

鑑定意見書

王毓正/國立成功大學法律學系副教授

- 壹、有關「憲法是否保障原住民族狩獵文化權？」
 - 一、概念：原住民族狩獵文化權或是狩獵行為？
 - 二、取徑：個人權或群體權？
- 貳、以群體權建構原住民族狩獵行為之憲法保障
 - 一、以歷史主權說為基礎之土地權及自然資源權立論
 - 二、避免個人基本權利取徑淪為同化措施
 - 三、避免「泛原住民族」之虛象化
 - 四、先於國家權力與憲法而存在之權利本質
- 參、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項作為原住民族群體權保障之依據
 - 一、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項的保護內涵與範圍
 - 二、從「積極維護發展原住民族語言及文化」誠命檢視野保法第 21-1 條第 2 項
 - 三、野保法未能保障原住民族土地管理機制而有違禁止保護不足原則
- 肆、野生動物保育之憲法依據、理論基礎、內涵及範圍
 - 一、德國基本法第 20a 條之借鏡
 - 二、憲法增修條文第 10 條第 2 項
- 伍、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之合憲性
- 陸、結論

壹、有關「憲法是否保障原住民族狩獵文化權？」

一、概念：原住民族狩獵文化權或是狩獵行為？

有關憲法是否保障原住民族狩獵行為之相關討論，有從生存權或文化權的角度出發確立規範依據者¹，亦有更進一步以信仰自由、財產權、人格權等基本權利為基礎進行釋義，嘗試使該行為被納入憲法保障之下²。然而，由此可以發現，原住民族狩獵行為的意涵，未必僅限於文化或精神層次的意涵。除此之外，從國外相關的討論亦可發現，原住民族的漁獵或狩獵行為毋寧是放在集體性之傳統土地利用方式，或是行使自然資源權的表現方法之脈絡下被探討的，土地權與文化權、認同權以及自治權是環環相扣的³。

因此，倘若在未對於原住民族之狩獵行為意涵充分掌握之前，逕以原住民族狩獵文化權稱之，一方面除了有可能忽略了其與憲法相關規範於論述上之連結，此例如憲法增修條文第 10 條第 12 項當中之「經濟土地」或是原住民族基本法第 20 條第 1 項所謂「政府承認原住民族土地及自然資源權利」；另一方面亦有可能導致各種不同族群之文化慣習在探尋憲法保障時，被不適當地等量齊觀，此例如將原住民族狩獵行為與移民文化相關之動物祭儀或飲食文化所伴隨之「文化抗辯」（*cultural defense*）放在同一憲法層次或相同脈絡進行探討所隱含的謬誤。換言之，原住民族狩獵行為在涉及與憲法所保障之法益或基本價值相衝突時，而探討能否被正當化時，並非僅單純涉及文化或價值之間的衝突而已；相反地，從臺灣歷史觀之，不只先於目前國家權力與憲法而存在⁴，甚至亦先於目前主流文化而存在。此外，原住民族的傳統認知來看，其具有與土地利用或自然資源權密切相關之特性，也因此並非如同一般文化表現具有空間流動性的特質，亦即昔日各個部落擁有獨立的部落主權，堅守各自的傳統領域、獵場，彼此互不侵犯⁵。

¹ 例如鄭川如，〈由生存權、文化權而來的狩獵權—從美國最高法院判決談台灣原住民的狩獵權、漁權〉，台灣原住民族研究學報，第 2 卷第 1 期，2012 年，第 118 頁至第 124 頁。

² 王光祿聲請人所提出之釋憲補充理由書，第 6 頁至第 30 頁。

³ 施正鋒，加拿大 Métis 原住民族的自治區—歷史回顧及政治過程的觀察，收錄於施正鋒、吳珮瑛著《原住民族的主權、自治權與漁獲權》，2014 年，第 114 頁；鄭川如，前揭註 1，第 103 頁。又例如挪威人類學者 Sjøftestad 所指出「土地作為原住民族傳統文化之根源」，Sjøftestad, *Indigene Völker und Landrechte: ein Überblick. Geographica Helvetica* 1988, Nr. 4, p. 164.

⁴ 即如《原住民族基本法》第 20 條的立法理由：「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」。

⁵ 鄭川如，論兩人權公約中原住民狩獵權漁業權的內涵，台灣原住民族研究季刊，7:3 期，2014 年 9 月，第 83 頁。

基於前述之理由，本文擬改稱為「原住民族狩獵行為」以取代「原住民族狩獵文化權」。

二、取徑：個人權或群體權？

有關本次言詞辯論之爭點題綱一：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？除了原住民族狩獵文化權之用詞，本鑑定意見擬改稱為「原住民族狩獵行為」之外，亦認為似應先確立原住民族狩獵行為究係受到憲法個人權或集體權或二者兼具所保障，始能進一步就憲法依據、理論基礎、內涵及範圍為何等問題予以回答。

相對於王光祿聲請人所提出之釋憲補充理由書主要係以個人基本權利為論證基礎，本鑑定意見則傾向於從群體權出發並兼採個人權之論述取徑。主要原因有四：1. 以歷史主權說為基礎之土地權及自然資源權立論；2. 避免個人基本權利取徑淪為同化措施；3. 避免「泛原住民族」之虛象化；4. 先於國家權力而存在之權利本質。

貳、以群體權建構原住民族狩獵行為之憲法保障

一、以歷史主權說為基礎之土地權及自然資源權立論

若欲闡述臺灣原住民族在現行憲法規範上應受到之保障的議題時，但卻不從原住民族歷史發展出發，自然容易導向以個人自由平等等理念出發，而僅對於現階段原住民群體之處境加以考量之後，再對於相關之基本權利進行重新詮釋，如此不僅混同了原住民族與其他社會弱勢於本質上不同，而忽略了原住民族弱勢的原因並非在於社會少數，而是來自於國家權力所造成的歷史壓迫結果，甚至也包括被內化到國家統治工具的非原住民社群的排擠⁶。從而所採取的手段則是提供更加優渥的社會福利措施或更穩定的工作機會，但其結果可能更加速原住民族僅存的文化及社會組織的崩潰，以及原住民族對於土地及土地資源的支配權的消失殆盡

⁶ 陳張培倫，原住民族主權初探，收錄於施正鋒主編《原住民族主權國家主權》，2012年，第70頁至第72頁。

7。甚至，不自覺地淪為僅是延續日治時期及早期國民政府同化策略下所採行之福利殖民主義⁸。

更重要的是，倘若吾人闡述臺灣原住民族在現行憲法規範上應受到之保障的議題時，不從原住民族歷史發展出發，並且僅從個人基本權利立論的話，亦將無法充分理解為何還需要制定憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款及第 10 條第 11 項、第 12 項之規定，為何對於所指涉之規範對象稱為「原住民」或「原住民族」（indigenous peoples/ indigenous populations）而不是少數民族（Ethnic Minorities）。

至於何謂「原住民族」？現今相關之討論一般皆以厄瓜多爾籍學者 José R. Martínez Cobo 教授接受聯合國「促進及保護人權次委員會」委託並於 1984 年所提出《歧視原住民人口問題研究報告》（Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations）（以下簡稱「Cobo 報告」）作為依據⁹。Cobo 報告之第五章主要即是擬處理原住民族定義的問題，其提出「原住民社區，係指族群或民族在外來勢力入侵其領域之前或其領域被殖民之前，即已長期地、具歷史性地存在，且這些族群或民族認為自己與這些目前占據他們昔日領域的社群們是有所區別的。這些族群或民族在今日並非屬於社會主流或具支配地位的群體，然而決意依照自己族群的文化模式、社會制度以及規範體系，去保存、發展及傳遞他們祖傳的傳統領域與族群自我認同，以作為族群存續的基礎」¹⁰。儘管 Cobo 報告所提出之定義要周延地涵蓋全世界的原住民族存在著不小的困難，然而此一定義基本上成為聯合國後續相關議題的討論上的基礎，同時在聯合國以外的場合也被廣泛地採用。此外，亦有學者¹¹提出一個主觀與三個客觀的「原住民族」界定方式。客觀要件為：1. 該族群或民族先於後來統治者或主流族群而存在；2. 該族群或民族現在非為主流或支配地位之社會族群；3. 與主流或支配地位之社會族群之間具有文化上之區隔性。主觀要件則為取決於自我認同為原住民族成員的程度。

⁷ 雅柏魁詠·博伊哲奴，台灣原住民族主權的虛相與實相，收錄於施正鋒主編前揭註 6 書，2012 年，第 101 頁。

⁸ 有關殖民福利主義，以撒克·阿復，阿美族的主權—主權運動與阿美族社會改造工程，收錄於施正鋒主編前揭註 6 書，第 182 頁。

⁹ 有關 Cobo 報告的全文，<https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/publications/martinez-cobo-study.html>（瀏覽日）2021.02.20）。

¹⁰ COBO, J. R. M. (1986): Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations. Bd. 5, 29. In: UN Doc. E/ CN.4/Sub.2/1986/7.

¹¹ Søftestad，同前揭註 3。

透過前述之原住民族的定義與界定要件之介紹，可以發現臺灣原住民族即同時具備相符之特徵¹²，從而也可以理解其並非是因為族群人口數少而應受到保障，而係其先於後來侵入之國家統治以及具支配地位族群之意志為基礎所建立之法秩序而存在，並於其所屬之領域上控管與利用土地及其所屬的自然資源（農、林、漁、牧），當中包括漁獵及採集等經濟性的行為，也發展出包含漁獵文化或相關傳統祭儀，同時土地權亦是其族群政治權利的基礎，因此可以說土地資源的控管與利用行為都構成了原住民族部落實現自主發展（自決/自主）的重要基礎¹³。

此即如學者¹⁴明確指出的，《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(Free, Prior, and Informed Consent)與有效參與(Effective Participation)作為實踐手段。前述《原住民族基本法》之三項基石，即是建立在以歷史主權說為基礎之土地權及自然資源權理論之上，然而在憲法規範的連結上，似難以從個人基本權利推導而出，而憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項又欠缺明確地僅規定「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」，「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展」，而有待從歷史主權說以及原住民族土地權及自然資源權的角度，以充實其規範意涵。

二、避免個人基本權利取徑淪為同化措施

若姑且不論在特定情形下外國人亦得主張為憲法基本權利之權利主體，個人權通常係以國民作為權利主體，而此處所稱之國民自然亦包涵具我國國籍之臺灣原住民¹⁵。然而，此處倘若僅將臺灣原住民族理解為現階段社會弱勢族群，並以個人自由平等等基本權利之理念出發，而僅對於現階段原住民群體之處境加以考量之後，

¹² 雅柏魁詠·博伊哲奴，前揭註 6 書，第 77 頁至第 102 頁；以撒克·阿復，阿美族的主權—主權運動與阿美族社會改造工程，前揭註 6 書，第 168 頁至第 183 頁。

¹³ Softestad，同前揭註 3，p. 169；陳張培倫，原住民族主權初探，收錄於前接註 6 書，第 64 頁。

¹⁴ 蔡志偉，初探現行法制下臺灣原住民族狩獵權與採集權力的意涵，收錄於《第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集》，2010 年，第 227 頁。

¹⁵ 原具有我國國籍之臺灣原住民，但因歸化他國而放棄我國國籍之情形並不無可能，然此一方面應為少數特殊案例，二方面非本次釋憲案言詞辯論關注的焦點，故本鑑定意見為有意識放棄討論。故以下所稱之原住民，係以具我國國籍身分為前提。

再對於相關之基本權利進行重新詮釋，如此不僅如同前述混同了原住民族與其他社會弱勢於本質上不同，更甚至可能反而使得個人基本權利淪為優勢民族的同化手段。

國際勞工組織於 1957 年所通過的「第 107 號有關在獨立國家中保護和消除原住民、其他部落及半部落人口種族差別待遇公約」（ILO Convention No. 107）儘管第一個提出原住民族和部落人口權利，以及國家對他們應盡之義務的綜合性國際法律文件，然而卻不是一個成功或甚至是飽受批判的國際法律文件。也因此促成了國際勞工組織於 1989 年另外通過「第 169 號有關在獨立國家中的原住民族和部落民族公約」（ILO Convention No. 169），以修正 1957 年的「第 107 號公約」。

第 107 號公約最主要的問題在於，其貌似是為了保護和消除原住民遭受差別待遇的問題而通過的公約，但其採取的手段其實是一種家長監護式（paternalistic）及同化整合的（assimilatory）模式。即如國內學者所介紹，「第 107 號公約」目的在促使原住民族加入主流政治、經濟、法律與文化等價值體系中，並且致力於達到「發展」和「民族建立」這兩項國家主流社會不具爭議的目標。其並援引學者 Anaya 的說法，「『第 107 號公約』的主旨在於「架構做為成員的原住民族人口和他們的權利是與大社會平等一致。然則，原住民族本身處於此一結構不正義之境，所得享有的權利與利益分享，僅能在接受同化的過程後始能獲致制度上的次等保障」¹⁶。直到 1989 年的「第 169 號公約」的通過才使得國際原住民族人權政策走上正確的方向，亦即從依賴國家及主流社會到建立自身的文化價值，從被整合進當代工業化社會到承認原住民族作為獨立且有別於其他民族而存在的集體權利主體，從同化整合到多元政策、有自給自足能力並實現自我治理。

從「第 107 號公約」的推動經驗，可以明確得知，如果未能對於原住民族與其他族群在本質上之差異以及現今成為社會弱勢的癥結因素先予以明辨，即單純地以發展有差異的「國民」對待之，或是自自由權利保障之調整，不僅淪為同化整合手段，而且已是被今日國際原住民族人權政策所揚棄之末流。而這裡所稱之「本質上之差異」主要係指其族群之發展歷史、社會制度、知識系統以及自我認同。鑑於此，當吾人在探求有關原住民族狩獵行為是否受到憲法保障之問題時，若只單純以個人基本權利作為憲法規範依據，而既未能從臺灣原住民族被殖民的歷史過往來理解現階段社會弱勢之處境，亦未能正視此處所涉及並非是個人應如何受

¹⁶ 蔡志偉，聯合國中的原住民族國際人權，台灣國際研究季刊，第 4 卷，第 2 期，2008 年夏季號，第 89 頁。

憲法的問題，而是群族集體的處境的問題，豈不是將我國憲法解釋帶回到 1957 年「第 107 號公約」之人權水準？

即如論者¹⁷正確指出，「西方民主憲政獲聯合國人權宣言所列出的基本個人權利並不足以保證族裔文化公正。...現代公民國家採取普遍主義的認同運動主張普遍人權的實踐，反而帶來同質化或同化的壓迫危機，解除某個壓迫，反而強化或深化另一種形式的壓迫。現代憲政主義打造了一個『一致性的帝國』，以一套自認為普遍有效、超越歷史限制的架構，逐步從西歐國家地區向全球各地擴張。它沒有耐心去調適、包容分歧的文化差異，而只想以進步的標準改變、整頓既有的不同規範。在現代公民國家締造的過稱中，為建構一種共同的新民族國家意識，常藉自由主義普遍人權和便利行政一般化之便之合法化理由，摧毀了原住民族的族群意識和集體概念」。

三、避免「泛原住民族」之虛象化

本釋憲案所關切者係原住民族狩獵行為，有關何謂「原住民族」本鑑定意見於前開已援引 Cobo 報告的定義，以及挪威人類學者 Sjøftestad 的認定要件作為說明，然而必須進一步說明的是，此其實僅為原住民族與其他非原住民族的外延區分，然而並非即當然意味著原住民族是一個血緣、文化信仰及社會制度等方面皆相同的「單一族群」，否則即陷入「泛原住民族」的認知謬誤¹⁸。

首先，目前為官方認定之臺灣原住民族共有 16 族，其各族在語言、社會制度及文化表現本即有所差異，也因此產生不盡相同的權利內涵。更重要的是，目前所稱之各族的分類並非源自於各族群的自我認知或我類意識所自然形成的。今日官方所承認的 16 族，主要係以國民政府早期延續日治時期所認定之 9 族為基礎而逐漸增加的。而無論是日本人類學者伊能嘉矩所提出之 4 群 8 族 11 部或是日治政府所採取的 9 族的認定，無非是以他者的身分依據例如體質的特徵、土俗的異同、思想的現狀、語言的異同及歷史的口碑等分類原則，將共有某種特殊性質的（蕃人）集成一體，再依據其共有特徵的遠近，劃定系統上血緣的遠近¹⁹。然而即如雅柏魁詠·博伊哲奴所提出之質疑，「其實各族是外來的分類概念，此一概

¹⁷ 以撒克·阿復，阿美族的主權—主權運動與阿美族社會改造工程，收錄於施正鋒主編前揭註 6 書，第 168 頁至第 169 頁。

¹⁸ 有關「泛原住民族」的概念，請參閱以撒克·阿復，阿美族的主權—主權運動與阿美族社會改造工程，收錄於施正鋒主編前揭註 6 書，第 165 頁至第 168 頁。

¹⁹ 陳偉智，自然史、人類學 與臺灣近代「種族」知識的建構：一個全球概念的地方歷史分析，《臺灣史研究》，第 16 卷第 4 期，2007 年，第 20 頁。

念究竟可以在多少程度上符合原住民族的自我認知及我類意識是大有疑問的」²⁰，其又謂「各族系獨立存在，不受任何其他个人或團體的統治，有其各自的政治、社會組織及宗教信仰，亦有維繫其部落倫常秩序的規範或法。....各族在其所屬之土地、領域內，發展生存的技術，建立其獨特的文化及文明，並發展一套包羅萬象的宇宙觀及知識系統」²¹。

又例如國內學者浦忠勇研究指出，「狩獵文化...是文化的連續實踐行為，包含狩獵行為本身所蘊含的知識、社會規範、禁忌以及各種習俗，形成龐大的知識體系，涉及經濟生活、土地利用、民族知識以及社會文化等多種領域，構成原住民族傳統生活的重要且不可或缺的一部分，深入原住民族的內在肌理，難以分割。且各族群之間或因為地理環境、社會制度、接觸外來族群時間先後等不同，狩獵文化因此存在極大差異²²。

而以傳統個人保障為基本理念的基本權利，在解釋上是否擺脫受限於「個別國民」與「國家」基本關係之預設，而去認識個別原住民以「原住民」身分去界定與「國家」之間的關係時，其實是必須將自己先放置在自己所屬群族與國家間的關係界定之基礎之上？實不無疑問。反之，倘若僅以個別原住民在具體個案中之處境為範圍，並以個人基本權利來探究其是否受到憲法保障，並進而試圖來推導出我國憲法是否保障原住民族之狩獵行為，即是一種忽略台灣原住民族各族群或甚至各部落於狩獵行為相關之社會制度及傳統文化上的差異，而進入以偏概全之「泛原住民族」的認知誤區。換言之，原住民族權利保障的議題，已非僅是個人權利保障的問題而已，而且從先於國家權力及憲法而存在的歷史角度來看，也不僅是消極地現狀維護而已；相反地，是涉及原住民族依據各族或甚至各部落與土地之關係及由此所發展之傳統文化、社會制度及自我認同在憲法上應該受到如何的保障？而此一命題雖然難以從個人基本權利之解釋開展，但正是如此吾人應該將目光轉向憲法增修條文第 10 條第 11 項之規定，確立並釐清其之於原住民族權利保障之意涵為何？

憲法增修條文第 10 條第 11 項規定，「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」，所謂多元文化，依據本鑑定意見前述之立場，應指「臺灣原住民族與非原住民族共同呈現的多元文化」，以及「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多元文化」，當中二者從歷史發展脈絡來看，存在不同的背景因素，切不能混為一談，而且唯有特別將「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多

²⁰ 雅柏魁詠·博伊哲奴，前揭註 6 書，第 86 頁之註腳 3。

²¹ 雅柏魁詠·博伊哲奴，前揭註 6 書，第 86 頁至第 87 頁。

²² 浦忠勇，臺灣原住民族狩（漁）獵文化研究（期末報告書），原住民族委員會委託研究計畫，106 年 3 月，第 21 頁。

元文化」區分出來，方能避免進入以偏概全之「泛原住民族」的認知誤區。此外，憲法增修條文第 10 條第 11 項後段所謂「積極維護發展原住民族語言及文化」，雖然可明確地得知其係以群體為保護對象，而能比個人基本權利更適合作為原住民族權利保障之憲法依據，然而有疑問的是，應該到何等程度始足符合「積極維護發展」之憲法戒命？即如本鑑定意見一再強調地，應該從原住民族各族或甚至各部落與土地之關係及由此所發展之傳統文化、社會制度及自我認同為基礎，透過法律制度之「積極」形成予以保障，始能一貫地符合該項前段「肯定多元文化」之要求，並避免「泛原住民族」之虛象化。從此一憲法增修條文第 10 條第 11 項所隱含之誠命觀之，倘若相關法律制度對於原住民族狩獵行為進行規範時，未能對於「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多元文化」予以考慮並確保，又如何符合「積極維護發展」之憲法戒命呢？

四、先於國家權力與憲法而存在之權利本質

退萬步言，從個人基本權利解釋出發之原住民族權利保障，即便能涵蓋係爭之原住民族狩獵行為，但不管是作為財產權、信仰自由、生存權或乃至文化權保障，在具體個案當中若與其他基本權利產生衝突時，在沒有獲得憲法給予特別保障之地位時，則必須進入所謂以「務實諧和」(praktische Konkordanz)的方式，與其他相衝突之基本權利進行權衡與調和，且基於憲法之同一性(Einheit der Verfassung)，國家應務實就具體個案尋求雙方較佳之處理方案²³。在此情形下，原住民族狩獵行為即便受到基本權利之保障，亦有可能必須服膺於公共利益維護而讓步，然而在此值得思考的是，即便是先於國家權力與憲法而存在的原住民族狩獵行為或乃至背後更深沉意涵的土地權及自然資源權，在利益衡量之下，就僅能如同一般個人基本權利一般，在與其他基本權利相衡量後而退讓時，只能完全退守？

這問題值得吾人透過紐西蘭毛利人的漁獲權為例進行省思，毛利人的漁獲權被認為包含「慣俗」(customary)及「商業性」(commercial)商業性兩種，或又有認為是一種「慣俗商業權」(customary commercial rights)，漁獲權屬於部落或氏族，而且有明顯的界線。儘管英國與毛利人於 1840 年簽訂了「外坦及條約」(Treaty of Waitangi, 1840)明文保證毛利人享有「完全獨有不受干擾的漁獲權」，但事實上卻仍被政府已經鯨吞蠶食的方式併吞或限制漁獲權。在經過司法訴訟及與政府長期談判的過程，終使得「毛利漁獲法」(Maori Fisheries Act, 1989 & 2004)

²³ 司法院解釋第 794 號解，蔡明誠大法官之部分協同意見書，第 10 頁。

獲得通過，並進而設立「毛利人漁獲基金」（Maori Fisheries Fund）。整體而言，毛利人獲得紐西蘭漁業的三分之一，且商業漁獲配額只限定分配給部落，並不分給個人²⁴。

儘管各國原住民族漁獵權發展的背景條件有所不同，而且我國政府亦未曾與臺灣原住民族訂定過類似「外坦及條約」協議文件以作為承認及保障台灣原住民族先於國家權力而存在的土地權以及相關自然資源權的依據；然而，從憲法增修條文第 10 條第 12 項當中之「經濟土地」或是原住民族基本法第 20 條第 1 項所謂「政府承認原住民族土地及自然資源權利」，以及憲法保障原住民族權利之規範意旨應該隨相關國際人權公約而進步，並以其作為自我規範內涵的充實觀之，此例如已透過《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》而具有我國內國法效力之《公民與政治權利國際公約》（以下簡稱「公政公約」）第 27 條規定：「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，與團體中其他成員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的權利，不得剝奪之」。該條文所在用語上採用「少數團體」（minorities），但其真正的重點應該不在於族群人口數之多寡，而是在於固有文化或宗教信仰之保障。此從《公政公約》第 23 號一般性意見書第七點即可自明，其謂：「關於第 27 條所保障的文化權利的行使，委員會認為，文化本身以多種形式表現出來，包括與土地資源的使用有聯繫的特定生活方式，原住民的情況更是這樣。這種權利可能包括漁獵等傳統活動和受到法律保障的住在保留區的權利」。準此，台灣原住民族的狩獵行為及其背後所根源的土地權與自然資源權，皆應被視為先於國家權力與憲法而存在的認知下被承認與保障，也如此方能使憲法增修條文第 10 條第 12 項當中之「經濟土地」或是原住民族基本法第 20 條第 1 項所謂「政府承認原住民族土地及自然資源權利」於理論基礎上有所附麗，且二者規定之間亦取得規範意涵上之連結。

惟「公政公約」第 27 條中所稱之「不可剝奪」（shall not be denied），在我國憲法架構下固非理解為在與其他基本權利或公共利益相衝突時獲得至高無上的保障地位而無需讓步，但從國際上承認並尊重原住民族土地權及漁獵權之典範來看，仍應積極透過制度之形成，使得原住民族先於國家權力與憲法而存在的權利仍有權利行使方式轉換之可能性，或是給予補償以作為承認其權利存在事實。例如本鑑定意見前揭之毛利漁獲法，當中政府與毛利人雙方協議：由政府出錢買回已經分配出去的漁獲配額的 10%，在四年內逐步轉移給毛利人（每年 2.5%）：在未

²⁴ 相關深入介紹，請參閱施正鋒、吳珮瑛，紐西蘭毛利人的漁獲權，收錄於施正鋒、吳珮瑛著，前接註 3 書，第 187 頁至第 199 頁。

來，如果有新的魚種的「配額管理體系」（Quota Management System, QMS）配額時，20%將交給新成立的「毛利漁獲委員會」（Maori Fisheries Commission）來分配給毛利人，又稱為「毛利人配額」（Maori quota），同時也是承認毛利人在「外坦及條約」保障下的漁獲權²⁵。此處的案例主要是要指出，基於原住民族權利先於國家權力與憲法而存在之事實，且憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項之規範意旨又應該隨國際人權公約與時俱進，則前開憲法條文當中之「積極維護發展原住民族語言及文化」、「保障原住民族之地位...，並對其...經濟土地予以保障扶助並促其發展」似可解釋為包含一個對於立法者的立法上之誡命，亦即應對於原住民族土地權及自然資源權予以承認及保障，縱使在公共利益衡量之下，而得要求原住民族權利讓步之必要，亦應該積極透過協商機制（肯定多元文化誡命）並形成權利轉換或補償之機制（積極維護誡命），方能符合憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項之規範意旨。

另憲法上之比例原則，在個案上之適用，除了傳統上之「禁止侵害過度原則」（Übermaßverbot）之外，針對國家應積極給予照顧給付之事項，「禁止保護不足原則」（Untermaßverbot）亦已為現今公法學或乃至司法實務²⁶所承認。倘若憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項係屬對於立法者之立法指示，且解釋上可推導出包含應對於原住民族土地權及自然資源權予以承認及保障，縱使在公共利益衡量之下，而得要求原住民族權利讓步之必要，亦應該積極透過協商機制（肯定多元文化誡命）並形成權利轉換或補償之機制（積極維護誡命），則與相關原住民族權利相關之法令，特別是與本次釋憲案直接相關之野生動物保育法（以下簡稱「野保法」）第 21-1 條及槍砲彈藥刀械管制條例（以下簡稱「槍砲彈藥條例」）第 20 條是否通過憲法比例原則之檢驗，恐不能如傳統上僅針對「禁止侵害過度原則」進行檢驗，而忽略了從原住民族權利本質之特殊性，進而推導出憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項係隱含積極形成制度以保障「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多元文化」以及先於國家權力與憲法而存在的土地權與自然資源權的立法誡命，而不去檢驗前開相關規定是否違反了「禁止保護不足原則」，而有違反比例原則之虞。

參、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項作為原住民族群體權保障之依據

²⁵ 施正鋒、吳珮瑛，紐西蘭毛利人的漁獲權，前揭註，第 193 頁至第 194 頁。

²⁶ 程明修，論基本權保障之禁止保護不足原則，收錄於：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，《憲法體制與法治行政：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集》，台北：三民，1998 年 8 月，頁 220-273；司法院釋字 485 號解釋。

綜上所述，當我們慣性地以個人基本權利為依據進行憲法解釋時，是不是有可能忽略掉原住民族權利保障爭議的本質，並不是在試圖改善個別國民的法律地位，而是要去訴求長期受到壓迫或侵害的族群集體性之土地權利與文化完整性。即如加拿大政治哲學家 Will Kimlicka 所言：「如果我們尊重印地安人之為印地安人，也就是說，其身為特定文化社群的成員，我們就必須承認其文化對其之重要性，且必須承認其所提出用以保護其文化的權利訴求之正當性」²⁷。因此應該從群族集體之於土地權、自然資源權乃至於文化整體性，來解釋現行憲法規範，而不是反過來削足適履般地將原住民族權利保障硬塞入個人基本權利，乃為本釋憲案最基本應有的立場。換言之，原住民族狩獵行為是否受到憲法保障？其性質究竟應屬個人權或群體權，能否從憲法第二章個人基本權利，或可從憲法其他規定推導出來憲法保障依據，並非僅涉及憲法釋義學方法論的問題而已；而是更涉及到憲法對於原住民族權利保障的歷史高度。

國內公法學發展乃至於司法實務界進行憲法解釋，不可諱言地，長年來深受德國法學之影響，尤其在個人基本權利理論之充實，確實有其莫大貢獻；然而，也不能不正視德國憲法解釋無論是在學說或司法實務，在有關原住民族權利保障的議題討論上開展有限的事實，當然更不應該成為僅以個人基本權利作為原住民族權利保障之憲法依據的正當理由。尤其是，我國法界經常師法之法學先進國家，無論是德國基本法、美國憲法或日本憲法，皆無類似我國憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項將原住民族納入憲法保障之規定，甚至原住民族之字眼更是缺如。

本鑑定意見於前開「貳」之處的論述，已隱約提到憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項作為原住民族群體權保障（包含本件原物民族狩獵行為）之依據的立場。在此將進一步予以綜整以作為本件釋憲之參考。

憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項雖僅規定「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」，「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展」，而欠缺明確，但若從歷史主權說以及原住民族土地權及自然資源權的角度，以及原住民族相關之國際人權公約規定，則仍可釐清或充實其規範意涵。

一、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項的保護內涵與範圍

首先，憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款及第 10 條第 11 項、第 12 項之規定，為何對於所指涉之規範對象稱為「原住民」或「原住民族」（indigenous peoples/

²⁷ Kimlicka, Will, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford: Clarendon Press, 1989, P. 124;

indigenous populations) 而不是少數民族 (Ethnic Minorities) ? 蓋原住民族的原因並非是族群人口數少而應受到保障, 而係其先於後來侵入之國家統治以及具支配地位族群之意志為基礎所建立之法秩序而存在, 並於其所屬之領域上控管與利用土地及其所屬的自然資源 (農、林、漁、牧), 當中包括漁獵及採集等經濟性的行為, 也發展出包含漁獵文化或相關傳統祭儀, 同時土地權亦是其族群政治權利的基礎, 因此可以說土地資源的控管與利用行為都構成了原住民族部落實現自主發展 (自決/自主) 的重要基礎。因此當憲法增修條文前開條文課予國家「積極維護發展原住民族語言及文化」及「國家應依民族意願, 保障原住民族之地位及政治參與」等義務時, 即不能切割式地對於土地問題、文化表現或社會制度等問題分別看待或分別給予保障。換言之, 憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項的內涵與保護範圍的理解上, 不應該以詞害意, 拘泥在那些「語言、文化、教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利」等文字範圍, 亦不應該各別分開理解。相反地, 應該系統性地及完整地將理解為土地 (海域) 權及其所屬的自然資源 (農、林、漁、牧), 當中包括漁獵及採集等經濟性的行為, 也發展出包含漁獵文化或相關傳統祭儀, 此即為憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項的保護內涵與範圍。

準此, 原住民族狩獵行為固然原則上在此保護範圍之內, 而且應該是在土地權及自然資源權的脈絡下方具有傳統文化實踐的意涵, 也才能進入此一保護領域。換言之, 並非僅是具備「原住民族」及「狩獵行為」兩項條件即受到憲法保障, 而是仍必須從各別不同族群的歷史文化脈絡來判斷, 該行為是否具有土地權及自然資源權的脈絡下之傳統文化實踐的意涵, 不能一蓋而論否則將造成憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項的保護內涵與範圍有不當擴大之虞。反之, 若是過於僵化認定, 亦有可能違反憲法增修條文第 10 條第 11 項前段所規定之「國家肯定多元文化」當中之「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多元文化」之要求。

二、從「積極維護發展原住民族語言及文化」誠命檢視野保法第 21-1 條第 2 項

憲法增修條文第 10 條第 11 項後段既然要求國家應「**積極維護發展**原住民族語言及文化」, 自然即應解釋為**積極維護**「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多元文化」之發展始符合體系性解釋之一貫。立法者究應如何立法始得不違反「積極維護發展」之憲法戒命? 固然不容易一概而論, 然而就捕獵野生動物之行為而言, 本即受到野保法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制, 惟同法第 21-1 條第 1 項規定「台灣原住民族基於其傳統文化、祭

儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者」，得不受前開三種規定情形之限制，固屬於對憲法增修條文第 10 條第 11 項前段之「國家肯定多元文化」以及後段「維護發展原住民族文化」要求之「原則性」的實現。然而，其進一步「事實上」的實現，野保法第 21-1 條第 2 項則以行政法學上極為普通常見的授權條款，亦即「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法」，授權由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。據此，行政院農業委員會與原住民族委員會即發布了「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」），當中條文內容，包含傳統文化和祭儀之定義、適用區域，以及規定申請資格、期限、程序及應備文件等規定，而最具有爭議的莫過是「事前申請許可」的制度，其被批評有違原住民族傳統慣習，除了多數認為無法精準的事先知道可獵獲的種類和數量外，更認為與傳統習俗相違背，甚至違背了禁忌、冒犯了祖靈；此外管理辦法的附表中所列資訊，與實際情形有明顯落差，且這種落差普遍發生於各民族，廣受到原住民社會與野生動物保育實務界的批評²⁸。

惟若從野保法第 21-1 條第 2 項授權條款去檢驗是否違反傳統的授權明確性原則，抑或就管理辦法去檢驗有無逾越母法授權之範圍，則答案可能都是否定的，但就前開兩項規範整體結構來看，卻是造成了原住民族狩獵之傳統文化及習俗遭到不當的限制。而其癥結所在毋寧是，野保法第 21-1 條第 2 項的授權條款雖然符合傳統之授權明確性，然對於被授權之行政機關在有關「維護發展原住民族語言及文化」之憲法要求未能給予足夠的授權意旨，從而難謂無違反憲法增修條文第 10 條第 11 項後段國家應「**積極維護發展**原住民族語言及文化」誠命之虞。

三、野保法未能保障原住民族土地管理機制而有違禁止保護不足原則

論者²⁹認為原住民族的狩獵文化，在法律上應予以尊重及保留，野保法第 21-1 條之規定，沒有違反憲法上比例原則之界限。若從比例原則當中傳統的禁止侵害過當原則的角度論之，本鑑定意見亦敬表同意，蓋該規定謂「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」，得免受到野保法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制，並無針對該排除規定設定不合理之條件與限制，再加上原住民族委員會於 106 年 6 月 8 日

²⁸ 裴家騏、張惠東，我們對原住民族狩獵自主管理制度的看法，台灣林業，106 年 8 月號，第 21 頁。

²⁹ 林明鏘，台灣動物法，二版，2020 年，第 105 頁至第 106 頁。

作成「原民經字第 10600235541 號」函令，核釋「野保法第 21-1 條第 1 項所定「台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者」，包括依原住民族基本法第十九條規定，原住民在原住民族地區基於自用之非營利目的而獵捕、宰殺或利用野生動物之行為。前述之「自用」，係指非藉此獲取利益，僅供本人、親屬或依傳統文化供分享之用」之後，原則上³⁰可認為未有侵害過當之疑慮，從而符合消極面向之比例原則的要求。

然即如本鑑定意見前文所述，憲法上之比例原則，在針對國家應積極給予照顧給付之事項，尚有「禁止保護不足原則」之要求。倘若憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項係屬對於立法者之立法指示，且解釋上可推導出包含應對於原住民族土地權及自然資源權予以承認及保障，則在管理機制上即非必然以「事前申請許可」制度不可，相對地，尚得以狩獵傳統慣習及狩獵禮儀暨倫理道德規範背後所隱含之「傳統生態知識」（Traditional ecological knowledge），及結合主管機關與原住民族相互之間的共識，來形成自主規制的內涵，除能減輕國家負擔之外，也更可強化透過國家法律所劃設之生態保護機制的功能³¹，更能發揮積極維護發展原住民族文化的憲法誠命，同時亦與生物多樣性公約（Convention on Biological Diversity, CBD）第 10（C）條規定不謀而合³²。

此外，從 2017 年 3 月立法院完成政黨協商的第 21 條之 1 的修訂條文，「台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀及**非營利自用**，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。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准或備查，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域、非營利自用及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。**並應依尊重原住民族文化、部落自主管理之原則定之**（粗體字為增修處）」，即更可明確得知立法者非不能以符合憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項保護原住民族權

³⁰ 非營利目的之捕獵是否本質上必然不在原住民族的傳統文化範圍之內，本鑑定意見持保留立場，蓋從遠古至近代，原住民族以自身傳統領域內所捕獲或採集之自然資源與島內外之外族透過以物易物的方式，進行交易以換取族群生存所需之物資其來有自。又例如本鑑定意見所舉之紐西蘭毛利人的慣俗商業漁獲權，長久以來即受到該國政府之承認。各一方面承認傳統文化之狩獵行為，但令一方面卻又理所當然似地排除非營利目的之捕獵，又未能將此處之營利性目的與外國案例所稱之商業性目的予以區辨，是否具有足夠正當事由，本鑑定意見抱持懷疑態度。但由於此一議題探討並不在本釋憲案的範圍之內，故於此為有意識放棄討論。

³¹ 裴家騏、張惠東，前揭註 28 文，第 24 頁；王毓正，達悟族傳統海域自治管理與海域法規之衝突與調和，原住民族法學，第七期，2021 年，第 40-53 頁。王毓正，紐西蘭毛利族之海洋文化與法律保障，國際海洋資訊，第 11 期，2021 年 3 月，第 5 頁。

³² 生物多樣性公約（Convention on Biological Diversity, CBD）第 10（C）條規定「對於按照傳統文化實踐且符合保育或永續利用之要求的生態資源慣習利用，應給予保護並鼓勵」。

利之意旨為條文修正，然而卻始終遲延修法進度，似難謂無違反「禁止保護不足原則」，而有違反比例原則之虞。

再者，縱使在公共利益衡量之下，而得要求原住民族權利讓步之必要，亦應該積極透過協商機制（肯定多元文化誠命）並形成權利轉換或補償之機制（積極維護誠命），則與相關原住民族權利相關之法令，特別是與本次釋憲案直接相關之野保法第 21-1 條及槍砲彈藥條例第 20 條皆可能已違反憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項係隱含積極形成制度以保障「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多元文化」以及先於國家權力與憲法而存在的土地權與自然資源權的立法誠命，而違反「禁止保護不足原則」，從而有違反比例原則之虞。

肆、野生動物保育之憲法依據、理論基礎、內涵及範圍

一、德國基本法第 20a 條之借鏡

我國憲法增修條文第 10 條第 2 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」，惟該條文是否包含野生動物保育之規範意涵？又與其應兼籌並顧者，除了經濟及科學技術發展之外，是否亦包括原住民族狩獵行為呢？似乎不容易從憲法增修條文本身以及相關修憲理由獲得直接的答案。

然而，首先所謂「環境及生態」，從人類生存所依存之環境生態條件的角度觀之，其包含「野生動物保育」應屬當然。若進一步以比較法的方式，參酌德國基本法第 20a 條之規定，亦可獲得佐證。德國基本法第 20a 條規定，「國家應透過合憲之立法權及符合實質法治國原則之行政權與司法權之實施，以保護未來世代之生存所需之自然基礎與動物」³³，當中所規定之保護客體「自然生存基礎」（natürlichen Lebensgrundlagen），德國通說上普遍認為其概念係等同於「環境保護」（Umweltschutz）³⁴。其於用詞上雖然廣泛地稱為「自然生存基礎」，但其規範意涵不應被理解為泛指人類以及「其他所有生命」之自然生存基礎，相對地，而僅是以「人類中心主義」（anthropozentrische Perspektive/ anthropocentric perspective）為基礎所理解的自然生存基礎。其主要原因有二：德國基本法第 20a

³³ 原文“Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung “.

³⁴ Murswiek, Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG) Bedeutung für Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 1996, 224; Scholz, in: Mauz/Dürig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2020, Rn 36.

條作為基本法的一部分，無法自處於以人類中心主義為基礎的基本法之外，而獨樹一格；其次，憲法秩序以及國家機關行為之本質亦是以服膺於實現人類利益為導向。退萬步言，縱使將自然生存基礎的保護範圍擴大至以自然環境本身為保護目的（die Natur auch um ihrer selbst willen），毋寧也是人民透過民主程序所作成之決定，而認為如此之擴大認定範圍係屬必要，從而仍屬人類中心主義之表現³⁵。

自然生存條件的保護範圍，係包含所有人類生存所依賴之自然（或生態）基礎條件，亦即並不包含人工所創造之基礎條件，亦不包括「心理社會環境」（psychosozialen Umwelt）³⁶。亦即係包含動物、植物及其生存基礎（例如棲地）、空氣、水、土壤、礦物資源以及微生物等。在保護手段上包含有兩種性質之誡命，亦即消極地不為對環境產生侵害的行為，此又包括對於環境有急迫性的危害之排除（防禦）以及對於未來可能發生的風險之預防；以及積極地對於生物多樣性的保護以及對於受威脅的動物及植物之物種確保適合其生存的環境³⁷。

綜上所述，無論是德國學說或實務見解一致認為，動物與植物之保護，本即屬於德國基本法第 20a 條之誡命³⁸，但值得注意的是，此處受保護的原則上係指野生動物，而且受保護的並非個別的生命、有機體或現象，而是著眼於生態系，因此要判斷自然生存基礎當中所包含的動物保護是否受到影響，則整體性的考察係屬必要。相反地，倘若無涉及生態系意義或功能的動物對待，則非屬基本法第 20a 條所稱之自然生存基礎的保護領域，此類最典型的爭議例如，寵物、經濟動物及實驗動物是否被符合物種的方式、符合人道的方式被對待或是否有實驗必要性等之問題。為了讓前述未能被涵蓋進基本法第 20a 條保護領域的問題，亦取得憲法位階的規範依據，在 2002 年基本法修正時，動物（Tiere）的文字特別被導入基本法第 20a 條之規範內容，一般將此評價為倫理層次的動物保護訴求獲得了憲法位階³⁹。或甚至被明確地與既有基本法第 20a 條的環境保護意涵相區別，而稱為「非生態性之保護目標」（nicht-ökologisches Schutzziel）⁴⁰。

從基本法第 20a 條之規定並無法推導出環境基本權，相對地，依據德國法學通說⁴¹，其性質乃為國家目標條款，無論從修憲時的立法理由或是從該條款於憲法之體系位置（並非置於基本法第一章「基本權利」，而係置於第二章且毗鄰

³⁵ Huster/Rux, GG Art. 20a, in: Epping/Hillgruber (hrsg.) BeckOK Grundgesetz, 2020, Rn. 11.

³⁶ Scholz, in: Mauz/Dürig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2020, Rn 36.

³⁷ BVerfG NVwZ 2011, 94, 98.

³⁸ Entschließungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drucks. 12/8211; Scholz, in: Mauz/Dürig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2020, Rn 37.

³⁹ Scholz, in: Mauz/Dürig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2020, Rn. 59.

⁴⁰ Gärditz, in: Landmann/Rohmer (hrsg.), Umweltrecht, 2020, Rn. 3.

⁴¹ Scholz, in: Mauz/Dürig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2020, Rn. 32-33.

於國家結構原則及國家目標條款之第 20 條第 1 項），該結論應該都是毫無置疑的。依據德國通說，從基本法第 20a 條之規定並無法為環境保護推導出，相較於其他憲法抑或國家目標更優先獲得保障之地位。換言之，基本法第 20a 條所規範之國家目標，仍必須與其他憲法所保障之法益或價值就個別規範事項進行權衡，例如環境保護與社會國原則所蘊含的工作機會確保，或是經濟性質之自由權利的開展等。亦即對於受到憲法同等保障之基本權利或國家目標，應以「務實諧和」（*praktische Konkordanz*）的方式進行權衡與調和，且基於憲法之同一性（*Einheit der Verfassung*），國家應務實就具體個案尋求雙方較佳之處理方案。換言之，德國基本法第 20a 條從來就不是賦予國家有權力得對於環境負擔行為全面禁止，而毋寧是課予其必須透過適當的衡量之後，始得對於造成環境影響之行為予以限制。

二、憲法增修條文第 10 條第 2 項之意涵

回到我國憲法增修條文第 10 條第 2 項，無論透過野生動物保育背後所伴隨之生物多樣性及生態性完整性的意義來看，本即屬於環境及生態保護之一環，應毋庸置疑。透過德國基本法第 20a 條規範意涵之比較，更能佐證野生動物保育係屬於憲法位階的保護法益無疑，只不過無論從條文內容，或是從其於憲法中的章節體系位置來看係屬基本國策之性質，或是相當於德國憲法中之國家目標條款（*Staatszielbestimmungen*），其主要係對於立法者課予立法指示之誡命，但另一方面也無法推導出相較於其他憲法抑或國家目標更優先獲得保障之地位。

此外，憲法增修條文第 10 條第 2 項雖僅規定**經濟及科學技術發展**，應與環境及生態保護兼籌並顧，但並非意指原住民族狩獵行為在非屬經濟或科學技術發展的概念範圍內，即無須與環境及生態保護兼籌並顧。相反地，條文中之**經濟及科學技術發展**似應解釋為僅是與環境及生態保護可能產生衝突的事項當中之例示規定，從而原住民族狩獵行為在與環境及生態保護產生衝突時，必須兼籌並顧當屬自明之裡。

三、野生動物保育非不能與原住民族傳統生態智慧兼籌並顧

生態學家 Johan Colding 和 Carl Folke 表示，原住民族漁獵行為上之自律與限制不只是為了統合人類的社會生活，同時也影響、或是能夠直接管理在地的自然環境。無論這些限制背後的原因為何，禁忌在地方上所扮演著的主要角色很可能是保護

自然資源、物種以及生態系統⁴²。在國際案例當中，例如紐西蘭毛利人文化中所謂的 *rāhui*，係指各部落形成一種對於特定期間內與區域內採集或利用自然資源的限制，或是對於特定海洋物種的禁止或限制，並且成為生活上的規範。就目前生態保育的角度來看，即是一種自然資源保育或資源管理的模式，同時也可減緩生物繁衍上的壓力。又例如在印尼西巴布亞省拉賈安帕特群島（*Kabupaten Raja Ampat*）的原住民族稱為“*Sasi*”，亦即自然資源在特定的時間或空間內禁止利用的慣習，其包括農田、森林、珊瑚礁或是捕魚地點，也包括特定海洋生物及捕魚方式。尤其在 2003 年時 *Raja Ampat* 地方政府亦將當地的 *Sasi* 納入依法設置之保育管理制度。依據調查研究發現，相關區域的海洋生態資源皆已出現顯著的回復，足見承認傳統海域並保護傳統生態知識之實踐，對於海洋生態資源保育有其重要性，並可彌補國家法律之不足⁴³。

在台灣原住民族當中，例如達悟族的飛魚文化⁴⁴、鄒族稱為 *einu*、泰雅族稱為 *gaga*、太魯閣族稱為 *gaya*...等，確實已經成為共同遵守的框架規範⁴⁵。因此，透過這些傳統生態智慧與族群自我約束之共識，來形成自主規制的內涵，將更能減輕國家負擔，也可以增進國家與原住民族之間的協力連結性，更可以借重原住民族的在地地理與環境智慧進行在地治理，由原住民族與國家合作來達成公益⁴⁶。更重要的是，此一模式更能同時有助於憲法增修條文第 10 條第 2 項之野生動物保育，以及第 11 項之原住民族狩獵行為中之傳統文化以及傳統生態智慧能獲得積極維護發展。

伍、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之合憲性

依槍砲彈藥條例第 20 條規定：原住民族若持有或使用獵槍，應同時具備下列 4 個要件，始不受刑事制裁：1. 僅限原住民身份；2. 僅限自製獵槍及自製魚槍，不包含「制式獵槍」；3. 未經許可製造、運輸及持有；4. 供作生活工具之用。其主要立法目的似在於避免具殺傷力之槍砲恣意生產、製造、持有、販賣、出租、

⁴² Colding, J. & Folke, C. 1997. The relations among threatened species, their protection, and taboos. *Conservation Ecology* 1(1): 6. Retrieved May 28, 2013, <http://www.consecol.org/vol1/iss1/art6/> (最後瀏覽日 2020.12.5)。

⁴³ Hedley S. Grantham et al., 2013. A comparison of zoning analyses to inform the planning of a marine protected area network in Raja Ampat, Indonesia, *Marine Policy*, 38, 184-194; Paulus Boli et al., 2014. Benefits of Sasi for Conservation of Marine Resources in Raja Ampat, Papua, *JMHT* XX, (2): 131-139.

⁴⁴ 王毓正，達悟族傳統海域自治管理與海域法規之衝突與調和，前揭註 31，第 42 頁至第 44 頁。

⁴⁵ 裴家騏、張惠東，前揭註 28 文，第 24 頁。

⁴⁶ 同前揭註。

出借，致重大影響社會秩序，以有效保障全體人民之生命財產安全（本法第 1 條立法目的說明）。然而，有疑問的是，自製獵槍及自製魚槍並非不具有殺傷力，僅不過其殺傷力較制式獵槍為小，從而在立法對於原住民族獵槍進行管制與限制時，是否有足夠理論依據或統計研究，可以支持原住民使用獵槍時的殺傷力大小與造成重大影響社會秩序有合理關聯性存在？倘若沒有的話，單純僅以臆測的方式，來對於受到憲法保障之原住民族狩獵行為進行限制，是否符合比例原則當中之合目的原則，似不無疑問。

又倘若透過彈藥使用登記之管理模式，即可對於制式獵槍之使用能確保在合理且符合目的的範圍內，且可避免所謂的造成重大影響社會秩序的話，又何以非必然透過禁止使用制式獵槍之手段？而如此是否真能符合比例原則當中之最小侵害性原則之要求，亦不無疑問。再者，有關原住民使用自製獵槍及自製魚槍因安全性不佳而導致自傷或誤傷同伴之新聞報導時有所見，在能以制式獵槍彈藥登記管理的方式來開放使用，卻仍以禁止之方式，而僅准許原住民使用極度不安全的自製獵槍及自製魚槍，不啻是讓原本傳統文化實踐的狩獵行為，轉變成必須冒著生命危險或可能伴隨傷亡的恐懼的一種傳統文化實踐行為，槍砲彈藥條例第 20 條實已形同壓抑原住民族傳統文化發展的法律，如此又豈能與憲法增修條文第 10 條第 11 項國家應「**積極維護發展**原住民族語言及文化」之誠命相符？

此外，自製獵槍因受限於殺傷力有限，也容易導致進行狩獵時，被擊中之野生動物無法立即斃命倒地，而奔跑一段路之後始倒地於荒野當中，而導致原住民狩獵過程中拾獲率偏低，其連帶的結果是反而不僅造成中槍後野生動物痛苦時間的延長，同時也導致中槍之野生動物數量的增加。如此捨管理而取禁止之規定，是否能符合憲法增修條文第 10 條第 2 項所隱含之野生動物保育之要求，亦不無疑問。

陸、結論

綜上所述，本鑑定意見之結論簡述如下：

1. 原住民族狩獵行為應從歷史發展、族群共享之土地權及自然資源權出發來理解，且為了避免淪為同化措施以及「泛原住民族」之虛象化，不應從個人基本權利之解釋來作為憲法保障依據，毋寧應從憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項進行解釋以作為群體性之憲法保障依據。且其解釋時，應兼顧台灣原住民族之歷史過往，同時也須與原住民族相關之國際人權公約意旨同時並進。

2. 從原住民族土地權及自然資源權係屬先於國家權力與憲法而存在之權利本質，因此即使基於公共利益保護而必須要求原住民族狩獵行為退讓，亦必須仍有權利行使方式轉換之可能性，或是給予補償以作為承認其權利存在事實。
3. 憲法增修條文第 10 條第 11 項要求國家應「積極維護發展原住民族語言及文化」，因此相關法律除本身的規定應積極維護發展於原住民族文化之外，於以授權條款授權行政機關以法規命令為補充規定時，亦應於授權條款當中就維護原住民族文化給予足夠的授權意旨，以確保法規命令亦能遵守前開憲法戒命。野保法第 21-1 條第 2 項之授權條款未能符合此一要求，而有違反憲法增修條文第 10 條第 11 項之虞。
4. 憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項係隱含積極形成制度以保障「臺灣原住民族範圍內的各自族群或部落的多元文化」以及先於國家權力與憲法而存在的土地權與自然資源權的立法誠命，野保法第 21-1 條於授權條款當中既未明確給予尊重原住民族文化、部落自主管理之明確指示，違反「禁止保護不足原則」，從而有違反比例原則之虞。
5. 透過憲法增修條文第 10 條第 2 項之解釋，野生動物保育本即屬於環境及生態保護之一環，其性質屬基本國策之性質，或是相當於德國憲法中之國家目標條款，其主要係對於立法者課予立法指示之誠命，但無法推導出相較於其他憲法抑或國家目標更優先獲得保障之地位。經濟及科學技術發展應解釋為僅是與環境及生態保護可能產生衝突的事項當中之例示規定，從而原住民族狩獵行為在與環境及生態保護產生衝突時，必須兼籌並顧當屬自明之理。
6. 野生動物保育非不能與原住民族傳統生態智慧兼籌並顧，透過傳統生態智慧與族群自我約束之共識，來形成自主規制的內涵，有助於憲法增修條文第 10 條第 2 項之野生動物保育，以及第 11 項之原住民族狩獵行為中之傳統文化以及傳統生態智慧能獲得積極維護發展。
7. 若無足夠理論依據或統計研究，可支持原住民使用獵槍時的殺傷力大小與造成重大影響社會秩序有合理關聯性存在，則屬單純以臆測的方式，來對於受到憲法保障之原住民族狩獵行為進行限制，不符合比例原則當中之合目的原則。
8. 透過彈藥使用登記之管理模式，即可對於制式獵槍之使用能確保在合理且符合目的的範圍內，且可避免所謂的造成重大影響社會秩序的話，實無透過禁止使用制式獵槍之必要，從不符合比例原則當中之最小侵害性原則

9. 能以制式獵槍彈藥登記管理的方式來開放使用，卻仍以禁止之方式，而僅准許原住民使用極度不安全的自製獵槍及自製魚槍，槍砲彈藥條例第 20 條實已形同壓抑原住民族傳統文化發展的法律，而有違反憲法增修條文第 10 條第 11 項國家應「**積極維護發展**原住民族語言及文化」誠命之虞。
10. 自製獵槍因受限於殺傷力有限，其連帶的結果是反而不僅造成中槍後野生動物痛苦時間的延長，同時也導致中槍之野生動物數量的增加，而未能符合憲法增修條文第 10 條第 2 項所隱含之野生動物保育之要求。