹？〉，2016 年 7 月 20 日，<https://leekc-95kh.blogspot.com/2016/07/blog-post.html>

²⁵ 姜博仁，〈雲豹在台灣的前世今生〉，環境資訊中心，2019 年 3 月 5 日。<https://e-info.org.tw/node/216771>

²⁶ 盧道杰，〈原住民狩獵與生物多樣性保育〉，頁 30，《野生動物彙報及通訊》9 卷 3 期，2005 年。

應用。²⁷而聯合國環境署（UN Environment Programme）於2016年12月4-17日間於墨西哥坎昆市舉辦的生物多樣性第13屆全球會議中也通過了「使守護與永續利用生物多樣性成為主流以為健康福祉的『坎昆宣言』」（*The Cancun Declaration on Mainstreaming the Conservation and Sustainable Use of Biodiversity for Well-being*），其中，第16條規定，「政府應採取行動，透過尊重原住民的權利、永續利用生物多樣性的慣習，以及公正和公平地分享利用其傳統知識產生的惠益，強化原住民與社區對生物多樣性公約的履行能力。」²⁸

言而簡之，原住民（族）（狩獵）文化權與生態保護，並非二個互斥的概念，不能說想要維護原住民（族）的（狩獵）文化權就必須要犧牲生態保護，想要保護生態就必須要犧牲原住民（族）的（狩獵）文化權，而是政府必須要仰賴原住民（族）傳統的生態智慧，去維護森林的生態平衡。實際上的作法，仍需要由大家共同來思考，但在過程中，非常重要的一點是，政府應遵循「原住民諮商同意原則」（Free, Prior, Informed Consent），在草擬、制定與原住民權益相關的政策或法律時，應向相關原住民（族）諮詢並取得其同意。²⁹

（筆者為 *Sakura* 部落族人）

²⁷ 紀駿傑，〈生物多樣性保育與原住民文化延續：邁向合作模式〉，2001年9月。
http://biodiv.ntu.edu.tw/biodivctr/upload/conf_200109/09.htm

²⁸ 原文如下：“16. Undertake actions to strengthen indigenous peoples and local communities’ capacities to implement the Convention on Biological Diversity by respecting their rights, the customary sustainable use of biodiversity, and the fair and equitable sharing of benefits arising from the use of their traditional knowledge and practices.”

²⁹ 國家於草擬影響原住民族權利之政策、制定法律時，應事先取得相關原住民族的知情同意。參考鄭川如，〈原住民諮商同意權的由來與內涵-從亞泥礦權延展案談起〉，月旦法學雜誌 309 期，頁 96-109，2021 年 2 月。