

法庭之友意見書

2021.03.02

案號：大法官審理會台字第 12860 號王光祿等，就槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項及第 3 項、野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項及第 2 項、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第 4 條第 3 項及第 4 項等規定，認有違憲之疑義，聲請解釋案。

陳述人：林淑雅

備註一：本件意見關於文化內涵部份徵詢自以下兩個民族，時間與參與者如列

2021.02.02 賽德克族狩獵耆老座談會（劉永清、洪仁和、蔡光文、桂文同、溫樹土、瓦歷斯·貝林、洪良全、邱建堂、伊婉·貝林）

2021.02.03 布農族高等教育籌備委員會會議（尤哈尼·伊斯卡卡夫特、司金武、王順良、洪文和）

備註二：本件意見關於法律見解部份由林淑雅提供（含附件一），基於時間、語言限制，未詳與兩個民族討論確認，可能有誤解民族立場、無法完整呈現文化意涵、難以轉譯文化精神為法律概念等闕誤。

備註三：本案徵求意見起始日至截止日為時不長，各原住民族不易召集會議回應，建議大院於言辭辯論後仍開放相當期間徵求各民族意見。

1、原住民（族）（狩獵）文化權部分 我國憲法是否保障原住民（族）（狩獵）文化權？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？

→

a.原住民族文化權屬於國際法上確立的人權，涵蓋個人與集體面向，相關論述完整，並可參酌兩公約及其一般性意見、聯合國原住民族權利宣言，茲不贅述。

須特別陳明的是，我國憲法保障原住民族文化權的依據，在集體權利主體部份包括憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段的各原住民族集體（基於各民族的多元、差異、平等，此並非指泛原住民族集體，而是以個別民族為單位）、

憲法第 5 條各民族一律平等（修憲承認原住民族之後的體系性解釋結果）。權利內涵部份，原住民族文化權在自由形成、行使、發展、實踐的意義上，與一般自由權利類似，連結民族自決自治權並包含政治、經濟、社會、文化層面。我國憲法關於人民基本權利，並未侷限於個人權。舉凡對原住民族生存發展、文化維繫、尊嚴與認同而言不可或缺、具有重大意義的事項，皆可屬於原住民族集體文化權範疇。適當的時候，憲法明文的基本權利或憲法第 22 條都可成為原住民族集體文化權的依據，例如原住民族生存權、財產權、教育權、言論自由權（語言使用）等。原住民族文化權也與其他憲法基本權利類似，國家有予以尊重、保護、促進的義務。

確立了原住民族文化集體權後，國家對其所作的限制，必須符合憲法第 23 條規定。自然地，原住民族文化集體權，也就需要與各該民族成員、非原住民個人、整體公共利益進行權衡。另一面而言，國家的轉型正義任務也在於，檢討長期以來的諸多法規範秩序內容，將原住民族文化權的保障、多元文化的價值肯認為“公共利益”的一環。因而，防止妨礙原住民族自由、增進多元文化公共利益，就可能作為保護各民族集體，限制民族成員或非原住民個人的基礎。這些權衡，都必須以國家能夠辨識原住民族尊嚴所在，文化維繫關鍵及其脆弱原因為前提。

另外，原住民族文化權畢竟是現代法規範用語，憲法或國際法對於權利的論述，其實無法涵蓋原住民族獨特語言文化、深刻精神文明所呈現的現象。原住民族狩獵，在其涉及的生存、社會、規範、生態、人地關係、物種關係等複雜網絡中，其實更大成份談得是責任，而不是權利。原住民族獵人扛著照顧家人、照顧族人、照顧環境、照顧土地、尊重獵物、敬畏神靈、延續生命、萬物共存的责任。責任被剝奪之後，原住民族也失去自由，從而以權利受侵害的形態進行主張。而這讓國家或主流社會總誤以為，原住民族主張權利是單純希望排除國家法規範限制。事實上，各原住民族關於狩獵的行為規範與責任，遠遠比國家管制槍枝、管制狩獵物種的規範嚴格多了。

→

b.原住民族狩獵文化與族群生存、生命禮俗、歲時祭儀、社會組織、空間規範、生態環境、風險管理...皆有密切關連。原住民個人狩獵權建立在所屬民族集體文化權的基礎上。例如狩獵原則上禁止越區，除了禁止進入他族傳統領域狩獵之外，一民族內的個人獵場、家族獵場、氏族獵場、社群獵場、部落獵場、民族獵場的區分、使用規則與例外，則有民族與民族之間的差異，個人必須遵守各該民族的獵場規範才得以狩獵。再例如狩獵為高風險活動，基於謙抑與分享原則（也具有社會保險效果），取得獵獲物後的分配範圍、分配方式，也有民族與民族之間的差異，個人必須遵守各該民族規範。再例如，是否獲得狩獵傳承的判斷，各民族有不同認定、不同傳承方式，甚至包括祕而不宣的傳承

內容。因此，單純保障原住民個人狩獵權（保障其使用合法槍枝獵捕野生動物），並不足以保障個別民族集體的狩獵文化核心以及諸多狩獵文化規範，而後者是原住民個人狩獵正當性的來源。

2、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)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？(2)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？(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？(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？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）？

→

a.本案系爭規範，似乎假設原住民族狩獵文化權與環境生態保護、野生動物保育必然相互衝突，這是出於對原住民族狩獵文化的誤解。基於誤解而設計出對原住民族狩獵文化的限制，往往未辨識出狩獵對原住民族生存發展、文化維繫、天人觀價值觀的重要性，也忽略甚至反而瓦解狩獵文化在當代生態保育、生態知識、環境維護、環境預警上的關鍵角色。

獵人承擔保護族人生命安全、提供家人動物性蛋白質的義務，狩獵所需生存知識，讓獵人有能力從事危險的狩獵活動、警示周邊族群不得入侵，也巡守並照顧傳統領域環境、了解必要時的居住遷徙地點。原住民族耆老指出，沒有獵人就不像家，也不像部落。

為了能夠有長期穩定的獵獲物，以支持原住民族文化生活所需，原住民族狩獵通常同時有維護環境生態、保育野生動物的功能。真正的獵人熟悉當地動植物生態與環境變化，可以從獵徑狀態、植物、各類動物足跡、各類動物排遺、氣候、水源等，判斷野生動物的棲地分布與數量多寡。獵人之間資訊的交換、狩獵的各種禁忌、獵場獵區規範、狩獵時序等，都讓野生動物有充分休養生息機會。狩獵的豐收，一般僅是個人得以背負重量為限，至於祭儀需要大量用肉時，則會以部落或獵團方式圍獵。每一個民族的文化上主要食用動物或禁忌，也應屬於可得調查而知的事項。原住民族耆老表示，由於近年禁獵、禁伐、獵人減少等因素，目前野生動物數量較過去為多，動物食物不足即常發生啃食樹皮的情況，不利森林生態平衡。

國內外學者的研究，大多支持原住民族狩獵文化與生態保護、野生動物保育之間的正向關連。狩獵固然有可能是野生動物減少的原因之一，但生態保護、野

生動物保育的危機，更可能是原住民族傳統狩獵文化受到戕害、無以維繫的結果。

→

b.原住民族耆老對於國家法規為了保育限制狩獵或要求須事先申請，很氣憤的說：狩獵是我們的 Gaya，很難禁止；我們要找食物，為什麼需要向國家登記申請？；已經吃飽的人，才會談野生動物保育；日久之後也許我們會轉換新的文化價值，但這是不能強迫的。

原住民族狩獵為了族群的生存與文化延續目的，會以生態保護、野生動物保育為手段。野生動物保育法的立法目的，是為了保育野生動物，維護物種多樣性與自然生態平衡，採取禁獵的手段。這之間顯有歧異，但又蘊含調和可能。相較於原住民族社會將人類行動納入生態平衡、物種多樣的動態網絡中，現行國家法規則傾向無人保育區、無人國家公園的自然與人類二分方式。後者做法在當代的國際保育概念與實踐上已經受到大幅修正。

國家在處理原住民族狩獵與野生動物保育、生態保護的議題時，必須認識原住民族狩獵的生態保育功能與方法、原住民族狩獵相關的各類責任意義、原住民族對於生態平衡的觀點與知識體系、原住民族內外在社會條件變遷、原住民族因應社會條件變遷的方式、原住民族狩獵文化傳承與教育機制...。否則無從設計有效保護原住民族狩獵文化、有效運用原住民族狩獵文化達到生態保育的法律制度。從原住民族集體文化權的自決自治內涵出發，國家可以透過共同管理機制、諮商同意程序，與各原住民族協同判斷：某類野生動物瀕危狀態/數量與原因、一般類與保育類野生動物的界定與調整、建立狩獵行動過程適當措施、落實各民族狩獵文化規範、評估狩獵行動與保育成效。以此，讓各原住民族再次成為治理的主體，而不是單純受管理的客體，讓各原住民族集體文化權的當代踐行，成為民族成員個人狩獵行為的遵循依據。

→

c.野生動物保育法第 21 條之 1、原住民族基本法第 19 條第 2 項提及的基於其傳統文化、祭儀、自用等字眼，文義上相互重疊，並非適當分類。野生動物保育法第 21 條之 1 雖僅規定基於原住民族傳統文化、祭儀，文義上即已涵蓋自用在內。

以原住民族狩獵所得作為食物這項主要目的為例，基於個別文化傳統，有依特定原則分配食物於家人、家族、氏族、獵團其他成員、獵狗主人、部落其他成員或換工者的慣俗；為了祭儀或生命禮俗而狩獵的獵獲物，也會在儀式之後進行分配。從最終食用獵獲物的角度而言，無論是祭儀、分配給親族、自己食用，由於此類食物並無買賣，其實都可以稱為自用；再由於各原住民族對於狩獵所得食物的分配有其獨特原則（包括部位、大小、優先順序等），因此也可一

概稱為基於其傳統文化。狩獵作為一種高度危險、不確定的行動，所得獵獲物更像祖靈或神靈的贈與，並非單純基於個人能力。這就是為什麼謙卑以及獵獲物的分享是絕大多數原住民族狩獵文化中的重要元素，也不應該將分享與自己食用視為相對立的概念。

另外，原住民族狩獵的獵獲物，也可能將局部作為儀式、工具、衣物、飾品、獵靈袋（暫譯，此為賽德克族族語中的 Lubuy）等等之用，同樣可以稱基於其傳統文化，以涵蓋各民族之間的多元、差異。

基於以上理由，無論野生動物保育法第 21 條之 1 是否納入自用字眼，基於原住民族傳統文化、祭儀而狩獵取得獵獲物，都已經且必然包括自用目的在內。

反過來說，如果某些原住民族傳統文化上，狩獵的獵獲物本身可以作為買賣標的，則法律條文中的自用字眼，反而是限制了原住民族傳統文化的部份踐行。此時，即必須對限於自用的法規範進一步做是否合憲的審查。

3、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？

→略

4、以下請研究原住民族專家及生態保護專家表示意見

(1)狩獵活動對於台灣原住民族傳統文化之意義與重要性如何？原住民狩獵對生態保護之影響如何？(2)傳統上，台灣原住民族之狩獵方式與狩獵工具為何？台灣原住民使用槍枝作為狩獵工具是始於何時？其用以狩獵的槍枝是否僅限於自製獵槍、魚槍？是否包括空氣槍？(3)野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項規定，與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第 4 條第 3 項及第 4 項規定，有關事先核准之申請部分，與維護原住民傳統狩獵文化以及生態保護之間有何關聯性？

→

a.請參見前述意見。關於狩獵工具部份補充如下。原住民族以各類陷阱、槍枝、弓箭、矛、毒藤進行狩獵、漁獵。原住民族於清國時期即透過與平埔族交易取得槍枝，而開始使用槍作為狩獵工具，並未使用空氣槍。槍枝是生活的必要工具，具有神聖性，只能狩獵使用，也有許多禁忌。1997 年為了開放自製獵槍，曾經調查 1985-1997 年之間刑事案件記錄，除了意外走火的傷害，並無原

住民因持有獵槍而有殺人的刑事記錄。

謹 呈

司法院 公鑒

2021 年 3 月 2 日

陳述人：林淑雅

原住民族狩獵文化與憲法保障座談會

會議記錄

【第一場】憲法現代基本權演變與原住民族狩獵文化之關聯

主持人：許玉秀 司法院前大法官

與談人：李建良教授、林淑雅助理教授、錢建榮法官

內容：

許玉秀：開始思考原住民對土地的主張在三十年前，2007 年到 2010 年宣揚尊重差異這個憲法價值時，原住民問題是所關注的問題之一，2016 年第三屆模擬憲法法庭審理轉型正義議題，讓我有機會上了一趟阿里山拜訪鄒族的朋友，近距離接觸原住民的生活，這些經驗讓我對原住民問題有些了解，對我來說任何主張獨立自主的人都是我的夥伴，能為他們做點什麼都是非常樂意的，今天這個場次由我來為大家服務，首先我們就請李建良教授開始他的報告。

李建良：這個場次的主題設定是現代基本權演變跟原住民狩獵文化的關聯，我今天想跟大家分享個人的一些基本想法是從另一個角度出發，我的設題是原住民的狩獵與規範衝突。規範衝突在我來講有兩種涵意，第一個文化與規範之間產生衝突，王光祿案件就是典型例子，個人狩獵行為被法律加以制裁，這個是文化與規範產生的衝突，另外一層涵意是規範之間本身也發生衝突。王光祿案件的細節因時間關係不再贅述。

以王光祿案件為例，使用撿到而非自製槍枝為狩獵稀少野生動物的行為，現行法律科處兩種罪責，一是持有槍枝罪，另一是狩獵野生動物罪，法律依據分別是槍砲彈藥刀械管制條例，還有野生動物保育法，這兩個法律對這兩種行為做規範，以刑事處罰方式加以制裁。從這兩個規範可思考，文化，國家到底能不能管？我認為，文化本身不具有可規範性，但是文化可能產生的第一種情況是使用槍砲問題，槍砲我們可以簡化成就是一種工具，對人類共同生活可能造成影響，國家可以對工具本身加以規範，但規範時需文化中立。第二種是野生動物的保育，狩獵是對野生動物宰殺的行為，國家加以規範，是因為其行為本身就像工具一樣，可能也會影響人類的共同生活，但國家在規範時同樣需文化中立。

王光祿的案件並非處罰開槍，而是持有，是刑罰，而非行政罰，我們必需思考「持有」本身的可罰性問題。就原住民的狩獵文化本身來說，我個人認為，其內涵與野生動物保育是不衝突的，具有內在的正當性。本案法院論究當事人構成刑事責任，是根據辦法而非法律，辦法對於自製獵槍的定義增加傳統文化的要素，超出法律授權的範圍。另外，原住民族到底可不可以去狩獵？系爭辦法裡面對傳統文化加以定義，我認為是有問題的。例如狩獵時間不對，所以構成刑事責任。但是行政機關有何權力定義原住民族的狩獵期間？這個部份本身是有很高的內在規範矛盾。國家到

底有沒有能力或正當性去介入原住民的文化，如果沒有的話，那國家的介入行為本身就構成違憲的可能。

許玉秀：第二位請林淑雅教授先報告。

林淑雅：今天很高興來跟大家做點分享，但是與其說試圖要解決現在釋憲上的難題，那倒不如說從原住民族基本權利的角度給大家一些基礎的想像。因為從剛剛李建良老師的報告其實大家就可以知道，如果我們對原住民族的狩獵或者是整體文化沒有一些基本了解，或者不清楚如何去銜接現有憲政下的法律體系的話，老實說我們很難去承認原住民族有些什麼樣的權利，或者判斷國家什麼樣的限制是正當跟合理的。

我會大略按照主辦單位給的題綱，像第一個大主題問狩獵權的內涵跟圖像，它究竟是集體權、個人權還是兩者兼具的狀態。當我們在想像狩獵的時候，老實說它並不是原住民拿著槍去打動物，這個並不叫做狩獵。我們現場有看到一些來自不同族群的長輩，他們應該很清楚。當我們在講原住民的文化或是他的狩獵的時候，其實講的是一個關於空間的規範、關於行為的規範、關於人的規範，以及在這當中關於大大小小不同組織系統裡面，如何去確定一個空間時間跟規範以及人際關係的一系列問題。

我可以隨便舉例，比如說狩獵會涉及傳統領域，家族獵場氏族獵場是不一樣的；一個獵人要怎麼樣才叫做獵人，不是他會開槍或是他可以辨識動物，他必需要對整個地理環境、氣候、水文、動植物彼此之間的關係，他要有所了解；這個知識不是一天就可以了解，他必需要跟獵進行學習。在狩獵的時候，會有分享的一些規則，動物不會只待在你們家的獵場，不會只待在部落的獵場，如果跑到另一個獵場難道你就在這一邊止步嗎？這種狀況下你打到獵物的時候如何進行分配？然後再來就是當你出去狩獵的時候，會從頭到尾一直到最後打到了獵物才結束嗎，或者根本就無法打到才結束？在從事狩獵的很長一段時間裡面，獵人會因為占卜或者是禁忌、或者是一些徵兆，以及在傳統的信仰當中結合的這個狩獵行動，它會有一些隨機性的保育規則，比如說你會因為某些因素就中止了這次的狩獵。另外，在獵場當中呢，可能會有一些保育區禁獵，那裡可能是動物繁殖的地方，也可能是取水的地方。

所以我們看到這一系列的東西，所有的知識規範系統是跟狩獵這個行動完全密切結合在一起。可是我相信大部份的人一定會懷疑說，那請問現在原住民族的社會還是這樣嗎？我們所說的這個非常繁複完整的系統現在還存在嗎？如果不存在我們是不是就不應該承認它這種傳統文化之下的狩獵權呢？我們必須說的是，在場的大家應該都很清楚，原住民族之所以失去他這個完整的包含土地空間、規範、社會人際關係，也包含它的教育系統的狩獵文化真正的原因是什麼，其實就是國家法律體系造成的影響。原住民族現在在各自的社會裡面，其實仍然都保留一些殘存的關於他文化的實踐。所以他一時的或是被外在強迫，因為一些歧視偏見的影響，導致他沒有

辦法去踐行完整的文化權利當中的狩獵行為，這不代表他因此就要失去他的文化狩獵權，這個是我們必須要注意的。

另外，每一個文化它都不是僵固的，它是變動發展的，例如剛才李老師提到關於獵槍，原住民除非他自己有辦法冶煉金屬，否則他絕對不可能去製槍，製造金屬的槍殼或者是子彈，或者是以前矛的尖端。如果他不是透過交易而來，不是隨著他自己接觸的族群，他可以取得一些進步的工具，早一點讓獵物死亡而不至於讓牠痛苦太久，如果不是這樣的話，他的文化如何說是一個活生生的而不是放在博物館當中的文化。文化它會隨著社會條件而變動，如果它沒有經過強迫的話，當代的民族也會碰到他的社會條件不一樣了而變動，比如說他不能再運用狩獵習得的知識去捍衛他的土地，例如直接殺掉那個侵犯他領土的人，或者是說他不再將狩獵當作單一生計的工具，因為這是社會或自然條件的變化。原住民族也會碰到其他外來的族群，他自己的每一個成員也可能已經是國家的國民，所以這個文化在他自主變動當中其實也會受到社會的變遷影響，以及他會看到一個在更大團體裡面的社會秩序跟公共利益，包含其他人的基本權，所以在當代去權衡原住民族的文化基本權、文化狩獵權，本來就會是有必要的。

原住民狩獵文化權本身它其實就是同時具備了集體權跟個人權的部份，為什麼我們需要去特別確認這個集體權，我們想像一個人他可以拿著獵槍去狩獵這件事情，難道就代表他的狩獵文化權得到確保嗎？如果他失去這個獵場，比如說他沒有傳統領域，比如說我們有各式各樣的獵物，因為開放了其他狩獵或濫獵的行為，導致已經沒有獵物，失去了物種的多樣性，事實上他也不可能去踐行他的文化的狩獵權。所以作為一個集體權，原住民族傳承這一系列在這文化社會裡的規範以及對於空間的知識跟保護的過程，我們就會說這是一個集體文化權，它本身也一定會蘊含物質的基礎，所以當他失去了這個物質基礎，特別是國家法律導致物質基礎的失去的話，這個個人老實說是不可能去享有他真正意義當中的，去分享集體文化狩獵權當中的個別狩獵權。

當我們談論集體權，請大家一定要特別留意，我們在說的是一個文化的主體，也就是它一定是跟文化自治是有關係的，就好像個人是道德上是一個主體，所以他享有基本權，民族是一個先於國家的一個社會團體，它跟我們一般任何自由形成的或是國家創設的公司或其他法人通通都不一樣，它因為社會性的關係，事實上就讓這個族群本身無論是宗教的或者是語言的少數，或者是族群上面的少數，它也跟個人一樣成為一個道德性的主體。所以在當代國家裡面，我們在談論這個集體權的時候，其實跟我們現在常常在講的社會福利當中的優惠性差別待遇是完全不一樣的，因為優惠性差別待遇是針對這個族群當中的個人，而且是希望支持他，讓他可以加入這個主流社會，所以我們對他優惠的項目一定是想辦法讓他可以進入這個主流社會的標準。可是集體權本身在說的是，身為一個獨特的民族，他文化當中的特殊性以及他的自我認同要能夠存在、延續而且要有變化的可能，也就是他的發展。整體來

說，像我們今天無論在討論王光祿的案子或者是我們在理解我們法律的時候，這都是很重要的一些背景。

另外，我要再簡單的說一下，我們中華民國的憲法裡面，到底有沒有集體權或第三代人權存在的可能，我們只要從中華民國也就是臺灣整個修憲的過程裡面就能知道。從沒有原住民到原住民放進憲法，一直到歷經原住民族運動的抗爭，最後出現“民族意願”而且是保障原住民族做一個集體的基本權的主體進入到我們的憲法裡面，我們就會知道這是有意識的從對一個個人單純是一個國民的保障進入到去承認每一個民族的權利，所以集體權保障的對象是非常清楚的。可能有人會說原住民族條款是規範在基本國策章，基本國策不是基本權，可是從幾次修憲，特別是1997年之後，我們要體系性的去理解這個憲法的結構，總綱中就有引導整部憲法的各民族一律平等，再看原本有的民族自治，無論我們認不認為它可笑，就是蒙藏或是邊疆民族的自治，再加上現有的原住民族條款關於民族政治地位應依照它的意願與保障它的自治，我們必須結合起來去看。而且基本國策章裡面的條文，它並不是一樣抽象，也就是說憲法的條文它的抽象跟明確性是要個別去觀察，如果我們去看增修條文當中原住民族條款的話，我們會看到其實那個集體的主體是很清晰的已經建立了起來。所以集體權的這件事情，在我們憲法體系裡面是絕對沒有問題的，甚至我們可以說在原住民族條款出現之前，其實包含像總綱的條文，它其實就已經確定了這件事情。因為這種民族的自治權或是集體權，它事實上是無法單純分散變成是每一個個人基本權，然後由他們共同來行使就可以的。

第三代人權一個常常被人家挑戰的問題是，它會不會侵害了我們社會的其他人？它會不會侵害了他自己族群內部的人？如果我們讓它狩獵的話，我們剛才聽到各民族有各式各樣的狩獵規範、有各式各樣的要求，那會不會反過來限制他族群裡的成員？或者是限制了我們其他主流社會的第三人？因為時間的關係，我只能很快的先跟大家說，當我們去承認每一個民族它都是一個集體權的主體的時候，我們是讓這個國家的社會秩序跟公共利益真正的突顯出多元文化的價值，也就是讓各個民族它集體的利益可以成為被權衡的平等的主體，並不代表民族集體利益百分之百具有優先性，也不代表民族自治的結果是不能夠經過國家的司法審查的，也並不代表說它一定優先於現在它自己族群內部成員的個人利益。

可是我們現在在強調的是，過去各民族作為一個集體的基本權利是從來沒有被好好考慮的，所以它會被低估它基本權的核心，它會被低估它的重要性，也會被國家及其他的第三人很輕易的說我們可以限制，或者是這個侵害也沒有什麼，所以當我們讓原住民族做為基本權主體可以呈現在法律秩序裡面的時候，我們就可以讓這個民族有機會說出關於它自己的規範是什麼？關於它自我決定的文化價值跟核心內涵是什麼？以及為什麼這件事情跟保護它的個人成員人性尊嚴實現是有關係的，以及為什麼它在保障個人以及整個集體的權利的時候，在這發展的前提之下為什麼它可以合理的去限制它的個別成員。因為時間的關係，我就分享到這個地方，之後我們再做一些進一步的討論，謝謝。

許玉秀：真的感到非常榮幸，今天可以為林淑雅教授這位年輕學者服務。她今天的表現超過許宗力院長諸多其他學生了。不過學生優秀，不表示老師也優秀。第三位有請錢建榮法官報告。錢建榮法官是非常優秀的法官，判斷法官優秀與否，可以以他為標準。

錢建榮：其實剛剛都有提到，我們從釋字 719 號去說明憲法第五條，各位有沒有想說我們第七條已經講平等原則，也講不分種族，可是第五條特別還講說中華民族各民族一律平等，就像剛剛林淑雅老師提到的，我覺得那就是憲法同意容許集體權概念的一個釋義權依據。那至於增修條文的基本國策章，那是因為沒有辦法去修前面第二章的基本權的時候所做的另外一個方法，這個李建良老師是專家，那這個基本上至少第十條第十二項我想一定是一個不能是單純的一個所謂的一個基本國策，而是應該是一個立法委託，可以導出國家保護義務，也就是 719 解釋大法官去同意的。那至於要不要從憲法 22 條我倒覺得也未必，其實不管從生存權，從財產權、文化權的概念，其實應該都是不難得出。

那再來就是原住民族，既然國家特別對他訂了基本法，那基本法基本上就是優於其他法律，所以在法律層次的地方，基本法也就是允許原住民族有獵捕野生動物的權利，雖然它有限制說以傳統文化祭儀或自用為限，那至少狩獵絕對是原住民族的一個文化權，這從經社文公約、公政公約都有允許的依據，那尤其是什麼叫文化，那個 21 號的一般性就是花很大的篇幅去說明什麼樣叫做文化，那這個大概第三場鄭川如老師是專家，這個部份就省略。

那再從判決，最高法院 102 年台上字 1093 號它也特別說只要非營利以自製獵槍從事獵捕野生動物是他的基本權。一直都說原住民的槍一定要是前膛槍，我今天來是一直要想要宣揚我在第五屆的原民研討會，我就一直強調一個觀念，我認為我們整個行政體系全部把這個東西給弄錯了，剛剛李建良老師也提到，其實基本上原住民持槍以及原住民獵捕野生動物，那先不提立法的限制，那個保育類那個先不提，我認為立法者已經全面把原住民除罪化，換言之就算他違反有些就是比如說行政機關另外立的規定，那也只是行政罰。

從原住民的獵槍的除罪化脈絡來看，我覺得就可以得到我一直強調的這個結論，我們之前對前膛槍的限制的時候，那個時候請注意在 86 年公布的 20 條其實那時候原住民還是有刑罰，只是減輕或免除其刑，可是到 90 年的時候，也就是現行的這個 20 條，它已經全部進到說，假如你未經許可持有獵槍漁槍那是罰兩仟塊以上好像兩萬塊以下的罰鍰，漁槍也是在 93 年接下來就除罪。那問題是出在像李建良老師剛剛有提到，問題出在我們授權所訂定的辦法，反過來又對工具做了限制，而且甚至自己加上所謂文化的限制，那 20 條的條文就這樣，它講得很清楚，就是本條例有關刑罰的規定已經並不適用，所以換言之只要違反，不管違反命令或是構成要件以外的行為，它就已經變成行政罰了，怎麼會有刑罰？

重點在獵槍的定義，立法者根本沒有對獵槍有定義，就只說獵槍是槍，甚至空氣槍的部份，空氣槍也可以拿來打獵，為什麼獨獨對空氣槍減輕其刑，那是因為 669 號解釋的問題。所以自製獵槍的定義，那個管理辦法裡面所訂的就把它訂成前膛槍我覺得就會非常有問題，在 102 年這個判決就已經強調了，後膛前膛都包括，甚至沒有訂定子彈，但子彈也包括，管理辦法一直不敢訂定子彈。102 年判決出來後，內政部說因應這個判決要重新修正對獵槍的定義，結果還是堅持前膛槍，還是堅持不能放子彈，而且還訂定了槍的總長必需是 38 英吋，也就是一定要 96.5 公分以上，如果今天原住民做了一把槍只有 96 公分，少 0.5 公分，那要不要變刑罰？就變刑罰，那違反這個規定，如果照現在刑事庭的邏輯是這樣。所以我說這沒有放寬反而還緊縮，這個其實就是槍枝恐懼症。其實剛剛李建良老師有提到，就是持有槍好像就是危險，台灣社會犯的就是一個槍枝恐懼症，那什麼叫做獵槍漁槍，我認為用來打獵的槍就叫獵槍，就這麼簡單，沒有什麼獵槍還要去規範的，就好像什麼叫兇器什麼叫兇刀，行兇用的就是兇刀，不能說水果刀就變成水果刀而不是兇刀，這很簡單就是所謂的功能取向，不應該結構取向。

所以接下來至少要思考的是不該是刑事庭的事情而是行政法院的事情，也就是說即使違反了這些規定，都應該是行政法去處罰，換言之我一直呼籲，只要警察移送刑案，檢察官就應該做不起訴處分，它已經不是刑罰的問題，如果檢察官去起訴，刑事庭應該用 303 條第 1 款直接判起訴違背程序，用這個方法來說這已經完全除罪化了，是行政罰的問題。這個問題還可以思考說，整個實務界通通都錯亂了，我去查過，真的找不到任何一件警察有開罰的例子，就是野保法也一樣，都沒有對原住民開罰用行政罰，他（實務）只要認為他（原住民）違反了管理辦法的規定就通通移到刑案去，行政罰裡面一個例子都沒有，所以行政法院裡不會有案子。換言之，這一條是空的，完全沒有人被用行政罰。我就很簡單問，持有前膛槍是刑罰還是行政罰，條文講得很清楚，已經不適用原住民了，就是行政罰而已。

那再來自製的定義，法院應該通過個案去解釋出來，怎麼會連這個問題都問大法官？野保法其實也除罪，這在 102 年的 21 條之 1 也是除罪說原住民獵殺野生動物其實是可以除罪的，也就授權訂辦法，還訂了各原住民族在什麼季節才可以獵殺。但是原民基本法 19 條有規定，訂的範圍是說傳統文化跟祭儀，基本法有說自用，倒過來說是不能有販賣等營利行為，結果王光祿的案子他說是自用，所以不是為了祭儀，所以就變成犯罪。王光祿的案子是因為他獵殺的是保育類，所以他野保法有罪，槍的部份說他是自用，所以就也有罪，可是實際上在野生動物的部份，其實最高法院判決 102 年台上 3541 就已經提出一般野生動物是不是其實是立法疏漏，其實我認為可能是可以排除的，但不管，授權的辦法自己也包括（保育類）野生動物也可以獵，只要在狩獵祭在所謂祭典裡面，所以後來 104 年台上 243 號判決也就直接認為這個案子他是獵（保育類）野生動物山羌直接判他無罪，它說只要是在他的狩獵祭裡面。那從這個邏輯來看，王光祿就應該在野保法也是無罪，當然野保法的部份是因為辯護人竟然忘了上訴理由，最高法院是直接閃過，就不提野保法的問題。

再來就是自用，它一直限縮他在自用，我的疑問是這樣，那祭儀跟文化難道不是最後要自用嗎？不然你祭拜後難道是要給鬼用嗎？還不就是自己用，那王光祿不能說我在家裡拜完再給我媽媽吃嗎？在家拜過祖靈後自用，難道就不叫祭儀，那一定要聚在一起叫豐年慶才叫祭儀？我們法官常常放棄自己釋義權的範圍，其實你用體系解釋用原民基本法，就應該有自用的在裡面，就算你要堅持說這個地方沒有自用，可是其實自用也會是在祭儀裡面附帶的當然結果，這沒有什麼好講的，這釋義權然後要自己去用。

所以違憲的到底是誰，不明確的又是誰，書面裡面有提到，我認為違憲的就是這兩個辦法，就是行政院內政部或是農委會他們訂的辦法，法律基本上我認為沒有違憲，如果你要問我法律真的有違憲的話，我聽過原住民的同胞講說，其實刑法跟行政法在原住民來看都叫處罰，原住民沒有所謂重罪輕罪，那都是一個羞恥的印記，換言之，如果是行政法我也沒有辦法接受，大法官應該直接宣告連行政法都違憲。那至少在現行前提下，是整個刑事體系完全用錯了，通通倒，不符合行政法的規定，就通通變成刑法的規定，所以我說違憲的是什麼，是所有刑事庭判的判決，包含無罪判決，因為你連無罪都不能判，你就只能判公訴不受理，就跟警察機關講這就是行政法怎麼會是刑法的問題去找行政法院。然後再來不明確的是誰，不明確的是最高法院自己不敢針對法律詮釋然後甚至你不需要去受限於這兩個辦法，因為法官不受命令的限制，直接表態你的法律見解，然後這個申請書不需要跟大法官提出，你直接在判決書做出宣示就可以了，我常常講最高法院的法官自己有憲法意識的話，就不需要去問大法官，這個法律我認為沒有問題，除非你要說行政法有問題，否則基本上其實有問題的是辦法。所以我引用亞榮隆·撒可奴最後的獵人作者，他的文章還收在九年國教的書裡面，他說槍沒有問題，有問題的是人，謝謝。

許玉秀：如果報告人和與談人不先互相回應，那麼先蒐集三個問題，再一起回答。

Q & A

Q 1：法律扶助基金會原民中心專職律師謝孟羽：在幫原住民族人寫釋憲理由書的時候，我們看到最高法院法官的申請書上對基本權利的著墨是沒有的，大概只是講了什麼違反兩公約，原基法等等的，可是我們在釋憲實務上，畢竟還是要告訴大法官說他到底侵害了哪個基本權，剛剛林淑雅老師及錢建榮法官都有說了一些論述，可以找出集體權這樣憲法上的依據，那想請教釋憲上，因為從來沒有遇過集體權的釋憲，它跟一般個人式的基本權的論述上會有什麼不同？另外在野生動物保育部份，我們會面臨動保團體最常質疑的就是客觀數量問題，那這部份又該怎麼去回應？

Q 2：原住民族政策協會理事 Savungaz Valincinan：常遇到的問題是為什麼原住民的文化是特權，不用被受到拘束？在回顧辦法裡面，會談到說文化本身像淑雅老師剛剛介紹的，就有一個程度的彈性，那事實上我們很清楚知道那已經被國家法律架空，問個跟釋憲比較沒有關係的問題，它如何有可能在現行國家體制底下，這樣的規範受到法律的承認。

Q 3：國北教大賴研究生：關於釋憲程序問題，也就是說目前王光祿釋憲案是由最高法院申請釋憲，那如剛剛錢法官所提法官寫的釋憲申請書可能比較簡單了一點，那在大法官釋憲的過程中，目前這個案子是由最高法院釋憲申請提出，那接下來會有很多論述，包含民間的論述，因現在釋憲沒有法庭自由的制度，未來的釋憲程序在大法官的程序裡面有什麼樣的方式可以讓一些補充的理由讓釋憲案比較可以成立。

李建良：就目前的情況來說，系爭釋憲案是由法院提出聲請，所以不需要滿足侵害到人民憲法上權利這個要件，但未來假設有其他案件判決確定後要聲請釋憲，就有可能由原住民來提起。剛剛的問題提到會不會在釋憲程序上卡在是要不要論述集體權的問題。我認為這個程序上關鍵不會在這裡，因為我在文化差異與法治共同體會提到，所有的原住民也是人民，基本上都享有憲法所保障的所有權利，比如像這個被判決處罰的原住民，那當然會涉及到他的人身自由，財產權的，憲法保障的基本權受到侵害的。我們要不要去建立一般人民的基本權之外，要不要有特殊的如文化權集體權，理論上必須要去努力。但就聲請釋憲程序上面來講，基本上這不會是一個困難。

接下來提到文化跟權利的關係，國家基本上是沒有辦法規範文化，但文化如果加上權這個字，那一定要有個法律上的講法或論述。比如說，自由跟自由權，在我的想法是兩件事情，例如我想講什麼話這是我的言論自由，但我講了什麼話，卻有人不讓我講的時候，那我就要說這個是我的自由權，要有人來制止那個人禁止我講這個話，這個時候就必須要有國家、法院制度進來。所以權利本身它沒有辦法跟國家脫離，也因此當我們要把文化變成文化權的時候，面臨的問題是它需要國家，這是第一個部份。第二個部份，也是我個人一直有一個困境，也就是思維上的困境，我很喜歡原住民的文化，所以當原住民文化是一種權利的話，我希望我也是權利人，也就是說我認為原住民文化不應該只是原住民的，而應該是我們的共同文化，所以這會涉及到一個當文化接上權利的時候，誰可以享有這個權利的範圍，論理上會產生某種困境。

因此我剛才才會特別提到，我強調文化的重要性，但是不是一個權利，這部份需要非常多的條件跟論述，也因此法律不能夠去制裁或規範原住民文化，是因為原住民文化裡面很多部份確實是不在法律裡頭應該處罰的元素。我剛剛提到了國家的文化中立性，我的意思就是說，如果今天表現文化的工具，就剛剛錢法官最後提到的問題不在槍在人，如果使用工具的「行為」是有害的，那不管他是誰，他都應該受到懲罰；反之，行為如果不會傷害任何人，或傷害在一定程度是可以被容忍的，這個部份當然就不能再處罰。但我不直接談文化權的問題，是因為這個部份有一些我們需要去論述上的問題。

由此延伸的另一個問題是，在野生動物保育法要處罰的到底是什麼？現行野生動物保育原則上不得狩獵或獵殺，例外可以（獵殺），那個可以（獵殺）到底為什麼？基本上是不清楚的。如果我們要講法律有沒有違憲，我認為法律違憲的部份，第一個部份在野生保育法裡頭體系本身就不清楚，它對於處罰或是不處罰的理由到底是

什麼其實不清楚，讓實務上有很多的空間。第二個我認為違憲的部分，就是持有的部分；相關辦法也是違憲的，這個部分沒有問題，裡面有很多超出法律沒有的內容，包括行政機關無權對文化下定義，這個部份也是違憲的問題。最後還有裁判違憲，法院在解釋法定的理由時，裁判本身有違憲之虞，但現在剛好由法院聲請釋憲，所以這個問題可能會被避開，但是未來法院判決的合憲性問題也要被挑戰。

許玉秀：謝謝李建良教授，另外兩位要不要針對剛剛的問題討論。

林淑雅：我還蠻贊同錢法官剛剛講說可不可以用 22 條其他基本權的部份，當然人性尊嚴是重要，其實我們在國際法上面，在論述文化權的部份，都會不斷的去強調族群自我認同本身的存在對於人性尊嚴及人格發展是非常關鍵的。如果從歷史的不正義來看，國家現在在排除這個基本權保障的不足情況，它的排除就不能夠說我只要不歧視或是我接受多元就可以，它還需要更積極的作為，所以衍生出關於原住民族集體權的積極保障，原住民族集體基本權當然是一個固有權的概念，跟我們其他的個人基本權其實是一樣的。但是它在保障措施當中，跟個人權可能會更不一樣的是，它會非常密切的去銜接基本權的程序功能跟制度性保障功能，國家對於集體權的保護，特別需要去關注的是如何讓各原住民族分別作為一個集體，讓它文化自我呈現，自我詮釋，而且可以跟別人參與一些利益上面平衡的事情，各民族需要以制度去進行保護，而這個制度是涵蓋原住民族它可以去做自我陳述的這個程序。

所以原住民族基本法裡面非常明確的提到說，國家在制定法律的時候，或是在進行行政上面的一些措施包含制定辦法時，或是司法審判過程裡，要充分尊重原住民族的慣俗跟文化價值觀，可是一般都認為這只是泛泛在說尊重，事實上它剛好就是銜接剛才李建良老師所說的，立法機關有形成自由，可是它的形成自由是受限的，包含（受限於）民族意願跟民族自治。立法者固然有可能去權衡其他公共利益，但它絕對不可以侵犯這個族群文化本身在實踐當中的核心事項。在行政部份也是如此，台灣在進行尊重原住民族的整個憲法的改造過程裡面，目前我們可以看到很多善意的法律，再交由中央主管機關及中央原住民族主管機關會同去訂定什麼樣的辦法，但原住民族委員會並不能夠代表所有不同的原住民族群。再回到原住民族基本法裡面明文的要求跟兩公約施行法的要求，國家有義務要跟隨著立法精神改變它的一些措施，就會知道立法、行政跟司法程序中，原住民族作為主體的參與都是非常重要的，因為這是在基本法裡明文的規範。所以無論是在訂定法律，或者是在制定行政上面的辦法的時候，我們都應該要讓個別民族作為一個主體有更充份的參與決策的過程，國家制定的限制才有可能會是對個別原住民族是合理的限制，而非扭曲的對待。

許玉秀：謝謝林淑雅教授。

錢建榮：集體權還是要保障集體權裡面主體的每一個個人，還是回到原住民的文化，辦法對原住民持有槍械的處罰太重，槍枝工具的管制必需是中性的，而不是一直想說原住民取得槍枝就會去犯罪，在管制的心態上還是一樣是辦法出了問題，應該全面的除

罪、除刑、除處罰，否則最高法院自己在判決裡面去操作現行的條文，就是我建議的，是行政罰的事情就結束了，刑事庭不需要花那麼多心力去處理原住民到底要不要處罰，一處罰就是三年五年，太嚴重了。

許玉秀：還有時間，那麼我也提出幾點看法。

文化很難定義，我想拋出一個想法，看看能否引出贊成和反對的意見。不止是一個族群一個團體有文化，個人也有文化，我初步的粗淺的定義是，文化是一個人人格的表現，文化是一個群體，或者說族群性格的表現，把文化當作一個主體性格的表現。文化是流動的，人格也是流動的，人格可以逐步成長，文化跟人格應該被尊重的理由是一樣的，人格的核心如果是尊嚴的話，文化的核心也是尊嚴，我認為兩個是互通的。

其次，錢建榮法官剛剛提到不應該送到檢察官的案子卻送到檢察官那裡，這顯然是浪費許多司法資源、國家資源的現象，新上任的監察委員們，應該有所表現，公權力這種浪費公權力資源的狀況需要加以糾正。

關於特別優惠待遇問題，我想應該是他當作獨立的他加以對待而不要去比較。如果是特別優惠待遇，是要比較的，我們在討論平等原則時經常比較，但在這個議題上面，應該用把他當作獨立的態樣加以尊重的方式處理，不需要和其他族群、文化比較。當作獨立的態樣加以尊重，這是多元、寬容價值的問題。雖然多元寬容原則的背後關於也出於平等的精神，但不需要以審查平等原則那樣進行審查

關於集體權及個人權，個人基本權當然是一個要審查的路徑，而集體權本身的功能應該用來強化個人基本權作為論述的理由，同時作為它的界限。

關於釋憲程序的問題，各位希望今天的專家在憲法法庭提出鑑定意見吧？但是大法官在選任鑑定人有一個潛規則，就是如果已經發表意見的，儘量不選任，從擴大資訊管道的角度看，讓還沒有表示意見的人表示意見，似乎無可厚非，但會產生這樣的現象，就是有長期研究經驗的人，不能去憲法法庭表示意見，因為他們已經被各方徵詢過意見，能去憲法法庭表達意見的人，卻可能是在兩三個星期內倉促提出研究成果的人。外界針對關注的問題，徵詢意見，當然會找最有研究的人，不可能問道於盲，卻反而因此讓真正的專家不能在憲法法庭表示意見，這當然是非常荒謬的。大法官其實不應該這樣處理鑑定人的選任方式。這種選任潛規則，也容易發生排除特定意見的效果，這不是大法官選任鑑定人應該有的標準，真正的專家，不會在大法官面前抄舊文章充數。那麼如何避免自己期待的專家被排除呢？可向大法官要求選任甚麼人當鑑定人，大法官如果不准，縱使大法官沒甚麼抗告的規定，也應該聲明異議，積極爭取。

至於法庭之友的設置，根本無需修改大審法(大法官審理案件法)，大法官要如何充分蒐集資訊，是大法官自行討論決定即可做的事。

最後關於擁槍枝、使用槍枝的合法性問題。我國是管制槍枝的國家，以美國為例，是管制較少的國家。2016 年美國總統大選，共和黨一個爭取成為候選人的醫生卡森，他是在美國很有聲望的醫生，他為美國的槍枝合法化這樣辯護，主張美國擁槍制度，是讓人民可以擁有某種程度的武裝力量，在必要時可以對抗不法的暴政。相對於以治安的理由禁止擁槍，這就是正面看待槍枝合法化的問題，所有的事情其實都是兩面的。

最後回應李建良教授的問題，持有是否應該以刑罰懲罰，在刑法學理上這種提前階段的處罰，是所謂的抽象危險犯，我不便在這邊做出結論，應該尊重現在有權作決定的大法官，我只說這是應該用比例原則來審查的。

Q 4：花蓮公益事務所律師鄭道樞：關於美國擁槍議題，跟今天的原住民持有獵槍議題有些差距，原住民持有獵槍非槍砲管制條例描述的經典危險。

許玉秀：謝謝你，我只是引用一個比較遠的例子，來和使用獵槍的管制互相比較。謝謝你進一步的討論。不過可惜了，你應該早一點表示意見。

Q 5：花蓮公益事務所律師鄭道樞：我很認同李教授跟錢法官的看法，狩獵行為的容許性，它不是附隨在刑法上的有沒有原住民的血統，槍枝是不是超過 96.5 公分，或者是在某季節針對哪種野生保育動物的數量，它的容許性是附隨在行為本質上，因此在實際生活經驗上，就算沒有原住民血統，我也可以進行狩獵，如果這樣是肯定的話，我的問題是在為什麼在討論憲法正當性的時候會用差別性的待遇的措施去處理這個問題，就如同林教授說的，如果我們要維持文化的多元性，為什麼會用差別性的待遇，用差別性待遇是為了讓他迎合主流，可是我們現在是讓他脫離主流，因為不見得主流就是好，如果這樣的價值獲得確立，那我現在的問題是說，好像所有的問題沒有得到解決，接下來是說什麼是狩獵行為的行為本質。

許玉秀：最後我倒是要提醒一點，狩獵的本質是什麼，是一個生命對另一個生命的掠奪。

錢建榮：我要強調一點，剛剛（槍砲彈藥刀械管制條例）20 條的除罪化是針對獵槍跟漁槍，非用來打獵的獵槍跟漁槍沒有除罪化，從狩獵角度來看的獵槍跟漁槍都應該開放，而不止是原住民應該開放到其他的民族參與。

許玉秀：那接下來是李教授及林教授各一分鐘。

李建良：「持有東西」被懲罰的理由是什麼，是我比較關心的，回到本案的問題，我一直嘗試要做文化中立的思考，我認為這個規定是違憲的，不是因為原住民的關係，而是任何人因持有而被懲罰是違憲的。

林淑雅：希望大家可以區分，原住民狩獵是文化的核心，跟一般人娛樂的心態是不一樣的，由原住民族自行訂定的狩獵規則是無比的嚴格，我們輕忽了具備怎樣的資格及能力才能成為一個真正的獵人，我會贊同許大法官所說的，這個人如果是主張他文化裡

面個人的權利，無論是單獨個人權利或是行使集體文化的權利，他都必須以他文化的規範當作界限，這個顯然就不是非原住民他能夠想像說在國家規範之後還有一套更嚴格的原住民族的狩獵規範在等著他，謝謝。

許玉秀：這一場到這裡結束，謝謝大家。

【第二場】槍砲條例限制原住民僅能使用自製獵槍並遵守管理辦法之違憲可能

主持人：周漢威 執行長

與談人：王皇玉教授、許恒達教授、黃明展律師

內容：

周漢威：大家好，我們第二次的主題是槍砲條例限制原住民僅能使用自製獵槍並遵守管理辦法之違憲可能，希望大家今天可以借由幾位專家學者說明，去了解我們原住民族在狩獵這件事情上面臨的困境，時間的關係我們就先交給王老師。

王皇玉：最高法院聲請釋憲之前的非常上訴，有邀請三位專家證人，針對王光祿案件涉及野生動物保育法還有槍砲彈藥管制條例進行一些說明，後來我寫了一篇文章，重新再談這個問題。其實當時我們從原住民享有狩獵權的觀點出發，去思考為什麼今天會將狩獵權分割成獵物有獵物的管制法律，獵槍也就是狩獵工具有它的管制法律，且各個管制法律各不相讓。原住民族基本法是位階不高的法律，因為沒有辦法直接適用，第 19 條規定需依法狩獵，其狩獵權是遭到分割處理的，獵物放在野生動物保護法裡，依分類給予行政罰的管束。再來是工具，狩獵工具就是我們創設自製獵槍的法源依據，自製獵槍是有歷史背景的，清朝到日治時期，原住民使用的狩獵工具都是制式獵槍，到國民政府時代制式獵槍完全滅絕，藉由槍砲彈藥管制條例將原住民過去擁有的制式獵槍全部收歸沒入，在尚需要狩獵的前提下，原住民只好自行打造工具。目前槍枝的管理機關是警政署，制式獵槍規格有賴其規定，改造空氣槍的殺傷力是比獵槍弱的，一樣是用槍砲彈藥管制條例去處罰。

獵槍及獵物分割成不同法律去規範，野保法是一般法，其觸犯最大宗犯罪人是原住民，槍砲彈藥管制條例，看起來也是為了維護治安存在的一般法律，是針對所有的人民都不能持有。但是到目前為止，我做的實證統計研究，違反槍砲彈藥管制條例的犯罪人，最大宗還是原住民，所以說這一般法真的是適用於大眾嗎？其實不是，這兩個法律最大的犯罪人，其實也該說是被害人，就是原住民。原住民對於與原住民傳統權利相關的事項，他有沒有機會在這兩部法律制定的過程中有效參與政策的形成？保障原住民傳統生活方式的權利裡面，不只是消極的防禦，還包括積極的參與，國家對於原住民要做出限制措施時要給予參與機會，當時立法其實有參酌其他原住民立委的想法，想法很好，但變成法律條文常常走樣，不是我們想要的。自製獵槍也是當時原住民立委要求的，但是現在原住民族卻被這樣的規定綁死。

現行實務的難題，王光祿犯的一個是野保法一個是槍砲彈藥管制條例，山羌是保育

類動物，再來是持有的槍，被警政署鑑定是後膛槍殺傷力強，王光祿槍是撿來的。我想到曾做的實證研究，原住民常常做筆錄時，都先承認犯罪才又否認，這在檢察官跟法官來看會變成狡辯，說詞反覆，這可能是跟原住民語法有關，還有自製獵槍，在王光祿案件裡涉及的問題是持有的獵槍，不是自製，而是撿拾，從條文來看，只能自製，因此無法除罪化。原住民在打獵前要先申報打獵物種數量，但實際遇到什麼動物卻是未定的，無法精確。全世界只有台灣規定要自製獵槍，每一個人所學不同，會打獵的獵人不一定會自製槍，大多是買來的，應該開放合法發放制式獵槍，其相較自製獵槍更便於管理，建議現階段應該雙軌並行，再來是監督主管機關應該是誰，照理由警政署管理，但其說明獵槍為原住民專用，應由原民會管理，因時間有限，講到這裡就好，謝謝各位。

周漢威：台灣歷經戒嚴，政府在獵槍管制政策的轉變，法令的改變是專斷、蠻橫的，這是在保護社會大眾還是在傷害原住民族，老師的說明已經非常清楚，接下來請許老師幫我們說明，現法令就原住民的槍枝管理有什麼樣的問題。

許恒達：我就在王老師的看法上做更進一步的補充。第一個先簡單跟大家說明有關槍砲彈藥管制條例的相關規範，第 8 條規定沒有經過許可製造或販賣這些東西就是犯罪，另外還有是比較概括型的就是持有的規定，若沒有得到官方的事前許可，持有製造這些槍枝原則上都是所謂的犯罪行為。條文上寫的槍枝設計形式都是動力的槍枝，什麼是獵槍，刑法所謂的獵槍並非是功能性結構性的概念，反而是目的性的概念，條文中對於什麼是獵槍沒有明文規定。

除了這個之外，槍砲彈藥管制條例有一些針對原住民相關的規範，在使用製造持有獵槍的行為上可以除罪化的規定，最主要看槍砲彈藥管制條例第 20 條第 1 項的規範。這個規範有兩個重點，第一個直接規範漁槍獵槍，只要是獵槍，在一定規範下，原住民持有是不構成犯罪的，但什麼是獵槍，同樣也是沒有明文規範。第二個重點是這個條例跟 2005 年原基法第 19 條第 1 項其實是有點不太一樣的地方，原基法著重原住民傳統文化，2011 年槍砲彈藥管制條例第 20 條第 1 項是比較著重經濟生活考量。跟原住民犯罪比較相關的法律分別為槍砲彈藥管制條例、野生動物保護法、森林法，其對原住民基本上都有相對應的除罪規範。其中較不強調原住民的文化權的就是槍砲彈藥管制條例，2015 年的原基法才全面落實了原住民的文化權，所以才會出現很多解釋上適用上的疑問，才會出現今天在釋憲實務上面臨它有可能對原住民文化權保障不足的違憲情形。

目前持有獵槍的規定相關要件有二，一個是製造運輸持有自製獵槍，另一個是供作生活之用，符合兩個要件且具事先許可為無罪，且不受行政罰；符合兩個要件但未

事先許可為無罪但構成行政罰；若不符合則構成犯罪。最高法院 102 年台上字第 5093 號對於前膛槍、後膛槍、子彈原則上都是在除罪的規定的可能範圍內，但實務上空氣槍的爭議，火力相對弱但卻構成刑事責任，獵槍應該從目的性的去定義而非結構性。至於獵槍的自製性，我們必要需保障原住民的文化權，以安全的獵槍來進行文化活動，必須要在法治下引入制式槍枝，以國家管制，在取得狩獵資格後才能取得管制獵槍；或由部落管制，其部落擁有一定的自治權。台灣應該先由國家管制再慢慢走到部落管制。

另外比較邊際的問題，撿到如何認定為供作生活工具之用，最高法院向來的看法是，撿到當時是否具有供作生活工具之用，在撿到後放一段時間才去狩獵，就不是供作生活工具之用。這在操作上會有疑慮，應該是要從觀察整個生活脈絡是否是在實踐原住民的文化權的行為來判定。另一個是受贈合法自製手槍進行田野調查，法院認為田野調查不是工作生活之用，這個就沒辦法除罪。我們必需要尊重原住民的傳統在現代生活的更新能力，文化有更新的可能性，田野調查可能是新的文化生活，在固有傳統價值所發展出來的型態，都應被納入文化的生存脈絡下。另一個實務很常遇見的問題，如果有一個人合法持有獵槍而去犯罪，原本合法持有行為人另犯他罪後，有些法院見解認為會變為違法持有，這樣的見解其實是違法的。目前台灣法的管制狀況，很有可能會牴觸了原住民對文化的保障，所以很有可能是違憲的。

周漢威：謝謝許老師的說明，下一位與談人黃明展律師曾於台東擔任法官，目前已轉任律師，執業經驗豐富，相信能從不同角度提供我們對於原民槍枝事件的觀察，我們請黃律師。

黃明展：為什麼每個人都說槍是撿到的，這個其實我在嘉義審判時也常常遇到。第一個問題就是說，我們在思考為什麼原住民可以合法持有獵槍的部份，要怎麼去思考。以我們現行法來看，第一個可能是傳統文化的保障，原基法第 19 條就有寫一些，裡面寫獵補野生動物以傳統文化、祭儀或自用為限，持有獵槍如果是保護傳統的文化權的話，那回歸到憲法增修條文的第 10 條第 11 項裡面可能就有保障原住民的文化，這是第一個可能性，原基法雖然沒有提到獵槍，但去打獵，獵槍是一種工具，一件事情。另外一個思考方式，原住民持槍就是一個靠山吃山，靠海吃海，保障其生存權的概念，如果我們要申請釋憲，這兩個方式可能可以很簡單的去思考，基於生存權的保障，我們在槍砲彈藥管制條例就有看到，作為生活工具之用就可以除罪，槍砲彈藥管制條例第 20 條並沒有禁止非營利，那供作生活之用是不是就否認掉營利，我認為這是有問題的，大概會有這兩個想法。

野保法是關於傳統文化權的保障，槍砲彈藥管制條例的除罪，一開始沒有考慮那麼多，最後實務在運作的時候把兩個結合，這種結合是好還是不好，有時候必需兩個要件都符合，那這就會限縮，如果只要其中一個要件符合，那就是放寬，放寬除罪化角度，以後大家犯罪就會降低。子彈沒有在裡面，是不是自製子彈就犯法？槍都可以除罪了，為什麼子彈不行，這個應該不是問題，但我們的法官很難去判無罪判決，自製子彈沒有在除罪化裡面，那法官就很有可能會判，我們會看到很多法官會做狹隘的文字解釋，文義不符法官都很難下見解。

再來還要討論誰是原住民，那這個是一個很大的問題。第一個是說誰來認定，你的身份是需要別人認定的嗎？但是因為我們法條裡面除罪的一個條件就是原住民，原住民各族都不一樣，應該具體的去認定。還有地區，持槍的地區，在台北市持槍走來走去就很怪。其實原住民的身份誰認定都不重要，其實最後就是法院來認定，而不是以戶籍登記或是原民會認定。

我覺得野保法跟持槍的問題是同一個問題，關於原住民持槍打獵這件事情該不該管？如果想管，怎麼管？我一直跟原委會建議，應該把傳統領域跟原住民的獵場劃設出來，定義出來，要管由部落來管，包括在哪裡打獵，把獵場劃分出來，在該區狩獵就是合法的事情，由部落來管我覺得最好。自製獵槍，其實大家都可以認同，其實他是一個目的性的，只要是拿來打獵的就是獵槍，但怎麼定義自製，我覺得這是不必要的事。另外原住民合法持槍已除罪，除罪就除罪了，不會因為去犯罪，這個持槍的行為又變有罪。

在討論野保法或槍砲彈藥管制條例的時候，變成律師之後很多人會來問我問題，如果要去捕抓野生動物，可是因為保育類的不能捕捉，會被移送，我怎麼知道我會抓到什麼？我說那很簡單啊，為了證明你沒有不確定故意，你要在你的陷阱前面列一個牌子，禁止保育類動物進入，拍照存證，這個在以後被移送的時候，可以拿出來說我的真意並不是要獵殺保育類，那是過失，過失就不犯法。法官通常會用未必故意，你設一個陷阱，那你就可以預見保育類動物會進去，那你就會包含獵殺故意進去。那問自製獵槍，那就可以在獵槍上貼自製的，我也不知道這把槍是不是自製的，只好相信它是自製的，沒有人會把槍拿去送鑑定是不是符合槍砲彈藥管制條例，那我也沒有故意，只要沒有故意就可以排除，就會產生很多很好笑的事情，但這些都是原住民的血淚，那大概我的與談就到這裡。

Q & A

周漢威：謝謝黃律師的說明，具有不同實務經驗的人，所分享的內容、觀點確實不一樣，不

知道現場有沒有問題要詢問。

Q 1：原住民族政策協會理事 Savungaz Valincinan：為什麼原住民喜歡先認罪，那不是語法的問題，他告訴你說他做了這件事情，但他不認為這件事情是犯罪的，我們法律要怎麼設計才能幫助原住民能完整表示他的意思？

周漢威：其實法扶的成立原住民法扶中心，及這場講座的舉辦，也是希望能讓法律人了解而去改變體制，有沒有其他來賓對於這場講座內容有什麼樣的意見或是想法。

林淑雅：讓原住民族成為規範的主體，跟我們立法者共同來形成，這是憲法裡面講說立法者必需要依民族意願去確保他各式各樣的權益的時候，它裡面蘊含的基本的精神，這也就是為什麼原住民族的自治它作為一個制度性的保障是如此重要，因為如果沒有一個機制讓每一個民族自己去說出它的法律是什麼，而單純由國家來猜測，或者是由我們這個主流社會，或是司法實務者去講說到底原住民族的文化是什麼，那其實是老實說還蠻荒謬的一件事。另外剛剛許老師提到我覺得非常關鍵的部份，德國狩獵保障，不是只看動物、槍跟在哪裡，它其實還涉及到很多知識體系，如果從原住民族的角度來說，再說一次，如果我們讓原住民族有機會去說出它的狩獵規範，它的嚴謹程度遠比德國的管制還要更高，只不過現在因為我們的法律只管槍，只管有沒有原住民身份，完全沒有把獵場、傳統領域、槍、動物、生態保護納入一套體系裡面。必需讓原住民族成為規範的主體，讓當代民族去說出它的規範系統。

許玉秀：受到林淑雅教授的意見所鼓舞，我也補充幾句話。遠離了大自然的生活形態，才會將狩獵文化當成獨特的文化。狩獵是接近大自然的生活型態，它不會是原住民所獨有的，狩獵的知識不是誰才可以擁有的，對待大自然的態度也不是誰可以有特別的態度誰不可以的，如果這樣看待狩獵的文化，就是全面性地正面面對狩獵這樣的事情。狩獵的本質，其實是一個生命對另一個生命的掠奪，如果這樣想，自然會產生管制的規範，但是即便是這樣，在遠離大自然的社會，是不是就不需要狩獵的活動？人類也有可能以平衡大自然生態的理由而贊同狩獵，如果能這樣看待狩獵這件事，才不至於把另一種文化看成特異。

剛才來自花蓮的鄭律師澄清原住民擁有槍枝出於良善的目的，大約是怕被汙名化。其實禁止狩獵，可能是為了政權的安全，而不是有甚麼正當的理由。我之所以提不管制槍枝的政治性理由，就是表示縱使基於政治性的理由，都可以讓槍枝合法化，互相比較之下，那麼原住民對狩獵文化的主張，也就有加以容忍的餘地。

周漢威：謝謝許老師。在最高法院進行非常上訴的調查庭時，有設一個爭點，原基法狩獵必須是『依法』那現在已有槍砲第 20 條的相關規定，他也就是所謂的『依法』，那

到底怎麼樣去界定，據我所知在非常上訴的開庭時，曾有非常詳盡的討論，不知道王老師這邊要不要多做一些分享。

王皇玉：據我以往的調查，原住民的認罪比例確實比漢人高。台灣沒有人在做研究槍枝，這是警政署的專業。警政署對於獵槍的設計規格是長槍形，是因為長槍形獵槍能讓人一眼望出其身上帶有武器，短槍對治安危害相對高，如果拿著左輪手槍狩獵是會讓人害怕的。如果要開放制式獵槍，政府應一開始就訂定許可的槍種。我要核心的去質疑，槍砲條例其實主要規範的就是原住民，其條例對於自製獵槍的定義有無依原基法讓原住民族有參與權參與決策，如果沒有，以此來規範原住民不妥。應該以原基法及兩公約法去思考既有的槍砲法及野保法，只要涉及原住民部份，都要讓原住民能參與決策過程，如果沒有，就這個部份我是覺得違憲，甚至違反兩公約，這個問題本身就有釋憲空間，這是我的意見。

周漢威：謝謝王老師，兩位與談人要不要再做一些補充？

黃明展：我非常認同淑雅教授講的，其實每個部落民族對於它的獵場、獵槍、獵物都有它的管制規範，我們也應該用這種區域的管制，限定在一個區域狩獵，並不會危害其他社會區域的人，我的意見是這樣，謝謝。

許恒達：剛剛王老師有說到獵槍的問題，我的看法是這樣，要分幾個層次，第一個是條文其實沒有對獵槍定義，在現行條文如果要對左輪手槍解釋為獵槍，也是有解釋空間的。第二個就是要怎麼把原住民的慣習列入具有法的資格。第三個是有關狩獵權，原住民的除罪規定是關於 20 條的規定，要理解成是有關不法罰責的排除依據，當漢人與原住民一同進行狩獵行為，原住民得以除罪，而漢人雖然沒有不法罰責的排除依據，也應該盡可能的擴張解釋，這是比較實際性的做法。最後一點是，原住民合法持槍犯罪，為什麼連原屬合法的持槍行為也會變成犯罪，這個是有問題的，不能因為後行為的犯意問題而排除一開始行為上的合法性。

周漢威：謝謝許老師，Awi 老師有沒有什麼問題？

蔡志偉：一個想法，為何槍枝不送文化鑑定呢？槍的殺傷力由警政署鑑定，槍是否具原住民文化性可否也有文化鑑定讓原住民參與鑑定？

王皇玉：我同意文化鑑定的想法，槍枝的使用目的也是一種原住民慣習，王光祿案上山打獵給生病的媽媽吃，卻被認為不算供作生活之用。

周漢威：現場還有沒有問題？

律師：我自己在執業曾經遇到野保法的問題，一個是原住民用漁網補魚不小心捕獲海豚，另一個是原住民為表示感謝將不小心捕獲的山羌作為謝禮。原住民的感謝之意算不算傳統文化？另在實務經驗上，很多原住民原意只是獵捕一般動物，只是不巧獵捕到野生動物，甚至有些在狩獵時所設置的陷阱已設計為一般動物量身訂作，還是有野生動物誤觸陷阱，此方面法院仍認為有不確定故意，這種情形是否能從過失這一塊去著墨？可以建議漁民捕魚時裝上警示燈，就像黃律師說狩獵時放置告示牌那樣。

周漢威：謝謝大家精彩的討論，我們就把時間留給下一場，謝謝各位。

【第三場】野保法相關規定限制原住民狩獵行為之違憲可能

主持人：蔡志偉副教授

與談人：王毓正副教授、張宏節法官、鄭川如助理教授

內容：

蔡志偉：這一場的主題是談野保法相關規定限制原住民狩獵行為之違憲可能，我們邀請三位專家學者來分享看法，先請鄭老師。

鄭川如：王光祿案焦點主要在兩個法條，一個是野保法關於原住民的規定主要在 21-1 條，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。簡單來說就是原住民族可以以傳統文化跟祭儀為目的，經過申請後才可以捕一般類或還有保育類野生動物，不能以自用及營利為目。

王光祿案的爭議點是以自用為目的，這樣的規定可能違反憲法第十五條所保障的生存權。到底生存權是什麼，生存權是國家應該要保障人民生活上的必要條件，目的是在保障個人在社會維持最低限度的生活水準，而這並不包括沒有了就會死去的東西，比如陽光、空氣、水。生活上的必要條件是因人而異的，每個人身體的成長狀況、社經地位不同。國家的決策會直接或間接影響某些人的生存權。生活必要條件簡單來說是這群人他過去以及現在賴以為生的重要的東西，失去了會有非常大且負面影響。原住民狩獵是否為生活必要條件，必須由其過去的生活條件來判斷，現在並非原住民不狩獵了，而是國家限制不能這麼做，根據一整套的〈番族慣習調查報告書〉，以族為單位調查，內文說狩獵是許多原住民族僅次於農耕的主要生業（維生方式）之一，對於某些族群，狩獵甚至是其主要生業（排灣族、鄒族），原住民的主要獵物包括鹿（水鹿、花鹿）、山豬、山羌與山羊，次要獵物包括（但不限於）熊、豹、猴、狸、山貓、穿山甲、兔、鷹、雉、鳩等，這是第一次由外來者對原住民做深入的調查。日據時期，原住民狩獵不止自用也包括以物易物的營利行為，對於原住民來講，狩獵就是其生活的必要條件，台灣變成國民政府管轄之後，最高法院及法院一直沒有討論過狩獵對於原住民是不是一個生存權。

參考美國案件，一個是 United States v. Winans，一個是 Wasbington v. Wasbington State Commercial Passenger，美國法院確認了一個準則，捕漁或狩獵並不是娛樂活動，而是一種生存權利、一種與生俱有的權利，並且是跟據其過往的生活方式來判定。王光祿案需大法官判定，狩獵包括自用及營利對於原住民來

說如果是生活的必要，那現行辦法就是違憲，如果不是，那就不太樂觀了，以上是我的報告，謝謝。

蔡志偉：謝謝鄭老師的分享，接下來由張宏節法官接著分享他的想法。

張宏節：太魯閣族原住民 5 人，持大槌、鑽鑿，至傳統領域內挖取玫瑰石 14 顆，涉犯礦業法第 69 條第 1 項及刑法第 321 條第 1 項第 3、4 款罪嫌，思考層次上，若行為符合礦業法第 69 條第 1 項要件，該條項未依原基法第 19 條修正，是否違憲？若不符合，或縱使違憲，但與刑法加重竊盜罪為想像競合關係，那刑法第 320 條第 1 項、第 321 條第 1 項是否違憲？我們也在思考個案是不是有釋憲的可能性。阿美族副頭目於「捕鳥祭」期間，欲慰勞族人，以四仟元購買山羌屍體四隻，涉犯野保法第 40 條第 2 款之罪，雖不符合動保法第 21 條之 1 及原基法第 19 條之 1 要件，但如果認為他是基於傳統文化去購買野生動物屍體，那這個部份可以再進一步思考是否符合憲法增修條文第 10 條第 11 項保障原住民文化的意旨等更深入的問題，這是目前碰到的實際案例。

在我們討論本次的主題，探討現行法規範是否違憲，應以存在面為基礎，找出問題根源，並推導當為的制度設計，我整理歸納了自 93 年 2 月 4 日野保法新增第 21 條之 1 起至 106 年 12 月 31 日止，各法院有關野保法第 41 條第 1 項第 1 款的案件，大概 666 件，其中原住民有 276 件，大概佔 41.1%，非原住民 390 件，以原住民人口僅佔全國人口分之之 2 的比例來看，是原住民比較容易犯的罪。統計獵補的保育類野生動物前三名，分別為山羌 231 件，臺灣野山羊 87 件，紅尾伯勞鳥 158 件，把山羌除去後，大概八成原住民的案件就不見了，其實應該去調查看看山羌的數量。另外原住民案件中犯後坦承的比例大概佔 88%，而判決中引用原住民文化權抗辯的只有 17%。

有關動保法第 21 條之 1 第 1 項、原基法第 19 條原住民文化權抗辯，實務見解及其取向角度觀察可分為三階段：最高法院 104 年度臺上字第 243 號判決之前階段、分水嶺為最高法院 104 年度臺上字第 243 號判決之見解、後為最高法院 104 年度臺上字第 243 號判決後時期。

1. 前階段有見解認為除野保法第 21 條之 1 第 1 項外，同條第 2 項亦為除罪化之要件，若原住民未經申請許可仍應處罰；另有見解認基於傳統文化或祭儀之狩獵行為仍須遵行原住民族傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 6 條暨附表；亦有見解逕認野保法第 21 條之 1 第 1 項以一般類動物為限。
2. 最高法院 104 年度臺上字第 243 號判決肯認野保法第 21 條之 1 第 1 項不限

於保育類野生動物，認為該條為單獨立法，並認為縱使違反動保法第 21 條之 1 第 2 項要件，也不能違反罪刑法定及類推適用禁止原則，逕以同法第 41 條論處，突破野保法第 21 條之 1 第 2 項要件限制，但並未表明是否受到管理辦法第 6 條附表之限制。

3. 後時期最高法院及各法院見解分歧，事實審從不同角度討論原基法第 19 條非營利自用及野保法第 21 條之 1 第 1 項之關係與要件。

由於分水嶺前未實質討論文化權抗辯的要件，隱藏在坦承結果下的案例事實多元複雜，為此我根據現行案件設計一系列案例，逐一檢視個別案例是否符合野保法第 21 條之 1 第 1 項或原基法第 19 條第 1 項要件，適用法律的結果是否合於憲法意旨，來檢視問題根源。

第一類問題探討主體，誰是原住民族？究竟是血統重要或戶籍重要？各族間通婚是否有影響？或是雖非具原住民血統但深受原住民文化影響。第二類問題探討自用的範圍，未經核准、與祭儀及管理辦法第 6 條附表無關，僅為供自己與家人分食之目的情形下，在各種身份關係的情形下，應如何判定？第三類是探討狩獵時間，偶然的時間打獵或是野生動物繁殖期打獵是不是也可以進去狩獵？或宗教節日結合原住民文化可否去狩獵？或漢人節日比如中秋節烤肉是否可以作為狩獵時間。第四類是探討地域問題，不同族群跨界去別的族群領域狩獵可不可以，在非原住民地區狩獵可不可以？最後是客體的問題，有些客體跟文化是無關聯的，或是受到漢人文化影響的保育類野生動物如紅尾伯勞鳥可否獵捕。另外還有共犯結構，比如非原住民利用或教唆原住民獵捕保育類野生動物問題。一系列的問題供大家思考。

經過要件及違憲審查結果會有幾種不同面貌，如果出現符合野動法第 21 條之 1 第 1 項要件，除罪化之結果合憲，但出現符合原基法第 19 條第 1 項之要件，除罪化結果不符合憲法精神，那現行法律架構合憲；若出現符合野動法第 21 條之 1 第 1 項要件，除罪化之結果合憲，且符合原基法第 19 條第 1 項之要件，除罪化結果亦合憲，那野動法第 21 條之 1 第 1 項違憲；若出現符合野動法第 21 條之 1 第 1 項之要件，除罪化結果不符合憲法精神，或者是不符合野動法第 21 條之 1 第 1 項之要件，有罪之結果不符合憲法精神，那野動法第 21 條之 1 第 1 項規範或許有不周延的地方，若係因構成要件不明確或違反平等原則、比例原則，亦可能有違憲的問題；若出現符合原基法第 19 條第 1 項之要件，除罪化結構不符合憲法精神，或者是不符合原基法第 19 條第 1 項之要件，有罪之結果不符合憲法精神，那原基法第 19 條第 1 項規範或許有不周延的地方，若係因構成要件不明確或違反平等原則、比例原則，亦可能有違憲的問題。過去原住民的法律是周延的，我們也希望未來訂

定出非常周延的法律，但我們的刑法是針對行為人的某個行為評價，這個時候我們要討論很多跟這個行為人的行為有關聯性的各種要素，這些要素在現行法律架構下具體個案審查中是非常沈重複雜的。

蔡志偉：謝謝張法官的分享，接下來請王毓正老師。

王毓正：我將針對於野保法第 21 條之 1 的解釋令前後法令的狀態，嘗試從憲法的角度來做一個評價，提出一些個人的看法。第一個是野保法第 21 條之 1 作成前的違憲立法怠惰的可能性。2004 年野保法第 21 條之 1 與 2005 年原基法第 19 條之扞格，21 條之 1 雖然實行的比較早，但卻沒有把自用納進來，2004 年至今歷經 4 次修法，卻都沒有修改這個部份，導致自用一直不在野保法的保護之內，也導致司法見解一直不一致，讓原住民的狩獵權的內涵一直處於飄忽不定的狀態。去年六月時原民會依據原基法 34 條第 2 項做成了解釋令，去擴大解釋把自用納進來。其實從原住民的傳統文化內涵即可得出自用，只是一般還是比較保守解釋為非營利自用，我個人也同意如前面鄭教授的看法，不用侷限在非營利自用，傳統文化並非那麼狹隘。目前的官方的立場似乎是認為野保法第 21 條之 1 的解釋沒有辦法得出自用，但在還沒修法的情況下，才以解釋令去替代法令的修正，但這樣有沒有牴觸法律保留原則，恐怕是一個非常嚴肅的問題。目前野保法第 21 條之 1 第 1 項所承認之狩獵權被囫圇吞棗的塞進原基法第 21 條所限定之「非營利行為」牢籠裡，為了打開野保法第 21 條之 1「自用」之狩獵目的這扇門，卻連同將「非營利行為」這道枷鎖給帶上。此外，這樣的解釋令也沒有辦法去解決有關保育類動物的爭議問題。

我們必須認真看一個問題，我們為什麼要去保障原住民的狩獵權。野保法第 21 條之 1 及原基法第 19 條，不是僅屬少數族群或弱勢族群的保障而已，而是眾多個與中國移民在文化及血緣各自獨立的民族，並早於中華民國憲法施行於台灣之前，即以「政治實體」的形式存在於台灣，並具有完整的領域、人民、文化、政治制度、社會組織及經濟型態。憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項規定等規範目的應該係在回覆或承認原住民族應享有先於中華民國憲法施行於台灣之前，既已存在的「自然主體」與「自然權利」。原住民族狩獵權的背後意涵，應連接到原住民族在憲法底下對於其土地所得取用之自然資源的界定與尊重，我認為原住民族之所以得主張狩獵權，並非在於使其個人基本權利能獲得實現，亦非在於國家對於社會弱勢的照顧，而是因為其具有原住民族的身分而取得獨特的權利。這非僅是法律手段對個別國民權利義務進行規制之層次，而是已涉及國家與具有憲法上主體性的原住民族團體如何透過「平起平坐」的方式，使得憲法中可能相互衝突的權利或客觀價值之保障能獲得調和與兼顧。基於以上的理由，原住民族的狩獵權應該提升到憲法層

另外，從解釋論來看，2004 年野保法修正時將 21 條第 5 款挪出並修正內容將其增訂為第 21 條之 1，原本的狩獵目的之文字內容亦從原本的「基於其傳統文化祭典」修正為「基於其傳統文化、祭儀」，就條文的文義解釋而言，非不能朝向立法者有意讓傳統文化之詮釋與祭典或祭儀脫鉤的方向來解釋。相反地，將「自用」之狩獵目的解釋為不在動保法第 21 條之 1 所承認之原住民族狩獵權之範圍內，形同無視憲法增修條文第 10 條第 11、12 項的內涵已足以具體構成憲法對於原住民族保障之基本決定，例如「多元文化之肯定」、「原住民族文化之維護」以及「經濟土地之保障」等內容，構成違憲解釋的可能。營利目的自用之狩獵行為在我國法律中是否完全無立錐之地，仍有待透過憲法增修條文第 10 條第 11、12 項中基本規範意旨之確認，相關原住民傳統文化之調查，透過與國家平起平坐的對話形成共識之建構。個人認為，在此範圍內必須接受違憲審查的法律，即非僅只於野保法，尚包括原基法，因為其毫無保留地將「營利目的」排除於狩獵目的之外，可能已與憲法所保障之前開「原住民族文化之維護」或「經濟土地之保障」相牴觸。

倘若狩獵乃是源自對於原住民族土地權及附著於土地之自然資源取用權利之尊重的話，則在憲法層次上似無理由僅對於一般野生動物之狩獵權予以尊重，而不承認保育類野生動物之狩獵權。但是並非意味野生動物保育或生態系維護並非就此退讓，包含野生動物保育或生態系維護的環境保護，透過憲法增修條文第 10 條第 2 項之規定，其不只被明確揭示為國家任務之外，同時生態系的維護對於同樣生活在這塊土地的原住民族而言，亦屬賴以生存的自然條件。因此在野生動物保護的國家任務上，國家與原住民族之間具有雙面關係，一是必須對於同樣受憲法保障的原住民族集體權以及環境保護國家任務之間可能存在的衝突找到平衡點；二是基於保護國民（包含原住民族）生存的自然生存條件，積極採取行動。就前者而言，不應導出可以直接透過法律不承認保育類野生動物的狩獵權，而是立法者應該透過一套類似徵收補償的制度，對於已受憲法承認的狩獵權給予補償，以換取原住民族因公益而放棄不行使集體權，如此方符合憲法正當性之要求。

對於許可制，倘若狩獵權之承認係連結到原住民族的憲法主體性與土地權的承認，文化的認同即等同主體性的認同，若尚需藉由其他民族來肯定與確認，實有形同主體性的踐踏，從而有違反憲法增修條文第 10 條第 11、12 項之虞。至於報備制亦未必是妥當的制度，畢竟其與許可制都是由上而下去看待彼此的法律關係，而不是平起平坐。最後個人再次強調，有關原住民狩獵議題的討論應該從野保法及原基法中解放、解構並重新建構，我就報告到這裡，謝謝各位。

周漢威：謝謝王老師，因為主席要趕飛機，所以接下來由我代為主持，現場各位是否有要做詢問的。

Q 1：原住民族政策協會理事 Savungaz Valincinan：農委會對於野生動物保護名冊應該定期調查更新，山羌現今數量很多，是否仍應在保護名冊之列，不知道法官在審理資料中是否有詢問農委會名冊更新。

周漢威：物種這個部份應該是要定期做追蹤更新，但是事實上目前的保育類動物的數量、分佈狀況是否確實有保育的需要，是需要調查、確認的。淑雅老師有需要補充說明嗎？

林淑雅：張法官的整理非常精彩，尤其是補充資料裡面，如果拿著列表去詢問原住民各族，包括身份、狩獵、生活、祭儀、地理空間等等，有些內容原住民族可以馬上回答，有些他們可以去討論哪些允許哪些不允許，才能指示立法者狩獵的要件可能還要增加什麼，原住民在說不允許的時候，也會說明他們在規範上的理由，特別是當代民族要在內部做一些討論做當代價值的判斷，這麼做才能突顯主體性，謝謝。

周漢威：謝謝淑雅老師，如果政府機關不去調查，將無保育必要的動物列為保育類，這樣的法令規定是否有檢討的必要？法院是否去看這樣的空白構成要件是否合理？能否請張法官分享意見。

張宏節：我想要談的是從多樣性公約精神去思考，未來法治面的建構，卡在傳統跟未來的困境裡面，現在的法令都不太充分及周延明確，回到個案處理現今問題，討論實質內容要連結過去，所以我就整理了一份有關蔡教授他們整理彙編的資料，也看到個案中每個法院也去請專家證人去了解傳統文化為何，這就是從過去到現在的連結。

那立法怠惰，剛剛王老師說的，立法真的是非常怠惰，其實從原住民的角度去看，很多的字彙應該在未來的法律裡面去呈現出來，讓他們的榮耀再現，而且這本來就是這個國家應為的，這樣才能均衡的保障生態以及原住民的精神，這部份的話原住民的自治精神就要進來，這部份原住民的聲音應該要出來，這才是好的方法。

有關農委會那沒辦法，各級法院都一樣，法院沒辦法去質疑農委會的資料對不對，或許在實務上面是有一些困難。

周漢威：如果去看王光祿案的卷，二審承審法官真的有去調一些原民傳統文化慣習的資料，但是文化有時候不是單純用函詢或函查就能夠了解整個民族、部落的狀況，我們法學的教育體系對於原住民族知識知識十分缺乏，法院要經由審判，理解原民的文化

確實不容易。還有一點時間，錢法官有回應。

錢建榮：跟張法官溝通一個觀念，就是我前面有提過槍砲的 20 條跟野保的 21 條之 1，其實通通已經除罪化了，它的法律效果只有處以行政罰，我建議花高的一個做法就是撤銷原判決，改判 303 公訴不受理，也就是說這根本不是刑案，整個的違反通通是屬於行政罰，因為從條文來看就是已經直接除罪化了，我一直期待實務有這樣的。不知道張法官能不能接受，我覺得這完全是行政法院的事，不是刑事庭的事情。

林淑雅：另外其實之前有提到，雖然農委會有列表，雖然它是補充構成要件，但是畢竟還是在行政上面，法官他沒有受到這個拘束，雖然一般而言沒有去挑戰它的正當性的話就會持續的運用，但是能不能就是包含像張法官你所做的實際上面的調查，那我們又找了專家證人，比如說有一些屏科大野生動物保護學系的老師，或者是當地的獵人跟耆老，我們用實際的去證明說雖然是有列表參考，可是在物種上面回到那個法條必需要瀕臨絕種這件事情上的實質要件它是不符合的，所以法官可以不適用關於列表上面山羌的這一塊？

張宏節：對於田野的調查或是動物的調查，有關於質疑應該發一點聲音讓農委會好好去判斷，因為我們看這些山羌資料大概都是好幾年前，我記得是十年前，好像是 97 年的調查，十年都沒更新也真的蠻糟糕的。

周漢威：時間的關係不知道現場還有沒有人要提問的，與談人有要再補充的嗎？那最後分享一個案件，我曾經辦過一個原住民少年的少事案件，然後他因為家庭有些狀況，調查官調查報告裡面建議少年應感化教育，也就是少年要離開他的家庭。他的父親在調查報告裡是一個酗酒又有公共危險的前科，又沒有什麼正當工作的一個原住民的長者。我後來注意到一件事，就是這個少年他寫的週記裡面有一篇讓我很感動，就是他的爸爸帶著他去上山打獵，他看到爸爸怎麼尋著那些獸徑找到那些獵物，捕獵到它然後請他幫忙帶下山，少年的週記裡面顯現出父親偉大的獵人形象，也表現出父子之間很深厚的情感連結關係，當然這個東西調查官看不到，我就把它送給少年法庭去做審酌，這個東西就是我們在知識上所欠缺的，印像中法官最後讓少年去沒有感化教育，而是保護管束的樣子，我也不知道是好還是不好，但承續許老師所分享的，其實不同的文化，可以提供給我們不同生活選擇的思維，也許我們對於我們現在的生活的習慣太過執著，我們對於職業的想像，對於土地的想像，更過於簡單，無趣。我相信今天一下午研討會下來，我們對於土地、對於人、對於原住民文化都有新的理解及想法，謝謝各位的參與。