

目次

【議程表】 1

【開幕致詞】 4

- 主辦單位致辭 / 原住民族委員會 鐘興華 副主任委員 5
- 承辦單位致辭 / 國立臺北教育大學 蔡志偉 副教授 7
- 貴賓致詞 / 法務部 蔡碧玉 次長 8
- 貴賓致詞 / 財團法人法律扶助基金會 陳為祥 秘書長 9

【專題演講】 11

【主題一：自製獵槍格式 vs. 槍砲彈藥刀械許可及管理辦法】 17

- 什麼是獵槍？拉勞蘭部落的獵人觀點 / 戴志強·亞榮隆·撒可努 19
- 重新檢討原住民自製獵槍之管制與處罰 / 許恒達 31
- 原住民自製獵槍定義規範的未來走向 / 許華偉 45
- 會議實錄 63

【主題二：獵捕野生動物 vs. 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】 75

- 臺灣排灣族傳統文化空間與土地的根著 / 郭東雄 77
- 法律與文化的思辨：獵捕野生動物 vs 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 / 林光義 91
- 回頭正視原住民族法規 / 邦卡兒·海放南 103
- 會議實錄 109

【主題三：本國原住民狩獵權實務討論、評釋】 115

- 我國司法實務對槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項見解之分析 / 馬培基 117
- 析論原住民族基於傳統文化祭儀獵捕保育類野生動物除罪化與否之爭議—從最高法院 102 年台上字第 3541 號判決談起 / 許正次 129
- 司法機關對原住民自製獵槍-供作生活工具之用-要件之見解 / 蘇建榮 141
- 狩獵與槍彈—從若干立法過程談起（與談資料） / 施育傑 153
- 會議實錄 161

【主題四：外國原住民狩獵權實務討論、評釋】 173

- 兩人權公約中原住民狩獵權保障之內涵—以聯合國人權委員會決定為中心 / 鄭川如 175
- 加拿大 Métis 原住民族狩獵權 (Right to Hunt) 之探討：從 Powley 案到 Hirsekorn 案 / 林三元 193
- 會議實錄 207

【主題五：立法疏漏 vs. 法律解釋 I：槍砲彈藥刀械管制條例：子彈】 213

- 原住民的子彈有兩種？—評最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決中的傍論 / 張道周 215
- 原住民自製獵槍許可與管理法制之研究-以自製獵槍使用之子彈為視角 / 曾正一 237
- 會議實錄 249

【主題六：立法疏漏 vs. 法律解釋 II：野生動物保育法：自用】 255

- 台灣原住民族的狩獵傳統在現代野生動物管理上之應用：以西魯凱族為例 / 裴家騏、賴正杰 257
- 尋求原住民族基本法與野生動物保育法間規範衝突的緩衝地帶-以『違法性意識之可能性』的視角淺析 / 吳志強 271
- 原住民之槍械刑責與刑事法之合理因應 / 陳重言 303
- 會議實錄 319

【圓桌論壇】 323

【影像錦集】 331

第五屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

-議程表-

【第一天】

8 月 23 日星期六	
08:30-08:50	報 到
08:50-09:00	主辦單位致詞 鐘興華 副主任委員／原住民族委員會
09:00-09:20	貴賓致詞 蔡碧玉 次長／法務部 陳為祥 秘書長／財團法人法律扶助基金會
09:20-10:10	專題演講 主持人：蔡志偉 Awi Mona 副教授／國立臺北教育大學 演講者：杜東龍 La Cheng-Mavaliv 前部落主席／新園部落 翻 譯：戴明雄 sakinu・tepiq 董事長／財團法人原鄉部落重建文教基金會
10:10-10:30	茶 敘（大合照）
10:30-12:30	主題一：自製獵槍格式 vs. 槍砲彈藥刀械許可及管理辦法 主持人：原住民族委員會 阿浪·滿拉旺處長
	發 表 人
	與 談 人
	什麼是獵槍？拉勞蘭部落的獵人觀點 戴志強，亞榮隆·撒可努 （內政部營建署森林暨自然保育警察隊 臺東分隊）
10:30-12:30	劉秉鑫法官 （臺灣高等法院）
	重新檢討原住民自製獵槍之管制與處罰 許恒達副教授 （國立政治大學法律學系）
	曾士哲檢察官 （臺灣屏東地方法院檢察署）
10:30-12:30	原住民自製獵槍定義規範的未來走向 許華偉檢察官 （臺灣臺南地方法院檢察署）
	文志榮律師 （文志榮律師事務所）
12:30-13:20	午 餐

13:20-15:20	主題二：獵捕野生動物 vs. 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 主持人：原住民族委員會 阿浪·滿拉旺處長	
	發表人	與談人
	臺灣排灣族傳統文化空間與土地的根著 郭東雄老師 （屏東縣春日鄉力里國小）	林誠榮 Masa・Watan 局長 （桃園縣政府原住民行政局）
	法律與文化的思辨：獵捕野生動物 vs 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 林光義 退休警官	管立豪組長 （行政院農業委員會林務局）
	回頭正視原住民族法規 邦卡兒・海放南 課長 （玉山國家公園管理處）	陳采邑執行秘書 （財團法人法律扶助基金會臺東分會）
15:20-15:40	茶 敘	
15:40-17:40	主題三：本國原住民狩獵權實務討論、評釋 主持人：原住民族委員會 全文盛族群委員	
	發表人	與談人
	我國司法實務對槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項見解之分析 馬培基庭長 （臺灣臺東地方法院）	謝煜偉助理教授 （國立臺灣大學法律學院）
	析論原住民族基於傳統文化祭儀獵捕保育類野生動物除罪化與否之爭議--從最高法院 102 年台上字第 3541 號判決談起 許正次律師 （公義聯合法律事務所）	林孟皇法官 （臺灣臺北地方法院）
	司法機關對原住民自製獵槍-供作生活工具之用-要件之見解 蘇建榮會長 （財團法人法律扶助基金會臺東分會）	施育傑檢察官 （臺灣高雄地方法院檢察署）

第五屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

-議程表-

【第二天】

8 月 24 日星期日							
09:00-09:30	報 到						
09:30-10:50	主題四：外國原住民狩獵權實務討論、評釋 主持人：原住民族委員會 雅柏甦詠・博伊哲努副處長						
	<table><tr><th>發表人</th><th>與談人</th></tr><tr><td> 兩人權公約中原住民狩獵權保障之內涵—以聯合國人權委員會決定為中心 鄭川如助理教授 （天主教輔仁大學法律學系） </td><td> 戴興盛副教授 （國立東華大學自然資源與環境學系） </td></tr><tr><td> 加拿大 Métis 原住民族狩獵權（Right to Hunt）之探討：從 Powley 案到 Hirsekorn 案 林三元法官 （臺灣高等法院臺中分院） </td><td> 馬潤明律師 （大成台灣律師事務所） </td></tr></table>	發表人	與談人	兩人權公約中原住民狩獵權保障之內涵—以聯合國人權委員會決定為中心 鄭川如助理教授 （天主教輔仁大學法律學系）	戴興盛副教授 （國立東華大學自然資源與環境學系）	加拿大 Métis 原住民族狩獵權（Right to Hunt）之探討：從 Powley 案到 Hirsekorn 案 林三元法官 （臺灣高等法院臺中分院）	馬潤明律師 （大成台灣律師事務所）
	發表人	與談人					
	兩人權公約中原住民狩獵權保障之內涵—以聯合國人權委員會決定為中心 鄭川如助理教授 （天主教輔仁大學法律學系）	戴興盛副教授 （國立東華大學自然資源與環境學系）					
加拿大 Métis 原住民族狩獵權（Right to Hunt）之探討：從 Powley 案到 Hirsekorn 案 林三元法官 （臺灣高等法院臺中分院）	馬潤明律師 （大成台灣律師事務所）						
10:50-11:10	茶 敘						
11:10-12:30	主題五：立法疏漏 vs. 法律解釋 I：槍砲彈藥刀械管制條例：子彈 主持人：原住民族委員會 王瑞盈副處長						
	<table><tr><th>發表人</th><th>與談人</th></tr><tr><td> 原住民的子彈有兩種？—評最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決中的傍論 張道周法官 （臺灣嘉義地方法院） </td><td> 李佳玟副教授 （國立成功大學法律學系） </td></tr><tr><td> 原住民自製獵槍許可與管理法制之研究-以自製獵槍使用之子彈為視角 曾正一主任 （中央警察大學公共安全學系） </td><td> 錢建榮法官 （桃園地方法院） </td></tr></table>	發表人	與談人	原住民的子彈有兩種？—評最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決中的傍論 張道周法官 （臺灣嘉義地方法院）	李佳玟副教授 （國立成功大學法律學系）	原住民自製獵槍許可與管理法制之研究-以自製獵槍使用之子彈為視角 曾正一主任 （中央警察大學公共安全學系）	錢建榮法官 （桃園地方法院）
	發表人	與談人					
原住民的子彈有兩種？—評最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決中的傍論 張道周法官 （臺灣嘉義地方法院）	李佳玟副教授 （國立成功大學法律學系）						
原住民自製獵槍許可與管理法制之研究-以自製獵槍使用之子彈為視角 曾正一主任 （中央警察大學公共安全學系）	錢建榮法官 （桃園地方法院）						
12:30-13:30	午 餐						

13:30-15:30	主題六：立法疏漏 vs. 法律解釋 II：野生動物保育法：自用 主持人：原住民族委員會 曾華德族群委員	
	發表人	與談人
	台灣原住民族的狩獵傳統在現代野生動物管理上之應用：以西魯凱族為例 裴家騏教授 （國立屏東科技大學野生動物保育研究所）	黃長興委員 （行政院原住民族基本法推動會）
	尋求原住民族基本法與野生動物保育法間規範衝突的緩衝地帶-以『違法性意識之可能性』的視角淺析 吳志強法官 （臺灣花蓮地方法院）	余建國檢察官 （臺灣彰化地方法院檢察署）
15:30-15:45	原住民之槍械刑責與刑事法之合理因應 陳重言檢察官 （臺灣臺北地方法院檢察署）	黃明展律師 （華泓法律事務所）
	中場休息	
15:45-16:45	圓桌論壇 鍾興華 副主任委員／原住民族委員會 蔡志偉 副教授／國立臺北教育大學	

主辦單位致詞

鐘興華

原住民族委員會副主任委員

原住民族委員會(以下稱本會)委託國立大學國立臺北大學於 103 年 8 月 23、24 日，假國立臺灣大學法律學院霖澤館國際會議廳，舉辦「第五屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會」，邀集相關領域之學者專家、法律學界及司法界人士、政府部門、民間團體及青年學子參與研討會，期待透過此一研討會作為論述、討論之平台，尋求兩種規範價值體系的調適，進而使原住民族傳統習慣納入國家法制，達到保障原住民基於傳統習慣規範所享權利之目標。

近年來，由於原住民族對自身權利的爭取，雖未能通盤將原住民族傳統習慣納入現行法制，但許多法律規定已將原住民族文化、生活慣俗、傳統、習俗、價值、祭儀等，作為原住民族權利之內涵或要件，或直接成為法律保護的對象。從原住民族的相關判決中，可以發現原住民族傳統習慣相關議題之觸法出現頻繁，其中原住民族特殊的犯罪樣態大多涉及《槍砲彈藥刀械管制條例》、《野生動物保育法》及《森林法》，此乃與原住民族傳統習慣中的狩獵、採集等生活方式有關，可見原住民族傳統文化、習慣與強勢法律規範仍存有相當大的衝突。在過去四屆研討會有關刑事判決實務的討論中，我們看見了原住民被告的行為是如何受到傳統文化之影響與制約，卻又不見容於臺灣的主流法律價值觀，尤其是持有獵槍射殺保育類野生動物，在森林中採集森林產物等原住民族傳統文化慣習之行為。原住民被告在刑事案件中主張的文化抗辯，屢屢受到否定，否定的方式不一定是直截了當地否認原住民傳統文化慣習，而是將主流價值觀包裝成法律的語言，藉由法律解釋學，以「就法論法」的高姿態，讓原住民傳統文化慣習一再退讓。

近年來原住民族狩獵權意識逐漸抬頭，且原鄉居民也常有因狩獵或持有獵槍、子彈等情狀涉入司法案件，再查最高法院刑事一〇二年度台上字第五〇九三號判決原住民持有自製獵槍無罪，其裁判書內容略以「.....中央主管機關(內政部)上開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。.....」，業已表示該內政部函示認其違法不採認外，於其判決理由論述中處處可見對於原住民族狩獵權之肯認，對原鄉多年所期待之狩獵權保障不啻為一大鼓勵。是以，本屆研討會指定「原住民族狩獵權-原住民自製獵槍與現行法規衝突」作為 1 項主題。彰顯司法對於多元文化與價值觀的尊重，並落實司法為民之改革理念，冀使原住民族的司法受益權獲得更充分的保障。

為了讓法律學界、實務界及社會大眾更為瞭解憲法保障多元文化與原住民族傳統習慣規範之司法權的確立及內涵，本會有必要繼續舉辦「第 5 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會」，依歷屆辦理經驗，除了廣邀法律學界及司法實務界專業人士參與外，本屆更擴大邀請警察及森林管理實務界人員參與，以建立瞭解、溝通之平台，期待透過此一研討會之賡續辦理，尋求兩種規範價值體系的調適，進而使原住民族傳統習慣在實體法及程序法之層面均能納入國家法制系統

中，達到保障原住民個人與原住民族集體基於傳統習慣規範所享權利之目標。本次研討會論文撰述面向如下：

- (一) 自製獵槍格式 vs. 槍砲彈藥刀械許可及管理辦法。
- (二) 獵捕野生動物 vs. 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
- (三) 本國原住民狩獵權實務討論、評釋
- (四) 外國原住民狩獵權實務討論、評釋
- (五) 立法疏漏 vs. 法律解釋 I／槍砲彈藥刀械管制條例：子彈
- (六) 立法疏漏 vs. 法律解釋 II：野生動物保育法：自用

期以上開 6 項主題蒐集 16 篇論文於本次研討會發表；此外，本次研討會議亦延續去年專題演講模式，邀請部落耆老以母語方式進行經驗分享及與會者暢談溝通。

歡迎並感謝各政府部門機關、學術界先進後輩，與有興趣的民眾共襄盛舉！希望在座的各位會有豐富的收穫。謝謝！

承辦單位致詞

蔡志偉

國立臺北教育大學教育經營與管理學系副教授

大家早，我是蔡志偉，在我們演講人開始分享以前我還是簡單跟大家說明一下背景，那我想在很多學術研討會的場合裡面，我們聽了很多所謂的學術界的專家學者跟大家分享，那我們這個研討會應該是從去年開始，那我們會希望既然談的是原住民的傳統習慣，分享的是原住民的傳統文化，其實我們也常說老人講的話是一個非常珍貴的習慣，甚至是說老人講的話就是一個訓示，那所以我們從去年開始就邀請了部落的長者，實際上遵循部落習慣與規範在生活的，作為一個行為準則的實踐者，來這裡跟大家做一個生命或者是生活，以及整體秩序上的一個分享，所以我們去年邀請到泰雅族的一個長者，那今年我們邀請到的是排灣族的長者，那特別請到原民會的主席，從部落長者的一個生命經驗、生活的經驗來跟大家分享，這樣一種狩獵跟文化跟生活之間的關係，那我們簡單跟大家介紹說明到這個地方，我們接下來的時間就交給兩位來跟我們大家做分享，謝謝！

貴賓致詞

蔡碧玉

法務部次長

原民會鍾副主委，還有法律扶助基金會陳秘書長，還有我們今天與會的各位司法界學術界還有來自各界的貴賓大家早安大家好。很榮幸今天能在這個研討會出席，並與大家見面參與這個研討會的內容，我記得我去年有出席過，就是上一屆的研討會，也有留下來聽了一些演講跟討論，我覺得收穫非常多，那很快的這一次第五屆的研討會又舉辦了，我覺得原民會持續支持這樣一個實務界的原住民團體與學術界之間的對話，是非常有意義的。

事實上這些年來，我們司法實務界歷年來每一次的修法，包括最重要的是我們原住民族基本法的公布實施，提升了我們重視原住民族的意識，那在這些年來，我們除了原先的憲法增修條文的規定之外，也隨著我們兩公約的國內法化，大家對於少數民族的基本權利的重視有了更進步的保障之外呢，我們在刑事司法的領域的部分，在實體法的部分，剛才副主委也提到了，比較經常適用到的槍炮彈藥管制條例、野動法還有森林法的部分，都有規定了不同程度的除罪化的措施，這個對我們原住民族來講是進一步的尊重與保障。那另外在刑事程序法的部分也透過修正刑事訴訟法的部分，對於我們原住民族如果是成為刑事案件的被告的話呢，那我們事先要給予法律權益的告知，那如果他沒有選任辯護人，我們也會通知法律扶助基金會來給他法律扶助與辯護的協助。此外為了加強檢察官的專業，對我們原住民族各項權利保障的理解，我們也要求各地檢察官因地制宜，視他的轄區的需求置人數不同的專庭檢察官，來負責處理原住民的案件，這也是我們院方審判系統從去年開始設置了九個原住民族的專業法庭可以說是相呼應的，這一系列的不管是實體面或者是程序面或者是我們的實務面，我們都全面的對原住民族的基本權利有了比以前更進一步的重視和保障。不但這樣子，我們也希望說我們檢察官對於這個領域能有更多專業的認識，所以我們從三年前開始，也開始舉辦原住民族相關的傳統習慣還有法律，以及與現行法之間的衝突該怎麼去調和解決，對專業領域的部分舉辦教育訓練，這些都是法務部表達對這個領域的重視跟關懷的努力。

那我們也知道在實務的個案上面可能還有一些值得努力的地方，譬如說法律的歧異和院方的見解該怎麼尋求解決，然後對法律的理解怎麼樣縮短彼此之間的差距，這些要得到比較充分的溝通和解決，就是要藉由像今天這樣的場合來得到進一步的溝通和互相的理解。我也非常盼望這樣的研討會能繼續持續下去，讓我們院檢還有我們原住民族、學術界、還有我們各不同領域的人都可以互相的理解，建立更好的共識，非常謝謝大家，等一下我也希望我能多留一點時間來參與這個研討會，謝謝。

貴賓致詞

陳為祥

財團法人法律扶助基金會秘書長

主委、蔡次長還有擔任主持人跟講座的專家學者，及所有參與的各界貴賓大家早安！今天非常榮幸有機會代表法扶會來參與這麼一個有關原住民跟國家法制之間重大的研討會，原住民的法律扶助本來就是法扶一個很核心的業務，從最早年阿里山鄒族頭目的野蜂蜜事件，到後來司馬庫斯櫟木的事件，到後來烏來抗日紀念碑的爭議，到八八風災很多原住民部落相關的法律訴訟，到後來花蓮銅山部落櫟木共管的事件，以及到最近最高法院原住民自製獵槍除罪化的判決，法扶會可以說是無役不與，一路看著有關原住民有關的傳統慣習在國家法制的一些演變。

那其實這一路走來我想只要有參與的人都有很深的感受，在原住民的傳統慣習跟國家法制裡面其實存在著相當大的一個落差，就以這兩天會議的主題比較鎖定在原住民的狩獵文化這個領域來講，我們就發現到，原住民的狩獵文化其實是一個非常豐富的，有包含到原住民跟自然的關係，原住民社會裡面人跟人的關係，甚至是原住民跟信仰的關係，那麼這麼一個豐富的含有族群文化傳統的習慣在現行法制的評價裡面，其實被切割得非常零碎，也就是說我們的狩獵文化通常會觸及到國家法制，譬如說會觸及到槍砲彈藥管制條例，會觸及到野生動物保育法，會涉及到森林法，甚至會牽涉到國家公園法。那麼我們就發現我們這幾個法制當時在立法的時候事實上是沒有去意識到這裡面可能會牽涉到原住民的傳統慣習，所以我們看到的是陸陸續續在個別的法律去把要尊重原住民傳統慣習或文化這個觀念，在各自的法裡面去做因應，可是因應的結果我們可以看到是一個零碎的狀態。譬如說在槍砲彈藥管制條例裡面，因為它是處理槍砲所以它就對原住民的自製獵槍做了除罪化的規定，但它並不是完整從原住民的狩獵文化的概念去做一個完整的規劃，所以這裡面我們就發現到在法制面和現實面有產生一些落差。

雖然最高法院 102 台上字 5093 號，就我剛剛講的自製獵槍除罪化的判決，帶來一個大家覺得是很大的一個進步，但事實上裡面也充滿了將來要怎麼更進一步去規範，我們事實上也聽到了這個規範的方式，那麼事實是不是所有的原住民持有自製獵槍是不是都在從事於跟狩獵文化有關的呢？那在國家除罪化的同時，是不是在原住民當時在狩獵文化裡面內部的規範，要怎麼去針對這些外觀上持有自製獵槍，事實上不是在從事跟傳統慣習有關的，那怎麼透過內部的規範去做一個合理的規範，我想這個都是我們今天在談這個原住民傳統文化跟國家法制衝突的時候必須去正視的一個問題，那我們事實上也看到，不管是在偵查、在司法已經開始慢慢意識到原來在台灣的多元文化底下，除了長久以來的國家法制之外，事實上另外存在著另外一套的法規範，雖然我們稱它是傳統慣習，那麼在實務上面有的法官是用慣習、習慣的方式去做補充性的，那麼到底這種衝突怎麼樣利用一個多元文化、司法適用的管道去做合理的調適，我想應該就是我們今天這個會議最核心的責任，也是法扶這幾年來我們扶助原住民的個案可能到兩千件三千件不斷的成長，所共同面臨的問題。個案雖然派出律師來，可是律師到法院碰到跟原住民傳統慣習跟國家法制衝突的時候怎麼來解決，坦白來講這部分是比較不足的，也是我們急於想要去填補的，所以我想對

於今天這個研討會，那麼我們長期來不斷在處理這個問題，應該是有很大的進展。但是不可諱言應該還有很多可以再精進、進步的空間，那我今天帶著非常期待的心情來參與，希望可以學習到更多，也希望這個社會對這個議題能更加的重視，那我今天在這裡就預祝這個大會的成功，所有與會的來賓大家身體健康，謝謝大家！

專題演講

主持人：蔡志偉 Awi Mona 副教授（國立臺北教育大學）

演講者：杜東龍 La Cheng-Mavaliv 前部落主席（新園部落）

翻 譯：戴明雄 sakinu・tepiq 董事長（財團法人原鄉部落重建文教基金會）



專題演講

演講者：杜東龍 La Cheng-Mavaliv

新園部落前部落主席

翻譯：戴明雄 sakinu • tepiq

財團法人原鄉部落重建文教基金會董事長

感謝創造宇宙萬物的主在今天這個時間裡面，聚集來自各個地方的好朋友在這個地方一起共同來學習、來認識原住民的文化，也希望大家在這一兩天的研討活動當中也能夠非常的如意、非常的平安。在大家所忙碌的各項事務裡面，能夠撥冗來參與今天這樣一個聚會，也願意來聆聽我們原住民各個地方不同的聲音，我們也期盼今天大家能有一個很好的互動，因為我在提醒我們的杜老師，排灣族講的話很長，翻譯成中文更長，在翻譯上會有一些困難，比較主要也是因為希望大家都能夠非常清楚了解今天這樣的一種學習。那因為我們今天所要學習的這些都是我們過去祖先留下的一個智慧，也透過造物者這奇妙的一個作為，在今天能夠有一個相互的學習，那所期待的也就是說能夠把我們原住民相關的文化、相關的傳統以及智慧透過這樣的一個機會來做一個傳達，那更希望的是大家所學習的是來自創造宇宙萬物這樣一個智慧來自我們祖先世代代流傳到現在。

在部落裡面有各樣職務的司職人員，其中包括有頭目，那也有掌管獵物的、掌管土地的，還有負責部落事務的，那當然更重要的還有各個家庭建立在這個部落裡面，那一直不斷的傳承我們部落的文化、祖先的智慧。現在我們談及到一些工具的時候，事實上他也是論到他是保衛我們生命很重要的一個器具，談論到這個使用保衛的這個工具或器具，主要的責任是在男生，所以在部落裡面除了學習使用之外，更要學習他的意義跟用途。在每一個家庭裡面如果知道有一個新生兒是男生的話，那做母親的他就要很清楚的知道這個男生要為他辦理的一些祭儀、祭祀，也包括就是說他要去配得一把刀在他的身上的時候，那證明的就是這個孩子生命的順利跟他的成長，因為在排灣族要賜刀給一個滿週歲的孩子，而不是用滿月，因為在過去滿月還不能證明這個孩子能夠順利的在這個世上成長，要一直到滿週歲，這個家庭就要為他舉辦一個賜刀的儀式。做父親的就要非常的清楚了解要如何教育這個男生在山林的智慧裡面，甚至是跟獵物的互動當中，也甚至是在他的這個成長的過程當中，他應該要表現的、應該要注意的有哪些，這一身為一個父親很重要的一個角色。

五歲到八歲的時候也正是這個孩子他整個身體機能非常靈活，然後也正適合我們做父親的要開始把他帶入山林裡面，開始去學習，不管是爬山、不管是學習，在做其他事務的時候，我們做父親的要一直把他帶在身邊，讓他學習我們的文化。從十二歲開始在部落的獵團裡面，或者是在部落裡男生的長輩裡面，就有責任要帶他準備進入到深山、山林裡面去學習整個山林的活動，因為這其中包括就是要如何求生、要如何避免災難、要如何避開會危害到自己生命的那種技能跟那種技術，在很多部落的團體裡面、男生的團體裡面就是透過這樣的一種同儕來進入到深山森林裡面來去學習。當我們進入到深山的時候，就要讓他們非常清楚的了解到，屬天的一個智慧，還

包括屬地的、花、草、樹木、山川、河流，這一切都是一個男生進入到山林裡面都要非常非常清楚知道祂其中的奧妙跟其中的智慧。在這個上天所祝福的這個大地，這個萬物裡面，有他的神性，也有他的智慧在。

當我們看見這個孩子已經成長到可以獨自擁有護衛自己甚至守衛用的器具的時候，譬如說像是我們排灣族的獵刀還有弓箭還有槍，那他就要開始在這個成長的過程當中，訓練他到一個階段是在經過部落跟家庭的考核之後來配得、享有這樣的一個工具。在這個造物者所給予我們排灣族有三個很重要的獵具，其中一個最重要乃是這個弓箭、再來是刀、第三個就是槍，這三個就是造物者特別給我們排灣族男生很重要的三個獵具。好！那個是非常深奧的一個教導，因為在每一個器具打到獵物的時候，我們都有不同的講法，當然最重要的是我們要認知到這一個弓箭是造物者所賞賜的時候，我們不能很隨便的通稱他是這都是我打到的獵物，譬如說槍所獵獲到的獵物是，這個比較沒辦法用中文翻，我們通稱是「獵物」但在排灣族有特殊的說法，在刀我們是說，就是砍殺的意思，如果說是弓箭獵殺到的獵物呢，又有不同的說法。所以有這樣子的三種不同說法，代表的是用不同獵具獵獲到的，之所以有這樣的稱呼，是關乎到我們傳統的文化。那我們不能講說這是我獵獲到的，而是在這個工具上面有不同的稱法，那在這個稱法上面帶有祭祀的語言、宗教的成分在。每一個個人的獵具，我們都已經教導孩子要怎麼用之外，另外我們在教導男生一個很重要的觀念是，你不能隨便去觸摸別人的獵具，那也不能隨便讓別人來觸摸到你的獵具，因為這個在過去的傳統裡面他要求的非常非常嚴格。槍或者是刀或者是弓箭呢，我們不能拿獵具去傷害任何一個人，我們在教導我們孩子的時候，不管這個槍他有誤觸到別人、或者是說有傷害到別人的時候，他是在告訴我們說你已經殺人了。

在我們的文化裡面我們也非常認識到說每一個獵具都有他的神性，都有他的一個靈性，所以我們也把每一個獵具當作是一個生命的個體去看待。我們的司祭長是部落裡面的祭司，專門是在對部落裡面的工具做一個傳遞工具生命很重要的職位。在長輩的教導當中，有一個很清楚的教導就是，任何一個東西你可以借別人，但唯獨這個獵具你不能隨便借給別人。目前我們講到獵具的製作，以現代來講，槍是我們最大的爭議。在一個男生的成長過程當中，要獲得這樣一個很重要的工具，還必須要觀察這一個男生他心智的成熟跟行為的表現，各方面都必須要去達到非常的穩重，甚至是非常莊重的一個作為，他才配得擁有這樣一個獵具。部落的頭目或者是司祭長或者是祭司，當看到部落的男生達到這樣一個標準之後，我們就要開始去為他製作屬於他的槍。當我們要開始製作這個槍的時候，一定會先向上天祈求他的祝福還有他的智慧還有能力，來加諸在這個槍身上，這個鐵的部分，當我們要開始去製作一把槍的時候，有幾個重點，第一個就是要去找鐵，找到鐵的時候他的長度要三尺三吋，木頭的部分是要有四尺三吋。當我們要開始去製作的時候，從以前我們在找這些器具的時候，我們還會要先向上天來祈求我們要去找到這個木頭的慎重。有三種木料是我們在製作槍的時候很重要的一個材料，但如果這三種都沒有辦法找到的時候我們再去找其他的木頭，第一個是破布子，這個破布子的木頭他是非常不容易裂開，他有一個特性就是說我們越摸他的時候就會越顯示他的光澤。第二個木頭是樟樹，然後當我們要選取樟樹的時候不會從他的主幹，反而是從他的樹枝去選。第三樣是烏心石的木頭，這個比較主要是在做製作的時候我們主要是以這三樣作為優先的選擇。

我們在準備製作一把槍要送給男丁的時候，需要一年的時間，不管是在考驗他的成長，或者是說在準備這些的材料，都準備好了要開始去製作的時候，還要在他家裏面去準備一些儀式，

透過祭司的祝福讓這個槍更賦予上天的靈性在這把槍之外，還要親自的、有點像是贈槍給這個孩子，然後還要接受部落族人的呼喊跟歡呼。當我們完成這樣贈槍的儀式之後，就是他開始參加整個部落的狩獵祭儀裡面。在排灣族的狩獵文化裡面有三個非常重要的祭儀，都是屬於部落團獵的部分。在部落裡面第一個要進行狩獵的行為的時候，有三個很重要的節日，第一個就是部落的小米收穫祭，剛剛我們的杜老師提到這個收穫祭的時候有五個重要的儀式要去舉辦，講了很多，這個如果大會之後可以補充資料的話，我們設法去把它整理出來。這些的祭儀都必須是在部落還沒有開始唱歌跳舞之前，都要先完成這些祭儀。有時候我們會對原住民狩獵的這樣子的一個行為的時候，以中文來做解釋的時候，我們常常會用打獵這樣子來通稱原住民狩獵的整個行為，但是在關乎這個小米狩獵祭的狩獵的時候，其實我們不把他稱作是打獵，我們稱作的是一個（排灣族語）的說法。當我們要舉行這個狩獵的儀式的時候，那一定是上天已經安排好要部落的族人到山上去拿回上天所謂部落預備的獵物，再來拿到這些獵物之後要很剛剛好分送給部落裡的每一個家庭。

另外一個狩獵的時節，就是當我們完成所有的農事，不管是種植、採收各方面的時候，我們就會進行另外一種到山林裡面拿回獵物的儀式，那種說法我們排灣族稱作是（排灣族語）。我們拿回這些獵物，最主要的就是要到部落進行一個儀式就是要向上天感恩，感恩是因為說透過我們所收穫的一些農作物，感謝上天賞賜他的陽光、賞賜他的雨水也賞賜他的空氣，讓我們很平順的去獲取這些作物。

還有另外一種狩獵的狩法，我們叫（排灣族語），他是屬於頭目的權利。部落的男丁在要舉行這個（排灣族語）儀式的時候，有時候兩年舉行一次，有時候三年舉行一次。很重要的是看山蘇他在長嫩葉的時候，部落的勇士們就要開始集結準備上山去獵取這些獵物回來。不論獵獲或獵捕不管有沒有拿到，我們都還是要由部落的司祭長來向上天感謝。

除了我們剛剛提到的三個之外，其實部落裡面還有很多狩獵的祭儀，都還在部落裡面不斷的實施當中，當然其中包括說你們家裡有結婚的、還有一個是要準備新居落成之類的，我們都會有這樣子的一個祭儀，但都是比較屬於家庭式的獵團要出去的，當然還有第三個就是，在排灣族的傳統文化裡面有一個叫做除喪，當我們部落的族人有人過世，出殯完畢之後，或者是在部落的長者允許之下，都要在深山裡面把一些獵物帶回來。我們的造物者有八樣的一個教導，第一個要特別提到的是比較不吉利的獵物。在我們的狩獵文化裡面，針對每一個所獵到的獵物都有他不同的稱法，比如說當我們提到山羌的時候，上天給予我們針對這個獵物所給的名字叫（排灣族語），但就我們男生們獵獲到的這個獵物如果他是山羌的時候，但是我們不能稱他為（排灣族語），而是要稱他為（排灣族語）。當我們獵獲山羊的時候，造物主給山羊的說法是（排灣族語），但當獵團獵獲這個山羊的時候我們稱作是（排灣族語）。當我們獵獲山豬的時候，我們排灣族的說法是（排灣族語），但當獵團獵獲這個山豬的時候說法是（排灣族語）。如果我們獵獲水鹿，一般的說法是（排灣族語），但獵團勇士們獵獲時的說法是（排灣族語）。如果獵獲黑熊，我們一般的說法是（排灣族語），但在獵團的說法是（排灣族語）。如果是雲豹，我們說是（排灣族語），但獵團的說法是（排灣族語）。若是雄鷹，我們一般的說法是（排灣族語），但在獵團的說法是（排灣族語）。這是我們不能用槍去打他，但如果他定住在一個位置都不動的時候，我們直接用手去拿就好了。在這個造物主創造的順序裡面，他就是把所有萬物都創造好之後，人是造物主最後最後才創造完畢的，在這個順序中就是說人要抱著敬畏的心去看待萬物。

關於剛剛有提到這個山羌，過去我們也沒有再用槍去獵殺他，過去比較是用陷阱的方式去獵獲他，然後我們才能去把他帶走。其中一個獵物，我們提到這個山羊，我們不能用山羊去除喪。所有的獵物裡面最值得誇耀的是山豬，我就分幾項來，因為很長，剛剛我們杜老師所前面提到的這些獵物，其實所要讓我們知道的，在我們的文化裡面都必須要抱著非常敬畏，而不是帶著那種很隨便的心去對待這些山林裡的獵物。因為這些獵物跟我們部落的生活、部落的生命都是帶著相當的關係。那第二個我們是講拿取，進入到山林裡面拿取這些造物主已經為我們部落所要舉辦的各項儀式的那些獵物，只是拿回來而已，只是拿回來的那種態度必須要有，而不是用那種掠奪或是用強硬的方式去占為己有那樣的意思，剛剛我把杜爸所說的整理成那兩點。

在每一年這樣子的歲時祭儀裡面，這都是在部落裡面不斷的去教導部落裡那些勇士們，還有就是獵人，讓他們去了解這樣子的祭儀還有規矩。這個是非常非常專有的名詞，在部落裡面的獵人打到獵物之後，他都會有不同的數法，就是當我們帶到部落來，每個勇士他都會想要標榜他的戰功的時候，譬如說打到一隻（排灣族族語），打到十隻（排灣族族語），打到百隻（排灣族族語），然後打到千隻以上（排灣族族語），然後打到一萬隻以上（排灣族族語），這個是在算他打到多少獵物的說法。在排灣族很古老的數數，我們現在的數法都是在學校教的那種數法，在更遠古以前我們還是請杜老師來跟大家念一下，一二三四五六七八九十（排灣族族語），這個是一二三四五六七八九時排灣族非常古老的數法，（排灣族族語），如果數到各個百千萬億，哇還有到億，可見排灣族以前非常富有，那都有他非常古老的說法。排灣族他有一些他的符號，一二三四五六七八九十的符號，很可惜沒有辦法用投影的方式來顯現給大家，他都是用雕刻或是繡在衣服上面來顯現的。

大家都那麼辛苦的坐在這裡，也聽我們講了這麼多，突然沒有辦法好好整理杜老師剛剛講的。就是藉著上帝所創造的大地萬物，然後也透過我們祖先一直不斷流傳到世世代代，好像讓我們一直不斷的咀嚼這個文化最寶貴的，所傳給我們的。那一直到現在我們應該還是要抱持著那種，希望我們每個人心中已經不再有那個很不好的，就是說相互陷害、相互忌妒、相互不喜悅的那樣子的作為，反而是要像過去學習過去老人家的那些智慧，如何去好好對待山林文化，又如何去對待我們族人那一份的心應該要好好保存下去。在現在的社會我們都在講求快速，或者是豐富，更多更多這樣子的心，但似乎有一點貪婪。這些剛剛所說的都是我從我的父母親，也從我部落的長輩，這樣子一點一滴的學習得來的，長輩這樣子的教導我們，那最主要的也是要教導我們跟自然跟環境建立一個很好的關係，跟我們自己周遭的朋友也相互去尊重，這是從小長輩們的叮嚀，那也一直提醒著我。對於今天大家群聚在這個地方要去談有關於原住民的傳統習慣法，尤其是在狩獵的行為上面，有一些的議題是很引起大家的爭議，但是就我們原住民的角度來看我們更需要有很多安全的器具來維護我們、讓我們把這樣子的一個傳統文化延續下去，不論是過去在使用的火藥或者是子彈，老人家都有教導我們怎麼樣去製作，不過一直到現在我們沒有辦法再取得這些東西的時候，我們都透過鞭炮的火藥作為我們獵槍的底火，又拿一些很不安全的東西來作為我們獵槍的子彈的時候，常常危害到我們的生命，如果我們能承襲傳統文化，學習過去那些老人家的教導的時候，把那些還原到現代的時候有沒有可能，那我們也更希望是說提供給我們更安全的器具讓我們來維護我們的文化。也謝謝大家在這段時間裡面願意聆聽我們來自部落的聲音，那我們也更希望我們的長官還有在關心這樣的議題的朋友們也能夠適時地來支持我們推動文化的前題之下，找到更安全的器具來從事我們祭儀活動，再次謝謝大家，謝謝！

主題一：

自製獵槍格式 vs.

槍砲彈藥刀械許可及管理辦法

主持人：阿浪・滿拉旺處長(原住民族委員會)

➤ 什麼是獵槍？拉勞蘭部落的獵人觀點

發表人：戴志強，亞榮隆・撒可努（內政部營建署森林暨自然保育
警察隊臺東分隊）

與談人：劉秉鑫法官（臺灣高等法院）

➤ 重新檢討原住民自製獵槍之管制與處罰

發表人：許恒達副教授（國立政治大學法律學系）

與談人：曾士哲檢察官（臺灣屏東地方法院檢察署）

➤ 原住民自製獵槍定義規範的未來走向

發表人：許華偉檢察官（臺灣臺南地方法院檢察署）

與談人：文志榮律師（文志榮律師事務所）



什麼是獵槍？拉勞蘭部落的獵人觀點

戴志強，亞榮隆·撒可努

內政部營建署森林暨自然保育警察隊台東分隊

壹、用身體實踐作為一種敘事方式

前言：

我用書寫來述說老一輩的故事，而獵人的身體經驗是我書寫主題。在童年時期，每一次上山，我都跟著部落老人和父親，總是在身後看著他們身體的巧妙和身體的移動如何與自然容為一體，在他們身後跟著的我，如同在看一部正在上演的戲碼，有時，老獵人會指示我，也要跟著他的身體輕緩的移動、停止、再移動；緩行、潛行、將視線定焦、凝視，如同準備要伏擊的雲豹。對我來說，當時的情境和任何話語，一舉一動，就像安排好的故事情節，如同儀式般的進行，是一種默契的結合，沒有任何的安排演練及進行和前置，在非洲的馬禮多瑪一書中提到：我們用儀式讀懂彼此，用習慣看穿對方的行為，在沒有任何的語言傳達，是因為我們的生活，不斷地在上演，再重複的模式。有時，即興的表演，如同默劇般，不斷的在大自然重複的上演。

身體實踐的敘事方式可以生動到有如劇本或影片般的分斷與定格，每個段落明確地在述說故事時，每個畫面都清晰浮現眼前，猶如身歷其境般的感同身受。

身體實踐亦可以說(或轉化成)是日常生活中的一種展演，日常生活空間即是個活生生的展演空間，人們在日常生活的互動就像戲劇一樣。

高夫曼(Goffman)用戲劇概念解釋生活，認為社會行為就是社會表演，社會成員在社會舞台上小心翼翼地扮演自己的多種角色，從而使自身的形象能恰到好處地為自己欲達的目的服務。他提出了「前台」與「後台」的概念：若沒有前台，社會秩序將會出問題；但是如果沒有後台，生活將會太沉重。「前台」：是指人際面對面交往的舞台，整體演技取勝，每一個人都是主控姿態傳送的表演者。「後台」：人們比較放鬆，不那麼注意形象，可以有一點隱私，暫且擺脫辛苦的檯面工作。表演要求的表述一致，指出了「人性自我」與「社會自我」間存在著重大的差異（陳惠玲，2002）。

在歷史上或文化上對於什麼是或不是「表演」沒有固定的界線，表演存在於日常生活、藝術領域、動作表情、技術、性別、儀式、遊戲……中。Schechner 認為：「存在」是生活的方式，「行為」是所有活動的存在，「表現所作所為」是表演，「解釋表現的行為」是表演研究工作，然而，「行為」與「表現所作所為」經常不斷的在變化，二者是流動的(Schechner，2002)。Tuan 則強調「經驗」是感覺、知識和觀念的全部，是感覺外在世界和思想外在世界的綜合；人透過自身的知覺(嗅覺、視覺、聽覺、觸覺)才能經驗世界的存在，也才有理解環境的可能，而且這些理解是以情感為主要連接方式(Tuan，1977)。

本論文試著從獵人及自我的身體經驗，輔以《山豬·飛鼠·撒可努》、《走風的人》2本書去述說身體實踐(經驗)如何作為一種敘事方式。

一、獵人哲學—「等待」

「等待」是獵人訓練的一部分，牽涉獵人人格的養成，但這種人格特質無法藉由書本傳授，而必須藉由「身體實踐」，過程中，那是身體也在進行的一種過程，等待，未必是停止、休息與完全的被動，相對的，是另一個層面的看見及準備與出發，更是身體獲得力量的一種方式。

父親說過一段很棒的獵人哲學，他說：「獵人的孤獨和寂寞，是精神和力量最大的來源之處；兒子，你要學做一個好的獵人，就要學會『等待』的耐性。」

在〈走風的人〉文中，寫道：

秋天快來的時候，這裡的山羌一定會聚集在這裡，闊地上的 zaku 所掉落的果實，是他們愛吃的，尤其是小山羌，這裡簡直是他們的天堂，他們的父母帶他們來之後，還告訴他們，此地的闊地和果實，是這裡的山羌所共享、擁有的。去年這個時候，我也來這裡看他們開會，山羌知道這裡可以順便提親，明年再來的時候，就可以結婚喝喜酒了。

這是在一次進入獵場的經驗裡，父親帶著我觀察山羌，要我盡量適應周遭的感覺，隨自然節奏起伏，否則就難以看到大自然中隱藏的生命跡象。而還有一次，父親要我輕聲地移動身體，到某個隱密的地方休息，同時也用身體示意我看向岩壁上方一處黑暗的地方。發現那灰黃色配著斑點黑棕色的動物竟然是排灣族稱為：「里古颺」的雲豹。

「那是排灣族的里古颺，上次我看到這裡的山羌那麼多，就知道部落老人曾告訴我，里古颺一定會來，這次總算讓我等到了，他終於來了。」

「其實他早就來了，前一天晚上他就在岩壁上休息、等待，熟悉這裡所有周圍的感覺和氣味，我來了他也知道。我知道他看到我們的時候離開了一陣子，但到了黃昏又折回來，在岩壁上等待晚上的到來，他知道我們人類到了晚上，能力會降到零……，獵到里古颺的獵人，就像出征、出草一樣，戰功是同等的對待。」

等待是一種靜止，

二、山林中的身體經驗轉化為故事

小時候，只要有蜜蜂飛過我的身邊，我就能判定，並且還能找到蜂窩的位置；然而經驗的獲得，是因為身上不知道被多少種蜜蜂螫過，才換來對蜜蜂敏銳的觀察力和敬畏感。

能夠做出這樣的判定，都是靠著對地方的熟悉和身體的實踐。「不知道被多少種蜜蜂螫過」的強烈身體經驗強化了對於土地和生存其中的各種生物的感受。

更多時候是身體在土地上有親密的連結，身體原來透過強烈的刺激時，會產生深刻的記憶，而將身體原本的模式作為改變，這樣的改變，卻是有助於對轉化成故事的更真實和貼近情境。

這時父親開始慢慢的移動身體，像蛇一樣遊走，把前面芒草的芒尾，綁在我們腳後的芒草根上，好讓身子被芒草包隱著。……父親這時候用下巴指著闊地上的大樹下，我慢慢輕輕的掰開擋在面前的芒草，正想高興地尖叫起來時，父親卻用力的將手按在我的大腦殼上，讓我的臉貼地，跟著土地一樣呼吸。這時候，父親輕聲地靠在我耳邊告訴我，聲音像跟空氣結合，緩緩又慢慢，而周圍的一切像遺忘我們似的，這時候我才感覺到，父親順著自然的節奏讓自己跟自然合體，跟土地一樣呼吸……。

當我們把山林當成我們的生活場域，時常走動，及用身體感受時，與自然萬物就不會那樣的疏離，身體本身的知能會再回來，身體就會建立一套適應山林的習性。當視覺、嗅覺、聽覺、

觸覺等感官經驗適應山林環境，並與其交融時轉化出來的故事，將是一種具「身體感」的書寫。透過「身體」作為媒介說出一個故事。

王荷沙指出：原住民生命語言雜揉講說與書寫媒介、個人和文化敘述，是複雜的「語言表達」，而講述生命故事更有口說、表演、藝術等多種形式，含納歌吟、說故事、舞蹈、靈視及藝術繪畫作品。也正因為說故事傳統在原住民書寫的關鍵位置，述說著隨性而起、嘎然而止，生命敘述脫離起承轉合順性的編派，以軼事/零碎的生活片段呈現。說故事是三度空間的藝術，繪畫圖像則為兩度空間藝術，兩者結合，超脫了書寫敘述單向度線性的囿限，開展一個更為豐富多元的展演空間。

三、在身體實踐建構出來的敘事空間裡，讓故事有生命

愛聽部落老人家說故事，養成了也愛說故事的個性。在〈小米園的故事〉文中提到：

……這樣子是為了通知祖靈，請祂們下來跟我們共享我們的東西，幫助我們年年有收穫、不要生病。煙是我們和死去的祖先共通的語言，如果當我們想念他們的時候，夜晚我們生火，冒起煙，煙會把你身上的味道帶到祖先的地方，祖先聞到了你身上的味道會尋著煙飄來的方向而下。假使你看到煙像百步蛇行走的樣子，那就是他們來了。如果煙散到你身上，表示祂們確定你是祂的親人，他們很想你，讓生病和惡靈不要靠近你。

這裡的「煙」有各種形狀，也會像人一樣說話。在這個敘事空間裡，營造出一種視覺上的饗宴。小時候，部落的獵人常在夜裡燒著火說故事，在那樣的情境及氛圍裡，敘述他們自己所擁有或曾經有過的故事，而那樣的故事發生，有想像、經歷、創作、發想或即興，甚至有時將煙更具體的扮成另一個主角，像小孩子玩遊戲般，由故事模擬出情境，讓人感受更加的貼切。因為親身到過山上，感受過煙是怎樣地出現在身邊，才能將細微地生命歷程呈現在故事裡。

小結：

獵人經由個人上山的經驗，鑲嵌記憶，個人經驗是獨一無二，無法被取代的。身體是獲得知識的第一個媒介，「經驗」是實際的接觸與互動，每個人都必須親自藉由感官知識來認識地方的各種物質與事件，才會對事物產生關聯，再延伸出記憶與意義。

文化是透過身體不斷地實踐而顯露光芒，而「故事」也是，那是一種累積，而且是「被生活出來」的一種歷練。因為身體不斷地在實踐，人與土地、人與土地上其他萬物的關係便更加交融在一起，集結起來的故事。

劇場(表演)像一面鏡子，告訴我們該反省什麼，日常生活也像一面鏡子，接觸到的人事物都會投射出互動後的因果。然，在表演中，因觀眾背景的不同，所以看戲時吸收的程度也不同，這與日常生活中遇到的人一樣，當背景不同，看事情的態度亦不同。事件的獨特不是在他的物質而是在他的互動，我上山的次數雖然多到數不清，但每一次上山對我而言都是新的感受與體驗，因為時空、人員、環境、心境及在山上遇到的事物、狀況都不同。然而，什麼是或不是表演，並不能取決於一件事上，而是取決於那件事如何被接受與被安排，在現在，沒有一樣人類活動不被視為展演活動，在科技文明與全球化的現下，展演與非展演、藝術與非藝術間已經沒有一個清晰的界線存在。

參考資料：

一、期刊論文

吳春慧(2010)，《勞動與知識的辯證：夏曼·藍波安與亞榮隆·撒可努作品中的身體實踐與身體書寫》，國立清華大學中國文學系碩士論文。

拉姆路·卡造(2009)，《吉拉米代部落獵人的身體經驗與地方知識》，國立東華大學族群關係與文化研究所碩士論文。

黃心雅(2009)，〈美國原住民的自我書寫與生命創化：以荷根與安嫺姿為例〉，《歐美研究》，39:2。頁 264。

二、書目

亞隆榮·撒可努(2005)，《山豬·飛鼠·撒可努》，台北：耶魯。

亞隆榮·撒可努(2005)，《走風的人—我的獵人父親》，台北：耶魯。

Kathryn Woodward 編(2004)，《身體認同：同一與差異》，林文琪譯，台北：韋伯文化。

Tuan, Yi-Fu, 1988(1977)，《經驗透視中的空間和地方》，潘桂成譯，台北：國立編譯館。

馬里多瑪·派崔斯·梭梅 (Malidoma Patrice Some)(2000)，《非洲·馬里多瑪：原住民的治療智慧》，江麗美譯，台北：智庫。

三、文章

Schechner Chapter

2002，〈Performance Studies An introduction〉，《2.What is performance?》，p22-32。

四、網路資料

陳惠玲(2002)，〈Goffman 劇場理論主要概念的提出〉，《南華網路社會學期刊》，第 20 期。

取自網址：<http://mail.nhu.edu.tw/~society/e-j/20/20-14.htm>(2012/01/09)

貳、走風的人

「讓吹來的風流動、灌進，我們叫替風開路的人；凡經過的地方，讓風跟進追流，我們叫走風的人……」黃昏老獵人說著說著，突然雙手張開，讓風聞著、親著，那是自然跟人感覺的文字和語言，風是自然的語言，人的感覺，是對自然的回應。「你的父親，我們叫走風的人，用雙腳走過、看過、踩遍，沒有一個地方被隱藏，那是你父親用生命歲月換來的，『走風的人』這個稱號是土地、自然給你『卡瑪』的，它的意思是對大自然生命靈魂的溝通者和詮釋者。」老人指著視覺最後一條山的陵線說。

循著父親獵場山的陵線，進入對面山的低谷，這時父親低聲向我說：「這裡是他的地理頻道 Discovery。」

我納悶問著：「Discovery？」

父親答道：「等到黃昏來了，你就會知道，安靜點，不要有聲音。」父親用下巴指著緊臨陡峭岩壁的闊地，要我注意闊地上的大樹。

父親輕輕的移動身子，要我找個好位置，注視著即將上演的節目。這時候，父親用張樹葉塗抹在身上和臉上，我問著父親：「卡瑪—父親之意—，這要幹什麼？」

「這裡蚊子太多了，把樟樹葉塗抹在身上，蚊子就找不到我們了，還可以讓我們隱形，讓動物的鼻子找不到我們在那裡。」

「隱形？」我口中念著，這怎麼可能？這時父親開始慢慢的移動身體，像蛇一樣遊走，把前面芒草的芒尾，綁在我們腳後的芒草根上，好讓身子被芒草包隱著。我正遲疑感到困惑，心裡直想：我這個獵人父親，不知道又在搞什麼，什麼地理頻道，Discovery。我一時還無法會意過來，父親這時候用下巴指著闊地上的大樹下，我慢慢輕輕的撥開擋在面前的芒草，正想高興的尖叫起來時，父親卻用力的將手按在我的大腦殼上，讓我的臉貼地，跟著土地一樣呼吸。這時候，父親輕聲的靠在耳邊告訴我，聲音像跟空氣結合，緩緩又慢慢，而周圍的一切像遺忘我們似的，這時候我才感覺到，父親順著自然的節奏讓自己跟自然合體，跟土地一樣呼吸的臉，又輕輕的拉回我的視線。

黃昏的天漸漸昏暗起來，逞強的餘暉由樹葉的細縫穿透下來，金黃色的最後光芒，一條一條的打在父親獵場的土地上，由芒草間隔的細縫中看過去，就像舞台上的燈光，到最後的餘暉消失，白晝和黑夜換手的黃昏，夜蟬開始鳴叫，催促黃昏趕快離開。

「卡瑪！」我興奮驚訝的叫著父親，父親卻用手指立在嘴中，要我不要出聲，只用眼睛看著。但我實在太興奮了，我從來沒有一次看到整群超過個位數的山羌，心跳在獵場上迴響著，父親除了示意我，要我將心跳的速度放慢外，更指責我道：「心跳得那麼快幹嘛，我都聽到了！」我大口大口的用力深呼吸，隨著學習自然的節奏吐氣，待心跳合上自然的節奏時，父親說：「我們現在是別人的獵物，要不被別人發現的方法，就是盡量適應周遭的感覺，隨自然節奏起伏，配合，不然你永遠看不清，看不透這大自然裡隱藏著你不曾見到的生命跡象，瑪利刺(安靜不要講話之意)。」

山羌在闊地上跳躍，小小的尾巴也像鐘擺般不停來回的擺動，身上的紋路，迷惑了我的視線，好漂亮、好漂亮！

「卡瑪，這裡為什麼會有這麼多的山羌？」

父親說，「秋天快來的時候，這裡的山羌一定會聚在這裡，闊地上的ㄣ'Y古(樹的名稱)所掉落的果實，是他們愛吃的，尤其是小山羌，這裡簡直是他們的天堂，他們的父母帶他們來之後，還告訴他們，此地的闊地和果實，是這裡的山羌所共享、擁有的。去年這個時候，我也來這裡看他們開會，山羌知道這裡可以順便提親，明年再來的時候，就可以結婚喝喜酒了。」

父親口中喃喃的說著：「兒子，去年我來的時候，有些山羌也來過，有些那時候還是小孩子，現在都長大了。」父親繼續說著，「兒子你看，那隻斷角的山羌，上次我記得他來過，他很老了，可能年紀是最大的，毛色最黑的那隻是他們的帶頭。」父親像是清點自己飼養的羊群般細說著，黃昏真的快消失時，父親的獵場一片寧靜，「達克刺！達克刺！」山羌叫著，父親說：「他們在告訴別的山羌族，這裡是他們的領土。」

黃昏讓黑夜接手，風吹得很涼，半圓的月亮照在父親的獵場上，闊地的山羌還是沒有離開，不時的朝著父親和我的位置凝視起來，耳朵豎起，之後又回復平靜。「兒子，晚上的風把我的體味送到山羌的鼻子裡。」夜裡的山羌，不時叫著求偶尋找愛人的聲音，傳來格外的淒涼，風順著低谷、山溝，把求偶的聲音傳得很遠很遠x。

「兒子，休息一下，今天山羌也跟我們一樣要睡在這裡，夜愈來愈深，風吹得愈來愈涼。」父親催促著起來，要我更加輕聲的移動身軀，深怕任何移動的力量和聲音，都會侵擾沉睡的精靈和大自然的一切。這時候沉睡的夜色，帶來更加鬼魅的氣氛，夜裡好靜，好靜。

「兒子，你看！」父親用肩膀對我示意，下巴指著岩壁上方，但卻什麼都看不到。父親喃喃的說著：「來了，他終於來了，我等你很久了。」

我輕輕的移動身子朝著父親的視線看去，嚇了一跳，那灰黃色配著斑點黑棕色的身軀，在岩壁上輕輕的向下游動，緩緩的潛行，「卡瑪，那個是雲豹！」我興奮的心跳加快起來！

「兒子，那個是排灣族的里古颺(雲豹之意)，上次我看到這裡的山羌那麼多，就知道部落老人曾告訴我，里古颺一定會來，這次總算讓我等到了，他終於來了。」

我問著父親：「卡瑪，你怎麼知道他會來？」

「兒子，其實他早就來了，前一天晚上他就在岩壁上休息、等待，熟悉這裡所有周圍的感覺和氣味，我來了他也知道。我知道他看到我們的時候離開了一陣子，但到了黃昏又折回來，在岩壁上等待晚上的到來，他知道我們人類到了晚上，能力會降到零，獵到里古颺的獵人，就像出征、出草一樣，戰功是同等的對待。」卡瑪說：「過去部落的老人說，獵到里古颺是相當麻煩的事，因為我們尊重他、獵獲他有屬於他的儀式：把里古颺的皮穿戴在身上，象徵他死得勇敢，讓獵獲的獵人擁有相同的讚美和驕傲。」

「兒子，不要出聲，岩壁上的里古颺已經掛在闊地□'Y古樹上最下方的粗橫幹上。」我驚奇的望著倒掛在樹上的里古颺，尾捲著樹枝平衡著，像是在平地行走般，身體貼近樹，緩緩的潛行，愈來愈接近樹下山羌的位置。遠遠的望去，若不是看到整個過程，還以為樹上的里古颺是凸起的樹幹。

這時候樹下的山羌也感覺到不對，頭不時的張望，卻不知他們愛吃的果實樹上，同時也帶來了更大的危機。我心跳開始加快，像目睹一件兇殺事件即將要發生，但又沒有能力可以制止，森林愈是安靜，讓我也愈感覺到周圍的一切就像是觀看大自然的地理頻道 **Discovery** 最為精彩的片段。

我與父親停住呼吸心跳，但卻更跟著自然的節奏加速起伏，在里古颺選定他最好的位置，雙眼正視穿透芒草，朝我和父親瞄了好幾秒，犀利的眼神像是在告訴我們，這是他的獵物，這時候，我們因被犀利有神的雙眼看得眼睛模糊起來，還來不及回神過來之際，樹下的山羌就被撲倒在地。哇，我正要尖叫的剎那卻被父親的大手摀住，只剩下由手縫溜出的聲音，幾乎貼近土地的臉，視線不敢輕易的移動。被里古颺撲倒的山羌抽搐抖動著，發出哀鳴的聲音，遠遠的傳來啊 x 鳴 x 啊 x 鳴，由芒草的細縫中，看到一隻不捨離開，來回徘徊的山羌，那個是山羌的家人，父親說著，久久之後不捨離開的山羌也消失在闊地上。

當視線又重新拉回到□'Y古樹下的里古颺身上時，我驚訝的視線搜索不到他的位置，父親用撿來的樹枝，在我眼前來回晃了幾下，要我朝著枯枝的頂端直線看去，這時候月亮的光，像是被天的黑雲遮住視覺般的，恢復了人的本能「什麼都看不到」，父親要我耳朵聽，他還在樹上，樹上傳來他拖動山羌身軀發出的聲音，這時候我的眼睛用力想穿透黑夜，看清他的位置，久久之後，樹上未再傳來任何的聲響，「卡瑪，他走了嗎？」父親靜默了許久才回話，他知道月亮又要出來了，這時候月亮的光又重新的回到大地上。

「兒子，在樹上！」

「沒有啊，只有山羌掛在叉開的樹幹上。」

「他還在，他會回來的。」這一次我盯著樹上的山羌，視線不敢隨意的移開，深怕錯過任何一次見到他的機會。

就在這個時候，大地又再次的被黑覆蓋，他又來了，在樹上。「有沒有聽到？」父親說著。我正想問父親，為什麼父親對他的一舉一動是那麼的清楚、了解，樹上又傳來山羌身軀磨搓樹幹搖晃的聲音，最後一次樹上傳來的聲音是樹葉拍打著樹葉、枯枝和果實落在地上的聲音，啪一斯，是最後黑夜留下的聲音，也是里古颺離開唯一留在我記憶的線索。

他跳到岩壁上去了。「兒子，他在上面！」父親指了指上面。我凝視著，未再見到他的身影，我開始對天對祖靈祈求著。「(我的祖先)再讓我看到他一次好嗎？」我雙手壓在胸口，祈禱著：「再一次就夠了。」不知道是天的感動，還是祖先的承諾，當月光慢慢的撥開覆蓋大地的黑夜，隱隱約約朦朦朧朧的，岩壁上他來回走動。父親說了：「兒子，你看到了嗎？」我專注著，未回話，待視線看穿、看透一切的月光又再度的照亮大地時，里古颺卻消失在岩壁而未再出現。他走了，走得很遠了，這裡是他的地方，他太熟悉了，他知道我們在芒草堆裡，父親鬆開掛在腳後跟的芒草，芒草又重新的讓風吹動著，黑夜裡的風涼涼的吹來，吹在我們的臉上、身上，我翻轉身，躺在里古颺的土地上，心裡想著，這裡是屬於他的。

父親向我說，以前部落的老獵人從前跟他說過，雲豹的生命是獵人死去的靈魂變的，他不願離開他熟悉、了解、習慣的地方，用死去的靈魂喚回雲豹終守土地的生命。老人家也說過，雲豹是土地自然的祭司，他能召風喚雨，當土地需要雨水滋潤的時候，他會站在山的陵線讓天神知道而降雨，土地沉睡的生命，需要靠風吹搖動延續自然的生命力時，他會爬上最高的岩壁上擺動尾巴讓天神了解，他能預知自然變化，是看穿土地隱藏危機的溝通者。「真的嗎，卡瑪？」

「這是以前老人家說的，不然又為什麼沒有月亮的時候，他都會先知道，他回到樹上把山羌帶走，利用黑夜讓他隱形，待月亮出現的時候又不見他的身影，老人家的話，不會錯，那個是給子孫的暗示。兒子，有一天我不在世了，走了，我的(子孫)如果能見到里古颺，告訴他們那個是他阿公的靈魂變的。」

「卡瑪，山羌還會不會再來這裡？」父親回答著：「為什麼不會呢？在這裡生、死，是生命的循環，是被遵循的自然守則，被土地所接受的。」說到這裡，父親開始扭動著身軀。我好奇的問著：「卡瑪，你在做什麼，為什麼要這樣子？」父親回答：「把土地的溫度還給土地，把我留下的味道，用泥土覆蓋混合消失。」

起身離開的剎那，我回頭望著ㄣ'Y古樹下的闊地，剛才這裡正上演著自然生態循環觸目驚心的景象，心裡開始疑問著，山羌真的會再來嗎？父親像看穿我內心的問題似的，他說：「兒子你應該問，雲豹會不會再來？我們是不是還能再看到雲豹的存在？雲豹的出現是自然相對的最好證明，也就是說這裡有著生態需要平衡的空間。事實上，我們也可以從雲豹狩獵的態度、觀念和過程，了解到夠了就好，因為那是延續生命的方法，是土地給自然的生態習慣，要結束一個生命，是要被尊重的。」

在回程的路上，經過父親好友的獵寮，還未走到獵寮的範圍，父親就說，「老獵人也來了，我聞到他的味道了。」遠遠的獵寮傳來狗的叫聲，走近獵寮時，老獵人問著：「低一嗎順(你是誰)？」父親回答著：「喔，低ㄣ'一那利按(走風的人)」。

清晨天未亮，風的涼意還是吹著，父親向老獵人敘述著我們看到雲豹的經過，老獵人手拿拐杖，用母語說：「這裡是他們的地方，我以前也見過他們，但我老了，追不上他們的節奏。這麼久，我一直沒告訴過別人，一嗎ㄣ'Y，一如哇，里古颺(在這裡有雲豹)，這一直是我跟他們的祕密。」

「低ㄘ'一那利按！」，老獵人叫著父親走風的人的稱號，「低順(指父親)、嗲噲(我老獵人)，打里古颺(雲豹)努都出(現在是我們一起遵守擁有的祕密)。該洋，」老獵人叫著父親的山地名字，「唉出打里古颺你米家打排灣打卡意(我們排灣族說這個雲豹的意思是)：跟風一樣，移動的速度快，很敏捷、很難被看到，就算看到了只是一點點，一下子而已。」

老獵人對著我說：「低順打卡瑪(你的父親我們叫)低ㄘ'一那利按(走風的人)的意思：這裡是他的，他最清楚沒有人比他了解，這裡沒有你父親不知道的地方，沒有他沒去過的地方。」

老獵人專注望著遠方，口中喃喃的說著：「低順(你)，我們稱你叫低ㄘ'一那利按(走風的人)，在排灣的話叫里古颺，跟風一樣快的意思，你能看到，是他來印證你，走風的人是被土地和自然允許及接受的人。該洋(父親的名字)低順打啊ㄘ'Y(你的孩子)，應該叫跟風的人！」

我笑著回答：「不賴，很好，撒刺那刺兒(很美很漂亮)！」

老獵人最後那很甜很甜的笑容，是我永遠的記憶。

參、推薦序／「民族生態人」知識體系的建構 謝世忠

一、楔子：走進生命場域

初識撒可努的確切時間，已不太記得，但印象一直深刻。以年齡和「輩份」相較，他是「年輕人」，而我是他敬稱的「老師」。每次的杯酒快樂場合，總不缺撒可努的高歌和充滿詼諧排灣氣質的自信臉龐、圓潤俊秀外加擴胸演出，因此，要找到一個不喜歡他的朋友或同事，大概有如登天。

今天，讀撒可努的書，想及他的模樣，想像金峰山林，跟隨著也想起童年時台北盆地的澤水片片與草木生機。該洋(撒可努神奇的老爸)父子謙卑而勇氣卻十足地擁有山水及其蘊藏的生命，他們是排灣獵人。而我的少年台北，蜻蜓蚱蜢大肚小魚火金姑，也曾愛不釋手的「獵物」。獵物在生活週遭，是你的一部分，自然就會敬牠寵牠，這是太麻里排灣人的修養，也是所有獵人理應天生即為「生態人」、「生態體系人」、或「民族生態人」(people of ecosystem)，即深切明瞭部落加上山脈水系特定生態體系資源的有限性，因此絕不當一名幻想著地球動植物源取用不竭的「生物圈人」(people of biosphere)的理由。

《走風的人：我的獵人父親》一書點燃了瞭解部落生態文化和獵人文化之機，也促使閱者在會神靜讀之際，直奔炙熱與酷冷交戰的高山獵場。生命的場域正由獵人、獵具、獵物、獵寮、山河星月、文化理論(即排灣人的狩獵規則，它是一份思考嚴謹的民族文化點單)、說故事者、寫作者、讀者(如你如我)、及書評人(如我)等，共同參與織成。唸這本書，時而笑聲自如(如讀到山豬跑跳至獵陷前，立即聰明地緊急煞車)，卻一拉可轉至嚴肅的排灣「生態人」或「民族生態人」平衡生態觀，較比於「生物圈人」反省之餘的膚淺保育觀(如單是規定某種動物禁獵，卻不知生物鏈早已破壞；或只知求得量多的東南西北處處都有國家公園)論述之辯。書本的可貴在此。它讓我們百分百體驗到生命點滴。

二、排灣人之一：族群與世界的匯融

書中的兩位要角：該洋與撒可努，以及兩個關鍵超自然範疇：上帝與祖先，攜手搭配組合，確定了獵人的宏遠志向，也安置了人與自然的互敬關係。該洋的生命歷程可歌可誦，從獵人之身褪為醉人，再加入基督之國忘懷酒精，然卻以聖經冷漠孩子、阻隔文化，最後復拾傳統，重回獵場，在上帝和祖先雙重祝福下，成為「跟風的人」(撒可努自付)崇拜的「走風的人」(全部落最了

不起的獵人)。他在狩獵的日子裡，讓優秀的兒子更形傑出，其間不僅行獵技術獲得傳承，更使排灣或甚至全體原住民的「民族生態人」打獵哲學，得以具體化的公式(形體生命與象徵生命〈出獵體力+天候地貌〉×追纏耗損×背運時間)，指導著後代族人生命價值的建立。

兩人在人煙靜寂的密林中，晨曦拂曉，日落山紅，暮降漆黑，更暗更孤。不論獵有獵無，鼠羊猴豬，一律謝恩；又，全程平安，務必再謝。獵人謙遜，服膺上天、遵守祖訓，不僅恪循族群文化規章，不貪不怨，更以世界性宗教的博愛精神，護守山林生命。我們看到的是傳統、歷史、族群，與基督、世界、信仰的溫馨融合。該洋過去一段時日曾只願進出教室，形體如聖，但換來的卻是孩子暗夜失去排灣人父親精神的啜泣。如今，他仍信上帝，但同時亦讓祖先、獵人、和族群在自己身上再現。新換來者，正是撒可努得以更傑出的超級動力，文化的生機巧然又起。

撒可努未與上帝結緣，但因獵人父親的寬闊引領，使年輕人在圖振祖靈傳統之際，對長輩的宗教選擇完全尊重。他可以充分體會禱告時的父親。那時的父愛，穿透教義藩籬，句句喃喃均是孩子。無怪乎禱語不停中，被祝福的俊美青年，早就滿足入夢，而那顆顆淚珠，卻早已先一步滾入了晨霧行列之中。

三、排灣人之二：民族動植物學

《走風的人》是另類的動植物百科大全。閱讀它，讓我們心生喜悅，因為自己藉此直接與大自然相近。學校裡的博物或生物課程，教授學生科學分類的生命現象，而兩位老少獵人則以排灣人的角度出發，為讀者傳授一套精練有趣的民族動植物學。它有分類，也有各類屬相互關係的民俗理論。人類學分科中原有民族動物學(ethnozoology)和民族植物學(ethnobotany)分支，主要為探究部落或類部落社群對動植物的認識方式。不過，在台灣，相關的研究一直未能形成氣候。因此，排灣作者自己陳述獵場上的傳統動植物觀，無疑彌足珍貴。

書中論及的非植物生物，計有山豬、山羊、黑熊、水鹿、飛鼠、獅子、雲豹、山羌、石虎、小牛、獵狗、毒蛇、穿山甲、青蛙、大螞蟥、蜈蚣、蜘蛛、喜咬人屁股的蟲、土蜂、虎頭蜂、野蜜蜂、草蜂、蚊子、蒼蠅、跳蚤、咕嚕鳥、魔鬼的鳥、老鷹、夜鷹、寄生蟲、毛蟹等本土類種，以及大象、羚羊、獅子、老虎、斑馬、及豹等電視告知的非洲種屬。以科學生物學觀之，它們涵蓋了哺乳類、爬蟲類、兩棲類、昆蟲、鳥類、甲殼類、及軟體動物等。在非動物方面則有竹筍、桂竹林、芒草、大茄冬樹、月桃、闊葉樹、藤、蔓、老藤心、山蘇、密林、青苔、蕨類叢、楓樹、枯葉、細枝、橘子、釋迦、飛鼠樹及矮灌木叢等，這些生物粗細種類，均有排灣的名譜，也都被獵人自然地述說於自然界行走之中。

該洋細細地與大大小小生命體對話，也熟知牠(它)們出現、消隱、活動、休養、生育、成長、戰鬥、搬家、及生離死別的種種。反之，對方也對偉大獵人的駕臨，分別表現出問安、迎戰、鬥智、或協商的姿態。「民族的(或排灣民族)民族動植物學」(ethno-ethnozoology & ethnobotany)精隨，在於生命之間的優質對話。獵人絕不時時刻刻殺戮，因為欣賞動植物世界的運行，往往才是最大享受。對牠(它)們的充分瞭解，成了排灣的文化知識，也注定南台灣山地四處的生命體(包括動植物和人類)，長長久久永遠在生態平衡的目標下(包括人類在內的各個物種，大家世代代君子言定，絕不過度擴張總量口數或侵占對方地盤)，戀愛終老。獵人會殺陷槍落獵物，但他們是充滿感恩的。「夠了就好，抓不到也快樂！」正是獵人哲學的最通俗，也是最高尚情操。民族動植物學因此絕不是冰冷的科學分類知識，也不會在部落中進行如考場上訓練都市小子的背誦劇碼。它千百年來一直是溫馨的排灣人生命體驗故事。

四、排灣人之三：「去哪裡？」與酒歌笑語

常到原住民部落走動的人，只要心稍細膩，就會發現人與人相遇時，最常聽到的就是「去哪裡？」。人類學名下的我，偶會出現在社區，一但被族人問及，就只知尷尬傻笑，因為一個部落方圓三、五條主街，不論誰人，均住於此，即或有些怪客天天自外進來聊天(如人類學者的田野造訪)，又能走去哪裡呢？還不是就在庄內。那為何大家都在問「去哪裡」？過去數年，古板如我，一直思索此一詢問方式的因由，如今，《走風的人》給予了答案。

撒可努指出，獵人們在獵徑上相遇，回程者會問上山者「要到哪裡去，能不能讓他們知道？」因為下山的獵人回到部落，有義務轉知剛出獵者的平安，另一方面也備萬一需入山支援出事狀況時，不會走偏位置。據此，「去哪裡」可能原是獵人間的問候，後來轉成通行的打招呼用語。特定語詞的普化轉用現象，語言學有理論可循。包括排灣在內之各族男子，都是原住民傳統的一流狩獵者，而既然人人必成獵者，因此，就有許多機會問人或被問「去哪裡？」。獵人的問說，水到渠成，很快地成了全村全族的話語。

「去哪裡？」背後的文化意義，至少包括了人與人的合作、家族與家族的關照、山林知識的強化、狩獵經驗的交流、資源的共享、以及大與小(即祖與孫)的體靈傳續。獵物到家，各方英雄長輩齊聚，恭賀嘉許之後，好酒佐菜不在話下。酒的夥伴，還有唸歌與誇張玩笑(為何笑震天？笑自己，解嘲自己，明明抓到小山雞卻宣稱為大老鷹。獵人在外謙服大自然，恩謝地帶回獵物，玩笑現出，反向地傳達客氣心情，連上帝和祖先也不禁莞爾)。撒可努認為，酒歌與講笑，實質上共同組成了一帖心靈再治療藥劑。的確，部落處處乍見的「去哪裡？」，到頭來多半集中於幾個「這裡」，數人小聚一起喝唱講笑，共享食物與氣氛。

獵人的共享哲學，成了部落人際關係維繫的基礎，即使在行獵文化漸失，山上林務局慄悍接管，山地小孩不再熟悉山嵐語言的今日，依是如此。部落的永續精神就是，經濟早已凋疲，收入始終缺如，但「均窮」見真情，即使不需工作或不想工作，依可在「共享」傳統的庇蔭下，今天這裡、明天那裡，吃喝無虞。歌聲笑聲如昔，其中或許多帶幾分時代的蒼涼，但父祖獵人的勇武傳說，一直支撐著大家的同心，也繼續於巷弄中兩部小型的五〇CC機車擦身的「去哪裡？」問語中，與遠處高山舊獵場的生物世界相互想像。

五、相對論：動物人類學序言

前節提到人類學有「民族動植物學」分科，排灣人也有自己的「民族動植物學」。它們是從人的角度觀看人以外之生物群相的學術，或族群自我知識系統。現在，我們應試著相對地從生物立場反看人類，瞧瞧這些狩獵者百態，沒事也玩耍他們一下。

《走風的人》敘述了金峰山林中聰明的動物情事。山豬有頭目、有長老，也會派出觀察兵探路，沒事找女朋友準備下蛋，尤重優生學考量。牠們有叢草林中的「中山北路」主道，而道旁的專長展現，就是修建芒草屋。握有博士學位的高段豬隻，更常會在秒差剎間，自獵陷阱順利抽腿。崖壁上的山羊市集中，羊聲鼎沸，幸運買到金屬探測器的羊男羊女，有如受過掃雷訓練，陷夾永遠只淪在路邊生鏽。飛鼠是夜間部學生，獲高級學位的個體，可輕鬆接著獵槍射出的彈丸。牠們博士論文的題目正是「獵人的習性和行為研究」。另外，咕嚕鳥永遠知道你在何處，而自信深藏於芒草中的獵人，則逃不過靈豹的雙眼。

獵陷鐵具時而被猴子當成玩具把玩，牠們甚至會利用人們留下的寶特瓶，串成腰圍，漂浮過河。就連蜜蜂也熟悉老獵人的氣味，知道來者為敵為友。總之，獵徑是由動物所掌控的，牠們在週邊消遣笨獵人，偷笑人類的頑愚。動物不僅自我社會建構完整，更全程監錄人類在山野的進出。兩位排灣獵人以「民族生態人」和「民族的民族動物學」雙重修養，建置了動物界的擬人面貌，再以動物原生智慧的角度，直觀人類的慾念心層。「動物人類學」自此譜出序言。反省中的獵人，細心呵護序言文本，謙讓自己，位尊牠者，終使「民族動植物學」與「動物人類學」共鑲金律，撐起大自然精采的生命故事。

六、批判論：騙子與惡靈

原住民與山林共舞千百年，動物們認識人類，人類也惜知動物，而植物和土地扮演舞台橋樑，大家相安歡樂。中國政府來了，林務局入侵，實驗林佔駐，國家公園亦跟著春筍林立。自此，原住民成了天生的非法族群。政府的代理人逐區進行土地編目，山上無屬有紀錄者，全入國家管有。入山的打獵族人，車被毀，人被追，寮被拆，水被扔，物被搜，錢被罰，直到很久很久以後，很多人遭過殃了，才勉強通過原住民可申請打獵證書的法令。

拿了行獵執照，仍需步步為營。林務局對原住民原有敵意甚深，過去的摧殘行動仍在持續，獵人們照樣要躲躲藏藏。排灣的山林知識這下多了一項，那就是得以精確判斷林務局人員何時來過何時離去。動物和獵人彼此笑玩捉對，牠們的「人類學」和他們的「動物學」併置互映、友情但見；然而，林務局和獵人的關係，卻是恨癢癢的變態人際構造。眼尖的動物，此時更形訕笑，人類的荒謬難以遮掩。

國家領有山地，在原住民的經驗中，全是一個「騙」字。獵人價值不再，「去哪裡？」的關懷感情，也成空響。大批漢人的獵人入山濫捕屠殺，排灣族人縱然淚乾，也換不回絲毫。該洋在行獵過程中，不只一次提及惡魔、撒旦、魔鬼、魔神那(山鬼)、惡魔或魔鬼的鳥。它們顯然是上帝與祖先護身力量之外的反面破壞之源。撒可努始終摸不清壞傢伙何在，自己只能在父親的警示下，四顧張望，緊張神經。最後的最後，謎底終於揭曉，惡靈就是「林務局」惡靈的最大成就是讓獵人回不了家，而林務局人員專以拆除獵寮為樂，歸程中的獵人，原均準備於寮中補給休息，今一切毀矣，累極了的獵者眼見失所，生命立即受到威脅，《走風的人》道盡批判，畢竟不懂得和山林大地談情說愛，卻只會以教條法規摧毀文化、斷裂族群的林務局及其他國家相關機構，才是台灣母親真正的傷害者。

七、結束語：向部落學習！

第四世界(即國際原住民世界)遍有「民族生態人」的文化傳統。因為全心珍惜固有生態體系的草木蟲獸資源，所以族人總是喜悅地以「民族的民族動植物學」知識與生物界夥伴們共護土地。高智商的動物體驗了人的用心，也相對以「動物人類學」支持人們維繫生態平衡的用心。部落世界以此建成，並曾在相當時間內，遠離以剝削佔有全數資源為志之「生物圈人」的侵擾。無奈近現代之際，「生物圈人」挾政經軍教征服之勢，大量覆蓋於「民族生態人」的土地上，扭轉了大部分部落人的生活。獵人失業了！他們在迷惘失措中，抓了宗教，虔誠異常，祖訓文化隨之渺茫，酒歌笑談的樂趣更形萎縮。有志青年只有終夜長淚。

獵人再起！撒可努等到了這一天。重現江湖的「走風的人」，掃盡陰霾，世界性的基督與排灣祖靈攜手合作，引領第一等獵手出發獵場，動物世界引頸長望，開會商議，決定歡迎對方加入

彼此的鬥智遊戲。於是老獵人帶著小獵人，進入現場，逐項逐樣引介教導，動物植物搭景配合，大小豬羊市集、飛鼠博士班、及猴群院校等紛紛現身，豐富多彩，排灣及金峰大山希望盎然。

騙子與惡靈不再是威脅，學成了的撒可努新創獵人學校，青年準勇士爭相報到，村中老獵人個個成了學校博士班教授，硬是不讓山豬、飛鼠博士專美於前。大家拼聰明，也學習互敬互重的道理。「生物圈人」不是不會反省，他們反省之後，成立了林務局和國家公園，也寫下保育法條。但平面的約制，乾枯乏味，不僅不及我少年台北的蜻蜓蚱蜢螢火情誼，更遠遠不足部落＋獵人＋獵場＋動植物意願＋「民族生態人」文化的共同原型。於是，隱逸多時的排灣「生態人」或「生態體系人」獵人知識體系，被該洋和撒可努共同建置，它是原住民和所有台灣人的參考哲學(此時，被敬稱為「老師」者，果然十分欽羨充滿排灣氣質的「年輕人」)，也提供了給平日大刺刺的「生物圈人」另類反省機會「向部落學習！」

重新檢討原住民自製獵槍之管制與處罰

許恒達

國立政治大學法學院副教授

摘要

最高法院於 102 年年底自為判決（最高法院 102 年度台上字第 5093 號刑事判決），認定原住民自製並持有具有殺傷力的獵槍及其子彈，屬於原住民文化實踐的範圍，故不成立犯罪。該判決對於原住民自製並持有獵槍的法律疑難提出了全新解讀。本文寫作目的，即在最高法院判決的發展脈絡下，檢討對原住民獵槍管制的諸項問題，並分析最高法院近期判決走向，以及對於文化意義的獵槍管制應採取何種態度及立場，最後在可能範圍內提出未來修法的建議。

壹、導論

原住民的部落文化之中，狩獵活動占了相當重要的一部分，而狩獵活動的實施，必須要有適當的工具，試想原住民要獵捕山豬作為慶典使用，山豬可能非常猛烈地反擊，為了有效抓住山豬，也保護獵捕山豬的原住民人身安全，獵槍當然是首選，問題在於，我國禁止一般私人製造、持有或使用槍械，若要合法實施這些行為，必須事前得到主管機關許可，否則勢將構成違法行為，雖然刑法典中已經有第 186 條至第 187 條的禁止規定，但實際上專門性的「槍砲彈藥刀械管制條例」早已取代刑法規定（以下簡稱槍砲條例），成為最主要的管制法源。

依該法第 5 條的規定：「前條所列槍砲、彈藥，非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借、持有、寄藏或陳列」，任何未得事前許可的相關行為，一律在禁止之類，同法在第 7 條以後也附加了諸多違反禁止規定的制裁，例如第 8 條第 1 項即規定：「未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金」。

上述立法者預先決定的價值立場，亦即除非有事先許可，否則一律禁止與槍械有關的行為，勢必與原住民狩獵文化發生衝突，原住民要進行狩獵，必須有適當工具，否則無異要求原住民徒手或採用無效的方式延續其文化傳統，基於尊重原住民的傳統文化，法制上必須在一定程度內許可原住民實施與傳統文化有關的槍械製造、持有或使用行為。有鑑於此，2005 年公布的原住民族基本法（以下簡稱基本法）第 19 條第 1 項即規定：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物」，同條第 2 項則再進一步限定獵捕野生動物的目的為：「前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」，綜合該條規範意旨，原住民若於其保留區內出於傳統文化、祭儀或自用相關的非營利目的，即可獵捕野生動物，雖然本條未明確肯定原住民可以自製或持有獵槍，但某程度上既然可以合法地獵捕野生動物，當然要許可原住民可以合法持有獵槍，不論是事前許可或是事後寬貸，顯然是法制上必須予以納入並考量之事，如何在法制上反應出對多元文化的尊重，即屬問題。

本文討論的問題意識即在於，我國目前司法與立法如何看待原住民持有、製作、使用獵槍的問題，筆者將先從我國現有立法及司法的具體情況出發，分析現有法制的規範態樣；接著筆者將分項具體反省現有法制的可能疑點，討論的重心包括狩獵與獵槍持有之間的關係，管制獵槍的合理性及管制手段的適切性，以及國家對原住民族文化的尊重等思考方向，最後筆者將提出對於原住民獵槍管制未來修法的初步建議。必須強調，雖然筆者研究領域主攻刑事法，但本文討論的議題同時跨越刑事法與行政管制等層面，本文的分析與討論將不會完全局限在刑事法層面，而是就原住民製作、使用、持有獵槍的議題，從法律角度開展本文的分析。

貳、立法規制及司法解釋現況

一、原住民自製或持有的法制遞嬗

自國民政府來台以來，我國法制其實並不重視原住民，一直等到憲法增修條文於 1991 年增加基本國策規定，加入對原住民保障的條文（即現行增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項）¹，

¹ 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」；第 12 項則規定：「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

之後整體法制中才開始關切原住民權益及其文化保障的議題，也才進一步衍生 2005 年基本法的立法。

雖然基本法是原住民文化及權益保障的根本立法，但實際上在基本法立法之前，1997 年槍砲管制條例大修時，就已經新增第 20 條第 1 項的規定：「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」，此外第 2 項緊接著規定：「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」。依 1997 年立法規定來看，某程度上已經開始注意到對於原住民自製或持有獵槍的免罰或減罰可能性，原住民可以本於「生活工具之用」的目的而「製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍」，但必須取得主管機關的事前許可，若無事前許可，仍然會構成第 8 條第 1 項的刑事責任，只不過可以減刑或免刑，同時不適用當時第 19 條另行規定的強制工作。

而在四年後，2001 年槍砲條例再次修正時，立法者再一次透過第 20 條的修改，試圖將原住民製造、使用、持有自製獵槍的相關刑責除罪化，其除罪的具體理由是：「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，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。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。」

2001 年以後的槍砲條例第 20 條共計四項：

原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍或漁槍或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之漁槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。

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。

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。

主管機關應輔導原住民及漁民依法申請自製獵、漁槍。

而在 2005 年 1 月間，第 20 條的規定又有一次修正，不過這次的修正並無成罪或除罪界限的直接變動，原則上只涉及用字遣詞的問題而已。

依 2001 年除罪化後的狀況而論，原住民自製獵槍或漁槍供生活工具之用時，應經主管機關許可，若有許可，即為合法行為；相反於此，若未經主管機關許可，2001 年以前是直接論以槍砲條例第 8 條第 1 項的刑事責任，但在 2001 年修法之後，則予以除罪化，不過除罪部分僅限於符合三項條件：第一，行為人必須具有原住民身分；第二，涉及的武器必須是「自製之獵槍或漁槍」；第三，行為人製造、運輸或持有的目的，必須是出於「供作生活工具之用」。如果這三要件之中的任何一項不符合，而行為人又未事先得到主管機關許可，該行為人仍然成立本條例第 8 項的刑事責任。

由於上述三要件必須先行滿足，才能適用本條例第 20 條第 1 項的除罪規範，轉而成為行政不法行為，個案中是否成立，往往有極大爭議，實務見解尤其著重在第二要件的「自製之獵槍或漁槍」，以及第三要件的「供生活工具之用」。以下即就個別爭議進行討論²。

發展，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同」。

² 進一步的分析，參見王皇玉，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，2012 年，頁 8-37。

二、「自製獵槍」與「供生活工具之用」的司法解釋

就第二要件而言，2001 年條例中增訂除罪規定之後，2002 年即新公布了「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」以規定其中的詳細要求（以下簡稱管理辦法），當時只規範若干原住民自製獵槍的許可要件，例如管理辦法第 16 條：「原住民或漁民申請製造、運輸、持有自製獵槍或漁槍，應以書面經戶籍所在地警察（所）分駐（派出）所層轉直轄市、縣（市）主管機關提出申請。主管機關應於收到申請書之翌日起十五日內核復；經許可者，申請人應於收到許可函之翌日起一個月內自製完成或持有，並向戶籍所在地之直轄市、縣（市）警察局申請查驗烙印給照及列冊管理；逾期者，原許可失其效力」，或是第 17 條第 1 項：「原住民申請持有自製之獵槍，每人以二枝為限，每戶不得超過六枝」等等，對於自製獵槍的格式與定義根本沒有任何具體規定，這在實務上引發了為數不少的爭議，因為獵槍既然是「自製」而非制式槍枝，其殺傷力可強可弱，甚至可以認為，任何槍枝只要「自行製作」而供「狩獵」之用，都不能否認屬於「自製獵槍」，誇張地說，只要原住民曾受過槍械訓練，有辦法自行製作出火力相當於制式連發機關槍的武器，但其主觀上設定為「供狩獵之用」，也不能完全否認屬於「自製獵槍」。正因自製獵槍欠缺具體且清楚的定義，實務上出現不少殺傷力過強的「自製獵槍」，倘若僅因原住民身分而為其生活必要，就能夠讓自製火力極強的槍枝除罪，對主管機關及司法實務而言，或許不易接受，這導致這段時間有許多實務判決具體地討論原住民自製槍枝的火力問題。

為了解決以上爭議，這段時間的實務見解逐漸傾向採取內政部 87 年 6 月 2 日台(87)內警字第 87701166 號函釋的見解：「原住民依傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。射出物：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈」，簡單地說，內政部認為自製獵槍只能具有較弱的殺傷力，並以自槍口裝填火藥的前膛槍為原則，如果殺傷力過強，特別是能夠發射，就已經脫逸出「自製獵槍」的範圍，既然不屬於同條例第 20 條的除罪範圍，即便原住民為生活或文化活動之用，仍不得適用第 20 條第 1 項規定而除去刑責。

我們可以從一則最高法院的判決中，看到上述內政部函示具體適用，此即最高法院 96 年度台上字第 1674 號刑事判決，該案的被告為原住民，未經許可而製造可發射子彈具有殺傷力之土造霰彈槍，而被告抗辯其可適用條例第 20 條第 1 項排除刑責，但最高法院指出：「該條例第二十條第一項所稱『原住民製造、運輸或持有而供作生活工具之用之自製獵槍』，自應解釋為『原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍』，始與立法本旨相契合。若與原住民之生活無關，而非供為生活上所需要之工具，甚且持供非法用途者，自無該條之適用，仍應適用該條例有關刑罰之規定論罪科刑」。至於本案最終刑責，法院指出：「『自製獵槍』與『土造霰彈槍』雖均為土造長槍，但『自製獵槍』所擊發者非預先製造完成之霰彈，而是以火藥逐次填塞在槍管內，再與射出物相配合後擊發者；且『自製獵槍』是於槍管開口裝入火藥及射出物，並非在後膛裝彈，屬最原始結構之槍枝；其特徵為：發射速度慢、無法連發（無預先製造之子彈，射擊時需逐次裝填火藥、射出物，再以鐵條自槍管前端伸入壓實）、不穩定（以擊錘直接撞及黑色火藥或底火引爆，火藥品質、裝填技術均影響其能否順利射擊）、威力不大（火藥非集中裝填於藥筒內，而是與射

出物共同散落於槍管內，影響爆炸力）、攜帶不便（長約一・五至二公尺為制式霰彈槍之二倍，又需另行攜帶火藥、小彈丸及通槍鐵條供配用）。故可發射『制式霰彈』之『土造霰彈槍』，即非本條例第二十條所指之『自製獵槍』。

從以上判決，我們可以看到修法之後法院相當謹慎、保守的解釋態度，雖然第 20 條第 1 項的法律文字中，根本沒提到前膛槍或後膛槍，法院卻仍直接以行政機關的函釋作為判決採認依據，進而認為個案中的槍枝非「自製獵槍」，排除原住民適用除罪規定的適用空間。

類似見解其實不只有本案判決，最高法院在另一則有關泰雅族原住民的甩彈判決中³，雖然原住民被告抗辯：「上訴人為泰雅族原住民，自幼打獵時常見長老自製以牛皮紙加裝火藥、紙羅管充當底火，再裝些鐵釘，丟出碰撞爆開之所謂『甩彈』，為狩獵工具。上訴人沿襲傳統自製甩彈，係為打獵、採藥之防身工具」，但法院仍然認為：「依上開規定排除適用槍砲彈藥刀械管制條例規定處罰者，僅為原住民自製之獵槍或漁民自製之漁槍，並不含製造爆裂物在內[……]製造爆裂物既無從排除原住民適用槍砲彈藥刀械管制條例處罰之規定，且原判決已說明上訴人使用制式雙基發射火藥、煙火類火藥之物品，復放入鐵釘增強殺傷力，其所著手製造者係爆裂物，而非單純原住民習慣上用以驚嚇動物之『甩彈』，故仍不適用第 20 條第 1 項除罪規定，原住民被告仍構成刑責。

正因為長久以來最高法院始終堅持，僅當原住民依內政府函釋，自行製作火力及殺傷力較低的獵槍，才能夠依第 20 條第 1 項除去刑責，此一見解甚至在 2011 年 11 月成為新修正「管理辦法」第 2 條第 3 款的內容：「三、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。」

管理辦法所規範的自製獵槍定義，很明顯地採取前膛槍（由槍口裝填火藥）的規格，同時限定不得發射制式子彈，只能發射土製子彈而已，此外還必須有較長的槍身。簡單地說，雖然「自製獵槍」的定義在管理辦法中相對明確，但顯然要求原住民只能採取非常低效能的狩獵方式。

相對於自製獵槍的定義爭議而言，第三要件「供生活工具之用」也有若干解釋疑問，主要問題在於，除罪條文僅限於「供生活工具之用」，倘若個案的行為人製作或持有獵槍有其他非生活工具用途的目的，當然也不符第三要件。

我們可以舉一則涉訟數年的實例作為例證，本案兩位原住民被告均在台東縣的鄉公所任職，為了獵捕田間的山豬，兩位原住民攜帶自行製作的獵槍上山捕抓山豬而在中途被查獲。本案的一審判決認定兩位原住民得適用槍砲條例第 20 條第 1 項而除罪，其有關「供生活工具之用」的論點認為：「山地原住民於山野間農作，其條件本即遠不如於平地，且需隨時面臨威脅其生活、農作之外力考驗，面對破壞其作物之野生動物等，以狩獵為其自我保護之方式，本即為最原始亦最基本之防範方式，此亦係原住民相傳已久之文化，自屬其日常生活之一種而為同條例第二十條第

³ 最高法院 96 年度台上字第 2726 號刑事判決。

一項修正之通盤考量因素」⁴。

不過，此一判決後來被二審法院推翻，二審法院一反地院較為有利原住民的態度，改變見解而認為：「查被告等雖均係山地原住民，有戶籍謄本在卷可稽；惟被告甲係臺東縣海端鄉公所之溪流保護員，乙原係臺東縣海端鄉公所之村幹事，此經其等陳明無訛，則其二人所製造或持有之土造獵槍及彈藥之主要組成零件，顯與生活無關，並非其等供為生活上所需要之工具」⁵。依二審法院的看法，只要原住民有非屬「打獵」的其他工作，就不算是「供生活工具之用」，相對於前述的地院見解，顯然非常限縮。

後來本案爭訟多年，一直到 98 年最高法院才在終審判決中指出：「立法之旨在尊重原住民原本生活習性，並認原住民所自製之獵槍，其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，因將此類行為排除在刑罰之外。而條文所規定『供作生活工具之用』，其範圍應從原住民群體權之保障及文化認同之觀點考量，不應侷限於維生之經濟活動，尤不以行為人是否尚有其他職業為判斷之唯一標準。原判決以被告等三人均為原住民，而扣案槍枝屬自製獵槍，係以粗糙之木頭製成，長有一公尺，攜帶不便，雖經鑑定具有殺傷力，但其結構、性能與殺傷力均遠不及制式獵槍。而被告等三人所居住之海端鄉，每年舉辦『射耳祭』儀式暨傳統技藝競賽活動，由部落族人攜帶獵槍帶領前往山中做狩獵表演，並教導孩童獵槍之結構等等，顯見狩獵行為確屬原住民生活習俗之一。況案發當天被告等三人係前往台東縣海端鄉利稻村獵捕破壞高麗菜田之山豬，益見其等製造或持有之上開獵槍，符合槍砲彈藥刀械管制條例第二十條所謂『供生活工具之用』之要件，不因被告等三人另有工作，而異其認定。」⁶，換言之，最高法院採取了對於原住民有利的認定，但從本案案發至終審，因為「供生活工具之用」這句抽象至極的話，從而引起的法律爭議，以及當事人因此所付出的社會成本，絕對不是三言二語可以道盡。

三、最高法院 102 年度台上字第 5093 號刑事判決及其後續發展

以上見解從訂定第 20 條第 1 項的除罪規定以來，一直對實務判決有重大影響，雖然仍然有些實務見解主張行政機關頒布的命令，不能拘束司法裁判⁷，但仍然有實務判決傾向接受管理辦法對於自製獵槍的要求⁸。不過，在一則較近期的最高法院判決中竟出現了翻轉，此即具有關鍵意義、同時廣受社會矚目的最高法院 102 年度台上字第 5093 號刑事判決。

該案被告為排灣族原住民，未經許可而自行製作後膛槍，按照以往最高法院採納內政部函釋的見解，該原住民被告應構成刑責，不過最高法院在本案變更了原來的看法，最高法院先從憲法增修條文保護原住民文化的精神指出：「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。而依同法第十九條之規定，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」。

⁴ 參見台東地方法院 91 年度訴字第 144 號刑事判決。

⁵ 參見高等法院花蓮分院 92 年度上訴字第 5 號刑事判決。

⁶ 最高法院 98 年度台上字第 872 號刑事判決。

⁷ 例如最高法院 102 年度台上字第 4601 號刑事判決。

⁸ 採取相似見解的判決，如最高法院 102 年度台上字第 4235 號刑事判決。

立基於憲法基本權保障及原住民文化價等精神，最高法院先針對前膛槍與後膛槍的議題推論：「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」。

接著最高法院進而宣告：「中央主管機關上開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」。

至於「供生活工具之用」的解釋，最高法院也在同一判決中，從社會變遷角度採取較為寬鬆的認定方向，最高法院認為：「狩獵係原住民族傳統維生方式之一，並與其祭典文化有關，原住民在狩獵過程中，可訓練膽識、學習互助精神及生存技能，亦得藉與族人分享狩獵經驗與成果，獲得認同，提昇在部落族人中之地位，故原住民族自製獵槍獵捕野生動物，乃其傳統生活習俗文化之重要內容。惟因社會整體發展急遽變遷，原住民族生活型態亦隨之改變，復因野生動物保育法獵捕規定之限制，難期其仍專以狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容，基於維護原住民傳統習俗文化及發展之考量，本條項『供作生活工具之用』之解釋，自應因應生活型態之改變而放寬，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限，然如溢出此範圍而使用自製獵槍，自不在此限。」

基於以上理由，最高法院認定本案被告可以適用第 20 條第 1 項的除罪規定，故判決被告無罪。雖然本件判決獲得社會各界重視，被告的排灣族人甚至還在最高法院門口施放狼煙以祭告祖靈⁹。

不過接下來的最高法院判決，雖然有若干承接擴大除罪範圍的看法¹⁰，但其實並未全面依從該見解，例如幾天後公布的最高法院 102 年度台上字第 5203 號刑事判決中，就以被告所製造的「空氣槍」不是「自製獵槍」，從而否認第 20 條第 1 項的適用可能性¹¹；而最高法院 103 年度台上字第 443 號判決也認為，如果被告改造的短柄手槍殺傷力過大時，當然也不算是「自製獵槍」¹²。

此外，在最高法院 102 年度台上字第 5093 號之後，也有判決對「供生活工具之用」改採較

⁹ 參見蘋果日報報導：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20131218/35515172/>（2014 年 7 月 9 日造訪）

¹⁰ 例如最高法院 102 年度台上字第 5223 號刑事判決。

¹¹ 最高法院 102 年度台上字第 5203 號刑事判決：「槍砲彈藥刀械管制條例第四條第一項第一款所規定之槍砲，係將獵槍、空氣槍、魚槍分別列舉，足見三者係屬不同種類之槍械。而同條例第二十條第一項係規定「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新台幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」並未將空氣槍一併列入。則原住民未經許可，製造空氣槍，既非屬上開規定之適用範圍，自不得據以主張排除同條例之刑罰非難。」

¹² 最高法院 103 年度台上字第 443 號刑事判決：「所謂『原住民自製之獵槍』，應解為『原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專用於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、持有之自製簡易獵槍』。即須係原住民自行製造，目的僅供狩獵、祭典等活動使用，且其發射速度較慢、威力較小、攜帶較為不便之簡易長槍，始與立法本旨相契合。本件上訴人製造之槍枝，依上揭鑑定書及照片所示，明顯係攜帶方便之短柄改造『手槍』，經鑑定結果具有殺傷力，原審因認非屬『原住民自製獵槍』之範疇，核屬事實審採證、認事之合法職權行使，不容任意指摘為違法。」

為寬鬆的見解，以同院 103 年度台上字第 444 號判決為例，該案被告有原住民身份，但長期在台北工作，僅一次回花蓮玉里準備打獵而取得自製獵槍即被查獲，最高法院在判決中清楚地指出：「所謂生活，包括經濟、物質及傳統文化、語言、習俗等精神生活在內，被告為阿美族原住民，固在台北工作，但過年休假仍回花蓮縣玉里鎮住處，生活上與其居住之原住民部落仍相關連，因認其持有該自製獵槍欲於放假時打獵使用，堪信係供作生活工具之用，其證據取捨及證明力之判斷，無悖於經驗法則與論理法則」，進而肯認得適用除罪規定；不過，即便行為人是原住民，專門製作土製獵槍販售，最高法院仍認為不成立「供生活工具之用」，此時仍成立犯罪¹³。

四、小 結

綜合上述我國立法與實務的見解，我們可以總結現行立法與司法有關原住民獵槍問題的重點如后：

1. 原住民未得主管機關許可而製造或持有獵槍，即屬違法行為。至於該違法行為構成刑事不法或行政不法，則端視是否構成槍械條例第 20 條第 1 項。
2. 行為人具原住民身分，同時符合以下兩要件：(1)「供生活工具之用」，並(2)製造或持有「自製獵槍」，即使未事先得到許可，依第 20 條第 1 項規定，不成立犯罪，只構成行政不法行為。
3. 「生活工具之用」的認定，應考量行為人生活與使用目的屬性，具體考量行為人生活與原住民文化的關聯性，不能以行為人非以狩獵為營生方式，就直接認定不屬「生活工具之用」。但若行為人製作獵槍而供販賣，尚不屬於「生活工具之用」。
4. 至於自製獵槍，雖然內政部頒布限於前膛槍及火力限制的法規命令，但近期實務見解認為司法判決不受該行政機關命令的拘束，不過若其火力過強或非屬於「獵槍」的其他種類槍枝，似乎仍非「自製獵槍」範圍。

參、反省現行原住民獵槍及狩獵法制

以上簡要地說明現行立法及司法實務的有關看法，接下來要思考現行法的問題，以下將分就以現行法為前提的司法實務操作，以及現行法規內容本身的缺障等兩個層面，分別討論。

一、現行司法實務見解的檢討

自從原住民族權益在我國法中受到廣泛重視以來，我國法律規範中已經出現甚多有關原住民權益的規定，但在刑事司法實務上，對於原住民自製獵槍的法律界限，仍然存有極大爭議，近年判決雖然有逐漸放寬解釋，認定未事先獲得許可即自製獵槍的原住民無罪，但實務仍然糾結在「自製獵槍」的法律定義中，舉凡前膛槍、後膛槍以及子彈等爭議，顯然現行法的解釋仍有相當大的探討空間。

以現行法脈絡而言，要得到正確、合理的解釋，筆者認為應該回歸授權的母法觀察，就原住民的權益事項而言，原住民族基本法可說是根本的授權依據，雖然原住民族基本法之中，並無原住民得否自製、使用或取得獵槍的明文規範，但既然獵槍的製作、持有、買賣是為了實施狩獵，或許可先從狩獵的相關規定切入觀察。基本法第 19 條第 1 項第 1 款明文承認原住民可以在原住

¹³ 參考最高法院 103 年度台上字第 1521 號刑事判決：「上訴人固具原住民身分，然其經營「成德體育用品社」，製造該具有殺傷力之土造長槍，以一萬元販售與他人，係為販賣營利，並非為自己於生活中從事狩獵、祭典等活動所用，自與槍砲彈藥刀械管制條例第二十條規定之本旨不符。」

民族地區從事「非營利性質」的「獵捕野生動物」活動，不過同條第 2 項又限定必須出於「傳統文化、祭儀或自用」等目的，綜整言之，基本法授權原住民得出於「傳統文化」、「祭儀」或「自用」等三項目的中的任一理由，在其民族所屬地區實施非營利性的狩獵行為，而為了實施狩獵，當然必須要有適當工具，除了一般能夠想到的捕獸陷阱之外，槍械（不論自製、土造或制式）當然是狩獵活動中常見的工具選項，從基本法第 19 條的論理而言，其實應可認為立法者已經認可原住民出於三項特定目的而使用槍械的合法性，但這不代表立法者不能對槍械使用予以一定程度的限制，只不過基本法未予言明而已。

即便子法本質上不能全面禁止原住民使用獵槍，但仍須符合特定事由的前提下，原住民才能夠合法地獵槍，問題即是這些子法的立法限制與前提為何？就此勢必回歸立法政策的選擇。已如前述，我國立法者政策同時採用了三重標準而設定了兩類不同的處罰：原住民要製作或持有獵槍前，必須先得到主管機關許可才能合法製作或持有，若未事先獲得許可，但同時符合三重標準「原住民身分、自製獵槍、供作生活工具之用」時，該原住民只處以行政罰，不過，倘若不符合上述三重標準，例如製作或持有的槍械不屬於「自製獵槍」，或是「非供生活工具之用」，則無法論以條例第 20 條之 1 的除罪規定，仍構成刑事責任。

換言之，現行法的解釋重心在於區別刑事責任與行政責任的標準，特別是什麼叫「自製獵槍」，以及什麼可以稱為「供生活工具之用」？就自製獵槍的定義，雖然行政機關頒定的管理辦法中，限定「自製獵槍」為低火力的後膛槍，但法院最近顯然有放寬解釋的傾向。某程度而言，擁有愈強大火力的槍枝，愈有可能對社會帶來風險，其所受到的法律寬容自然愈少，不過我們仍須注意，既然立法者已經許可原住民自行製作獵槍，只要是其所製作，而且從擊發機制及使用方法可以認定為供狩獵而製作的槍枝，行政機關並無任何理由可以限縮立法者所賦予的原住民權利，所謂將自製獵槍限定在火力較小的前膛槍，根本上限縮了立法者的原始授權。同樣的道理，立法者許可原住民自製獵槍，理論上應無任何理由再限縮相應的子彈持有，最高法院在 102 年度台上字第 5093 號刑事判決中採取的見解，應可贊同。

不過，什麼叫作「供生活工具之用」的解釋，在實務上似乎仍然採取寬嚴不等的標準，有時法院認為，雖非經濟生活所需，而屬於文化意義的生活所需，也可以稱為「供生活工具之用」，例如平日雖非以打獵維生，但假日或節慶時仍持用自製獵槍從事原住民傳統狩獵活動。不過，若原住民被告製作獵槍而販賣他人，因為有營利行為存在，實務往往認定因為營利而不能算是「供生活之用」。某程度而言，筆者不能完全否認排除營利類型的合理性，因為「生活工具」指的是個人經濟或文化生活中不能或缺的必要物件，原住民必須在系爭生活中使用獵槍，否則獵槍當然稱不上「生活工具」，但製造獵槍轉賣他人以獲利，該原住民其實未直接使用獵槍狩獵，該獵槍對原住民而言，當然不算經濟或文化生活中的必要物件，而是外於個人經濟或文化生活以外的謀利客體，就文義而論，已然超出條例第 20 條第 1 項的範圍。

即便考量第 20 條第 2 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魚槍，供作生活工具之用者，亦同」，雖然法條中提及「販賣獵槍」，但綜合法條文義中所謂「原住民相互間」以及「供生活工具之用」，這表示出售及購入的原住民就獵槍的用途而言，均非專門販賣營利，而是獵槍對賣方及買方均為生活工具，雙方以交易方式轉讓。

綜合上述，筆者認為我國實務見解對於條例第 20 條除罪條款中「供生活工具之用」的解釋適用，並無重大違誤，應可贊同。雖然法院在若干判決中對於什麼叫「自製獵槍」，仍有相當程

度的歧見，但近期判決已經朝擴大自製獵槍定義的方向發展，這樣的判決走向實應予以肯定。

二、現行管制架構的檢討

雖然現行實務見解的主流方向，大致上可茲贊同，但不代表現行立法本質上正確且合理，在筆者看來，其實現行有關原住民槍械使用，以及作為槍械使用前提的狩獵規範，兩者間不僅欠缺明確的關聯橋接機制，就個別規範也有許多用語及管制架構不合理之處。以下分點說明之。

1. 自製獵槍與制式獵槍

首先是「自製獵槍」的立法層面。基本法保障了原住民在其傳統領域中的狩獵權利，獵槍及其相應子彈的使用屬於未言明的衍生權利，而就實際狩獵活動而言，除了製作陷阱獵捕外，也可能使用不需火藥及使用火藥的工具，而我國法對於原住民使用火藥類的獵捕工具，僅限於「自製獵槍」，此一規定除了引發自製獵槍定義的爭議外，也宣示了原住民不能使用經過測試及安全認證的制式獵槍。

之所以禁止制式獵槍的理由，或許因為制式槍枝的火力穩定，其攻擊強度也遠較自行製作的槍械更高，一旦開放非官署人員使用制式槍枝，不無引起社會安全疑慮，因此不論在立法論或解釋論的層次，我國法均僅許可非官署人員使用效能較低的簡易槍枝形式，若原住民製作或持有火力效能較高的制式槍械或自製槍械，仍不得許可¹⁴。

但在筆者看來，上述論點實有重大疑慮。理論上槍械管制應該依據其火力及效能，火力及效能愈強的槍械，受到管制的密度應該愈高，我國法因而禁止原住民使用制式槍械，只許可自製獵槍，這種想法雖然符合直覺，卻忽視了原住民在狩獵過程中可能遭遇的危險。制式槍枝由兵工廠經過多次實驗後，足以確認子彈擊發時的正確動能，並量產製造，其擊發子彈的火力較強也較為穩定，而對使用者而言，其安全程度顯然較高，子彈膛炸的可能性也比較小。只許可原住民使用火力較小、且只依經驗知識傳遞的自製槍械，無疑要求原住民使用高度危險性的工具執行其傳統獵捕活動，而不得使用安全且有效的工具，這樣的要求不僅無視原住民狩獵過程中的安全問題，顯然也將原住民的狩獵活動理解為一種傳統、原始、落伍且不能與時俱進的文化活動，對於原住民權利有著過當限制。

如果再考量最高法院近期透過判決許可的「自製後膛獵槍」，當製作槍械的原住民有一定程度的軍火兵工知識時，並於其自行製作後膛獵槍過程中採用先進底火及子彈，該槍枝可能具備高度火力，甚至比制式火力較低的槍械有著更強的效能時，上述認為自制獵槍必然火力較低的理由已經不再有效。或許論者會認為，正因制式槍枝的火力又強又穩定，所以應該回歸至行政機關最初的「自製前膛槍」定義，不過這種要求一來過度限制甚且歧視原住民行使狩獵的權利，二來也不是政策上最適切的選項。析言之，在諸多制式的後膛槍中，其實早就有設計專供打獵的制式槍枝，例如許多制式的狩獵用霰彈槍，其使用雙槍管結構，每次射擊之前必須重新將打獵用的子彈裝入彈匣，其火力只對近距離的目標有效，若目標較遠則攻擊效能將顯著減少，這類設計專攻以狩獵的制式槍械，不僅對使用者相對安全，其子彈動能及攻擊效果也遠比其他警用或軍用武器差異甚多，綜衡其較高的安全性及較低的攻擊效果，若能在有效管制的前提下開放原住民使用，讓原住民採用適切的狩獵用武器實施狩獵的文化活動，顯然遠較現行制度下為佳。換言之，現行法

¹⁴ 例如：曾士哲，原住民自製獵槍應限槍枝之效能簡易者始可免責（三）—兼評最高法院 101 年度台上字第 1563 號、102 年度台上字第 5093 號判決，法務通訊，第 2697 期，2014 年 5 月 16 日，頁 5-6。

限制原住民只能使用自製獵槍，卻又無任何獵槍製作教程或認證機制，等於強迫原住民陷於槍械使用可能帶來的人身高度風險之下，對於合法原住民狩獵活動的保障，在筆者看來根本不足。

論者或許可能回應，原住民族的狩獵活動不應該只是單純獵捕野生動物，還應該包括學習如何自製獵槍，使用火力過強的制式槍械，無異取消原住民學習獵槍自行製作的成長機會，不僅無法順應原住民文化活動的精神，反而造成社會治安困擾。此項議論乍看之下似乎有一定道理，但仔細思考後，就會發現這是一個極富歧視意味的說法，詳言之，對於其特定族群要如何展現、實施其認同的文化活動，不應該由他人定義，毋寧應由該族群自行決定，而當科學與技術高度發展後，只要特定族群願意接納採用新技術以充實其原有文化，他們所實施的文化活動當然可以應用科學、技術的研發成果而與時俱進，只要能夠在應用同時，還能保有該文化活動最素樸的意義，我們就應該認同並接納。就原住民的狩獵活動而言，其重點並不在於獵取野生動物本身，而是傳承其祖先所經營的山林生活方式，透過參與狩獵，讓後代感受到原住民先人與土地間的共存關係，珍視土地帶給原住民的充足營養¹⁵，至於原住民要採用什麼方式狩獵，其實倒不必然是重點所在。我們甚至可以認為，以子彈擊殺動物的獵槍，本身也不是原住民固有的狩獵工具，但在火器使用成為常態後，使用獵槍捕抓野生動物也逐漸進展而成為原住民文化一環，這項對原有文化的修正，還已經成為我國現行立法的一部分了。

或許還會有人批評，我國目前對於制式槍械的管制，原則上僅限於國家官署人員才能使用，例如警察或軍人，原住民既非國家公務人員，也未受槍械的專門訓練，故不應任意開放使用制式獵槍。就此筆者回應是：雖然多數情況下，確實只有國家公務人員才能使用制式武器，但我國現行法中其實另有「自治槍枝管理條例」，該條例授權非國家公務人員使用制式槍械的合法基礎，其中特別值得注意之處在於，條例第 2 條規範了甲、乙兩種不同類型的槍械¹⁶，條例中也具體規範人民持有制式槍枝的證照申請過程，原則上每次證照的效期兩年，一般人得提供住戶、商店、公務員、現役軍人、自治人員或民意代表的擔保書後，向縣市政府申請證照，雖然條例中未言明取得該制式槍枝的管道，但從條例中許可向國家「徵借」，以及嗣後另有「收購」的規定，可知該條例精神上許可人民合法購買制式槍械，但若先合法取得制式槍枝證照，嗣後又發生「判處有期徒刑以上之刑」、「精神失常或因其他事故無使用槍枝能力者」、或「行為不檢或家庭發生變故或與他人發生重大糾紛，持有槍枝有危害社會治安之虞者」，其原合法持有的槍枝則由國家給價收購。從上文分析可知，我國法制中早就存在私人合法持有制式槍枝的規範，主張法制上絕對不許可私人合法持有制式槍枝的理由，其實並不成立。

綜上，如果制式獵槍提供相對安全的狩獵過程，同時也能立法限制原住民使用的制式獵槍類型，僅限於擊發後必須重新填裝子彈，以及有限射程範圍的制式狩獵用霰彈槍，再考量我國法制並不完全禁止非官署人員持用制式武器，我們實無任何理由強迫原住民只能選擇火力及安全都有重大疑慮的自製獵槍。強迫原住民以過時、落伍的器械從事其族群重要的文化活動，顯然無視於原住民用槍過程中的安全問題，同時也過度干預、介入原住民實現族群自我認同的方法。

¹⁵ 有關原住民的狩獵文化，參見王進發，由原住民狩獵文化看國家與部落間之規範衝突及未來因應，台灣原住民族研究季刊，5 卷 1 期，2012 年，頁 49-63。

¹⁶ 本條例所稱自衛槍枝如左：

一、甲種槍類：凡各式手槍、步槍、馬槍及土造槍屬之。
二、乙種槍類：凡具有自衛性能之各式獵槍、空氣槍、魚槍及其他槍枝屬之。
前項槍類，包括彈藥。

2. 槍械持有與製作的資格考核

其次討論原住民狩獵活動與持有獵槍的關係，之所以許可原住民製造及持有獵槍，無非是為了執行原住民基本法所賦與的狩獵權，從我國法律授權基礎看來，「狩獵」與「持有獵槍」兩事其實規定在完全不同的法律之中，前者是野生動物保育法（以下簡稱保育法），後者則是槍械條例，但其實兩者並非毫無關係。

就原住民的狩獵活動而言，基本上都是以個別期間、地域為前提而進行，我國法目前對原住民狩獵活動的法律規範，見於保育法第 21 條之 1，該條第 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，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」，簡單地說，原住民於其固有領域中獵捕、宰殺野生動物，不必出於學術或教育目的（第 17 條第 1 項），不用考量保育類野生動物的族群容許量（第 18 條第 1 項），也可以使用「炸藥或其他爆裂物」（第 19 條第 1 項），但第 21 條之 1 第 1 項並非概括授權，依同條第 2 項的規定「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」。依第 2 項規定，原住民狩獵的地點、時間、方式、種類、數量都必須個案式地得到主管機關許可，詳細的申請許可方式，則另訂於「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」，該辦法中明確地規定，要在原住民固有領域上獵捕野生動物，僅限於原住民、部落或原住民人民團體（辦法第 4 條第 1 項），其資格並須事先得到所在地原住民部落會議的認可（辦法第 4 條第 2 項），另須於狩獵之前事先申請，並詳附狩獵相關計劃。綜合相關法規可以得知，現行法框架下，原住民族並非可以任意在其固有領域任意狩獵，毋寧必須事先個案性申請，此外，雖然法規並未明文規定，但從立法精神及解釋而論，原住民應可在獲得許可的狩獵活動中使用獵槍。

相同於狩獵採取個案性許可機制，原住民就獵槍的製作及持有，在我國法上也必須個案性的提出事前申請，此見於槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 15 條，相關規範已如前文詳述。

比對這兩類不同規定可以發現，在兩種個案性事前許可（「狩獵許可」與「製作及持有獵槍許可」）的決定過程中，完全沒有處理到預計使用獵槍進行狩獵，或者預計製作或持有獵槍的原住民「獵槍製作、使用能力或資格」，亦即，我國法規只在乎特定槍枝的製作、持有，以及特定狩獵活動是否已經向官方報備，但申請人是否受過完整的獵槍使用及技術訓練，則在法規中支字未提，似乎只要有原住民身分並經過報備，就可以狩獵或自製獵槍，至於該原住民是否受過製作、使用、狩獵或野地求生的專業訓練，立法者似乎完全忽視。

更精確地說，我國現行法對原住民的態度即是：既然只准許火力有限的獵槍，原住民製作或使用獵槍前，必須自行從部落人際關係設法取得製作及使用獵槍知識，即便是申請事前製作、使用獵槍，也沒有任何事前資格或能力的要求（例如曾經參與相關課程的時數，通過獵槍製作基本知識的考試等等）。就此而論，立法者顯然完全忽視原住民自製獵槍、使用獵槍及狩獵過程中的人身安全，倘若立法者認為獵槍本身是高度危險物品，應該明確限定製作或持有獵槍的「個人」資格，而不是如現行法，只管制「某把獵槍」或「某次狩獵活動」的「事、物」情況而已。獵槍既然有其危險性，立法者應該管制的重點應該在於非屬國家機關成員的原住民製作者或持有者，具體地強化、限定並審查其製作或持有獵槍能力，倘其使用能力獲得認可後，才能夠製作或持有獵槍，也才能夠向國家申請許可，這裏的管制重心應該優先置於「人（資格）的管制」，而不是

忽略個人對於獵槍使用能力的要求，而直接強化「事（狩獵活動）、物（獵槍的製作或持有）管制」。我們甚至可以認為，如果法制上能夠有效管制原住民的使用獵槍能力或資格，並予以一定認證，其實獵槍的管制就可以調整，一方面可以開放制式獵槍，許可具有獵槍使用能力之原住民直接購買¹⁷，主管機關在「物」層面的管制重點，應該在於是否購買或取得後有進行列管及登記，而就「事」層面的管制重點，只要在狩獵申請中，請求許可使用獵槍，那麼申請者必須先取得獵槍的使用資格。另一方面，既然已經提供火力受限的制式獵槍供原住民狩獵，那麼自製需求相對降低，甚至可以考慮不再許可自行製作獵槍。

綜上，筆者認為我國現行法無視原住民有無自製或持有獵槍的適格能力，這項適格能力不僅關涉原住民執行狩獵時的人身安全，也涉及獵槍持有、使用、狩獵活動的合法界限，未來應該修法強化此部分的管制。

3. 獵槍持有目的

最後要討論的是我國現行法有關獵槍的持有目的問題。授權的基礎規範是原住民族基本法第19條，而該法授權的三種非營利目的則是「傳統文化、祭儀或自用」，既然許可三種目的下原住民得實施狩獵活動，理論上為了狩獵而製作或持有獵槍的目的，也應該包括這三種目的。可惜的是，作為具體化獵槍規範的槍砲彈藥刀械管制條例第20條，其合法製作及目的則只有「供作生活工具之用者」，此一規定顯然未能充分實現、保障原住民族基本法所賦與的狩獵權利。

再從文字來看，「供作生活工具之用」大致上等於「自用」，如果堅持嚴格的字面解釋，勢將導出奇妙的解釋結果：若出於自用目的，原住民可以使用獵槍、也可以使用陷阱進行狩獵，但若只是祭儀或文化之用，此時只能使用陷阱狩獵，但不得使用獵槍。正因為這種解釋結果邏輯不通，所以近年來實務立場上，逐漸擴大「供作生活工具之用」的理解範圍，其界限也擴大至文化意義的生活工具，這項發展正是將授權母法中的「傳統文化及祭儀」等目的納入考量。

但若我們再仔細思考，原住民的狩獵活動原則上必須先向主管機關申請許可，得到事前許可後才能實施狩獵，如果狩獵許可並非通案而是個案性質，當然也就難以想像有任何原住民純粹依賴狩獵維生，除非他必須天天向主管機關申請許可，否則其行為就有可能違反野生動物保育法而構成刑事或行政罰。

綜上，其實原住民合法狩獵以及合法製作或持有獵槍的理由，其中相當重要的部分在於文化或祭儀目的，而槍砲彈藥刀械管制條例只許可了「供作生活之用」，這部分的規定未來應該考慮修正、調整。

肆、未來管制架構的建議：代結論

論述及此，筆者認為雖然司法判決對現行法作出正確詮釋，但現行法制仍有諸多有待修正之處，未來應該考慮修正現行原住民狩獵及獵槍的管制架構，筆者初步的三項初步建議如下：

1. 使用獵槍資格的設立：由於現行法制完全無任何使用獵槍資格的規範，因此修法的第一個重心，應該放在對於原住民得否使用獵槍給予一定的資格與限制，僅當原住民通過相關的考試、參與一定時數的課程或與有經驗獵人共同實習的課程之後，才能夠授與持獵槍狩獵的資格。取得該資格後，原則上即可購買制式獵槍。

¹⁷ 我國法上其實對於購買制式槍枝，已經有相對完備的規範，此見於槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第4條以下，以及第10條有關於主管機關造冊、登記的規定。

2. 開放制式獵槍：國家應該許可原住民使用一定類型的制式獵槍，尤其可以允許出每一次擊發都需要重要填裝子彈的雙管式霰彈槍，並由廠商提供型號後由國家頒定許可標準與發給販賣許可。
3. 獵槍的取得與登記：取得獵槍使用資格後，就具有購買獵槍的資格，而購買時必須予以確實登記槍枝、子彈的型號及數量，若未確實登記，則科予該未予登記的原住民行政罰。
4. 獵槍的使用與狩獵個案許可：持有獵槍的原住民可依法申請狩獵，最初仍可採用現行作法，必須針對原住民的個別狩獵活動予以許可，許可的理由應包括基本法提及的各項事由（傳統文化、祭儀、自用），只要獲得系爭許可，即可在狩獵活動中使用自己購買的制式獵槍；但未來應可考慮，在原住民固有領域直接給予長期性的許可，只要該原住民申請長期許可時，計劃獵捕的動物並無生態或數量上的疑慮。
5. 未取得獵槍使用資格的處罰：不過在新制下，若原住民未能取得制式獵槍的使用資格，而透過黑市或友人取得非法獵槍供己用，依筆者初步之見，既然已經提供適當獲得制式獵槍的合法管道，外於合法管道的取得方式原則上應予禁止，即便是原住民，若無資格而取得獵槍，亦可考慮處以刑罰。
6. 自製獵槍的疑問：最後則涉及一個問題，此即是否還要保留原住民可以自製獵槍的合法管道？依現行法，此一管道雖然存在，但成果相對有限，若已經提供原住民使用合法制式獵槍後，其實可以考慮廢止，亦即不再許可自製獵槍，任何自製獵槍亦應處以刑罰，不過在實施過程中，應該設有相當期日的落日條款。

原住民自製獵槍定義規範的未來走向

許華偉

臺灣臺南地方法院檢察署檢察官

摘要

槍砲彈藥刀械管制條例（下稱槍砲條例）第 20 條第 1 項的「自製獵槍」概念，是決定原住民製造、運輸、持有槍枝行為合法化（除罪化）範圍的關鍵，但上開規定並未對其賦予定義，而是由內政部訂定槍砲彈藥刀械管理辦法（下稱管理辦法）第 2 條第 3 款加以規範。然而沿襲自內政部臺（87）內警字第 8770116 號函釋的管理辦法第 2 條第 3 款，在原住民被告涉嫌製造、運輸、持有槍枝的刑事案件中，是否足以作為判斷系爭槍枝為自製獵槍之基準，有其法律與文化層面上的疑問，向來在司法機關有所爭議。在最高法院於 102 年度台上字第 5093 號案件中自為判決確定後，自製獵槍概念的意義似乎並未因為此一個案判決而塵埃落定，仍有待於相關法規的修正，方能進一步落實。對於原住民自製獵槍定義未來該何去何從的問題，本文將自以下的脈絡加以觀察：首先對於前開最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決及其前之歷審判決予以回顧，藉以說明司法機關對此問題的思考模式及局限；其次從立法歷程及法律位階出發，說明槍砲條例第 20 條第 1 項的憲法基礎及立法理由；最後以我國槍枝管制之相關法令為例，探討自製獵槍有無類型化定義標準的可能性，並提出階段性訂定規範之參考作法，寄望對此問題的處理能有實質助益，俾利兼顧原住民權益之保障與社會秩序之維護。

一、前言

現行槍砲條例（下稱槍砲條例）第 20 條第 1 項規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新台幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」因其法律效果為行政罰，排除了槍砲條例中刑罰規定的適用，導致其中的「自製獵槍」概念，成為原住民製造、運輸、持有槍枝行為除罪化範圍的關鍵。

槍砲條例固然是我國管制槍枝法令的主幹，然而在原住民長久以來持有槍枝的歷史傳統面前，民國（下同）72 年 6 月 27 日公布施行的該條例仍屬年輕，是以在立法研議過程中，如何兼顧此一傳統，出現過不少討論，當時的槍砲條例也設計了第 14 條以資因應。隨後在槍砲條例立法後迄今的三十年間，曾經發生的十二次修正中，更有六次涉及原住民持有槍枝規範的立法，本文探討的自製獵槍概念，則是在 86 年 11 月 24 日修正公布的槍砲條例第 20 條第 1 項中出現，並持續存在至今。筆者認為，這樣的現象令人足以相信，立法者在槍砲條例施行的三十年之間，對於原住民持有槍枝的社會現象該如何看待，並且進一步地落實在法律制度當中的課題，仍然不斷地探索解決之道。

只是對於司法機關而言，「自製獵槍」既然是一個實定法上存在的要件，且攸關排除刑罰適用的範圍，就不能不在每個個案當中就該要件是否適用的問題予以認定。但槍砲條例本身並未對於自製獵槍賦予立法定義，於是用以認定的標準即須外求，實務上一個相沿成習的規則，是內政部 87 年 6 月 2 日在臺（87）內警字第 8770116 號函釋的說明：「『自製獵槍』：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。」這個標準在 100 年 11 月 7 日內政部訂定槍砲彈藥刀械管理辦法（下稱管理辦法）第 2 條第 3 款時被全盤移植，只是在規範體系中換了個位置，內容並未出現任何有意義的變更。

筆者相信，只要對於現代槍械有基本認識的人，對於上開管理辦法以及作為其前身的函釋內容，都會出現「如此是否限制過嚴」的疑問，實際上持槍狩獵的原住民更不用說，對此標準早已有所批評。部份司法實務工作者更因為前揭函釋或辦法充其量屬於行政規則，基於法律保留原則的立場，就涉及除罪化範圍因而對人民權利有影響的自製獵槍概念，任令司法權在立法者未予定義的情形下受行政權訂定的解釋性規定拘束是否妥適的問題，予以反省，逐漸在部分個案當中拒絕適用上揭自製獵槍定義，進而在個案中自行認定槍枝是否屬於自製獵槍。在本文探討的最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決及其前審判決出現之前，拒絕適用前開自製獵槍定義的實務見解，例如臺灣新竹地方法院 94 年度訴字第 861 號判決、臺灣高等法院 95 年度上訴字第 1948 號判決；臺灣臺東地方法院 101 年度重訴字第 4 號、101 年度重訴字第 5 號判決、97 年度訴字第 148 號判決；臺灣花蓮地方法院 100 年度訴字第 244 號判決；臺灣宜蘭地方法院 97 年度訴字第 160 號判決；臺灣南投地方法院 97 年度重訴字第 7 號判決；臺灣嘉義地方法院 96 年度訴字第 990 號判決，不管是從審級及地域的角度來看，拒絕適用臺（87）內警字第 8770116 號函釋及管理辦法第 2 條第 3 款的看法，都不能僅以個別法庭的稀有見解來解讀。

前述部份司法實務工作者的作法雖然有其法理上的依據，卻也造成自製獵槍認定標準不一的問題，使得法律適用的一致性與安定性發生鬆動。此一現象持續數年之後，最高法院在 102

年 12 月 17 日作成了 102 年度臺上字第 5093 號判決，試圖以自為判決的方式解決個案中適用範圍不一致的問題。此一作法固然值得肯定，然而回顧問題發生的緣由，再從權力分立的角度觀察，筆者認為一則最高法院判決只能治標，尚不足以治本，這是因為當時槍砲條例與管理辦法裡的相關規定，仍未進行相關修正，爭議的根源仍然存在，就不能說塵埃已然落定。而管理辦法隨後在 103 年 6 月 10 日由內政部以臺內警字 10308714563 號令修正發布第 2、11、15 條，其中第 2 條第 3 款在最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決出爐約半年後，再對自製獵槍加以定義，該規定的內容以及其與最高法院判決間的關係如何，即有討論之必要。

簡而言之，此時此刻「自製獵槍」定義規範該何去何從，觀察的焦點在於相關法規將如何修正，以及司法機關指標性見解會如何開展。面對此一課題，本文將提供以下的檢視脈絡：首先對於前述最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決及其前之歷審判決予以回顧，藉以說明司法機關對此問題的思考模式；其次從立法歷程及法律位階出發，說明槍砲條例第 20 條第 1 項的憲法基礎及立法理由；最後觀察此次管理辦法的修正，並據以探討自製獵槍定義規範的未來，寄望對此問題的處理能有實質助益，俾利兼顧原住民權益之保障與社會秩序之維護。

二、最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決及其歷審判決簡介與啟示

（一）歷審判決簡介

關於最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決及其歷審判決的介紹，在國內法律刊物上已不乏精闢的論述¹。雖然如此，本文仍要對這些實務論述加以簡介的理由在於，向來對於判決內容的介紹，主要仍著眼於各該判決如何認定事實及適用法律，以解決個案中被告是否成立犯罪的問題，本文則希望能進一步觀察到這些實務見解當中，有無對於自製獵槍定義的規範修正具有指標意義之見解，以利於對定義規範修正走向的分析。為辨明歷審判決作為審理對象的起訴事實，以下將以檢察官起訴書為起點，逐一簡介不同法院對於同一案件的判決內容，以迄作為確定判決之最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決為止。進而探討本案對於自製獵槍定義究竟有何啟示。

1. 臺灣屏東地方法院檢察署檢察官 98 年度偵字第 7310 號起訴書

臺灣屏東地方法院檢察署檢察官在承辦該署 98 年度偵字第 7310 號案件時，其實是作成了一件起訴書與一件不起訴處分書，不過因為起訴書開啟了後續直到最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決的審理程序，一向較受到矚目。

為求對案件觀察的完整度，在此要先對不起訴處分書作個簡單的介紹。不起訴處分書記載，警察因認為被告某甲自 97 年 6 月間起，在屏東縣某址住處內，未經許可，以其所有砂輪機、電焊機製造具殺傷力、可發射彈丸之土造長槍 1 支，嗣於 98 年 9 月間某日在其住處為警查獲，並扣得該土造長槍 1 支，因認被告某甲涉有槍砲條例第 8 條第 1 項罪嫌而移送檢察官偵查。惟經檢察官查證，扣案長槍領有內政部核發之原住民自製獵槍執照尚在有效期間內，且在槍托處刻有編號，有原住民自製獵槍執照影本、照片及扣案長槍為據，從而認定被告某甲辯稱該長槍有申請執照一事核屬有據，而無移送意旨槍砲條例第 8 條第 1 項犯行，並依法為不起訴處分。由這份

¹ 參閱謝煜偉，刑法解釋與原住民狩獵文化/最高法院 102 台上 5093 判決，臺灣法學 241 期，2014 年 2 月 1 日，第 176-181 頁；曾士哲，原住民自製獵槍應限槍枝之效能簡易者始可免責—兼評最高法院 101 年度臺上字第 1563 號、102 年度臺上字第 5093 號判決，法務通訊第 2695-2697 期，103 年 5 月 2 日、5 月 9 日、5 月 16 日，第 5-6 頁、3-5 頁、4-6 頁。

不起訴處分書的內容，我們可以合理認為，被告某甲應該知悉原住民製造、持有槍枝能夠申請許可一事，再者被告某甲既然領有原住民自製獵槍執照，應該也知道受理申請的主管機關、申請程序以及主管機關對於自製獵槍的定義才對。

而在同一個案件中，被告某甲的其他行為遭檢察官予以起訴。包括：①某甲自 92 年 2 月間起未經許可持有霰彈 3 顆。②某甲自 97 年 6 月間起，在屏東縣某工寮，未經許可，以其所有之砂輪機、電焊機製造具殺傷力、可發射彈丸之土造長槍 1 支（下稱 A 槍）後置於住處。③某甲自 97 年 6 月間起，在上開屏東縣某工寮，未經許可，以其所有之砂輪機、電焊機製造具殺傷力、可發射彈丸之土造長槍 1 支（下稱 B 槍）後置於住處。④某甲自 97 年 6 月間起，在上開屏東縣某工寮，未經許可，以其所有之砂輪機、電焊機製造具殺傷力之土造魚槍 1 支（下稱 C 槍）後置於住處。⑤某甲於 97 年 6 月間起，在屏東縣某山區，未經許可，使用其捕獸鉗設置陷阱獵捕保育類野生動物山羌 1 隻後烹煮供己食用。檢察官認定被告某甲如前揭①至⑤所載行為，分別涉有①槍砲條例第 12 條第 4 項、②槍砲條例第 8 條第 1 項、③槍砲條例第 8 條第 1 項、④槍砲條例第 9 條第 1 項、⑤野生動物保育法第 41 條第 1 項第 1、2、3 款等罪嫌。

2. 臺灣屏東地方法院 99 年度重訴字第 11 號判決

檢察官以上開 98 年度偵字第 7310 號起訴之案件，繫屬至臺灣屏東地方法院後，成為該院 99 年度重訴字第 11 號案件。就檢察官起訴的前揭①至⑤事實，99 年度重訴字第 11 號判決的結論是事實①及⑤被告分別觸犯槍砲條例第 12 條第 4 項之未經許可持有子彈罪、野生動物保育法第 41 條第 1 項第 1、3 款非法獵捕保育類野生動物罪，分別處以有期徒刑 2 月、6 月，應執行有期徒刑 7 月，緩刑 3 年，並應向公庫支付新台幣（下同）5 萬元，扣案制式霰彈 3 顆、山羌屠體 1 條與捕獸鉗 1 具均予沒收。至於事實②、③、④被告無罪。

該判決宣告被告某甲有罪部分雖未涉及自製獵槍問題，以下仍作些簡要介紹：起訴事實①、⑤有罪部分，業經被告於警詢、偵訊及法院審理中均坦承不諱，亦有扣案霰彈與鑑驗書、山羌屠體與鑑識函、捕獸鉗為憑，足徵被告自白與事實相符。從該判決有罪部分的判決內容可知，被告某甲既然曾經持有制式霰彈，應可瞭解制式霰彈當以何種槍枝發射，且其既曾使用捕獸鉗獵捕山羌後自行烹煮食用，亦可推知其應有獵捕野生動物之經驗。

至於該判決諭知被告某甲無罪部分，即起訴事實②、③、④部分，即為某甲自製土造長（魚）槍 A、B、C 行為，此部分經法院認為無罪之理由如下：

- （1） 某甲確為排灣族原住民且有漁民身分，有戶籍謄本及漁船船員手冊、基本安全訓練結業證書可證。
- （2） 扣案土造長（魚）槍均有殺傷力，有鑑定書可供憑信。其中土造長槍 A、B 係利用擊發裝填於槍管彈室處之口徑 0.27 吋建築工業用彈作為發射動力，所產生之高壓氣體推送出由槍口處填塞之鋼珠或金屬發射物作為彈頭使用，但無法填裝同案送鑑之上揭制式霰彈使用，亦有鑑定函可供認定。
- （3） 現行槍砲條例第 20 條第 1 項規定係除罪化之規定，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」精神之立法政策。
- （4） 上開槍砲條例第 20 條之「自製獵槍」，指同條例第 4 條第 1 項第 1 款各式制式槍砲以外，其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲，而為原住民族本於其文化

傳統，供其於生活中從事狩獵、祭典、文化、技藝傳承等活動使用，而簡易自製者即屬自製獵槍。

- (5) 被告某甲為排灣族原住民，扣案槍枝經鑑定具殺傷力，據被告供稱製造扣案土造長（魚）槍目的係供狩獵打山豬及飛鼠、射魚之用，所述核與原住民族捕獵風與社會普遍認知相符，足認被告製造扣案槍枝確係供日常狩獵所用。
- (6) 槍砲條例第 20 條第 1 項就「自製獵槍」未為任何形式上限制，行政機關本不得以命令或他法限制之。同條第 3 項就原住民製造獵槍之許可事項管理辦法雖規定由中央主管機關定之，並非授權中央主管機關得對原住民製造自製獵槍之槍枝功能為限制管理。內政部雖曾於 87 年 6 月 2 日在臺（87）內警字第 8770116 號函釋對自製獵槍加以定義，並於本件回覆法院函詢時稱扣案土造長槍並非原住民自製獵槍，但該內政部函釋非法律授權之命令，不能增加法律對人民權利所無之限制。大法官會議第 137、216 號解釋亦指出法官審判案件時不受各機關就有關法規依職掌為釋示之行政命令之拘束，從而本件審理法院並不受內政部上開 87 年函釋之拘束。
- (7) 綜上所述，被告製造、持有上開槍枝既係基於其文化傳統所形成之生活習慣，而欲從事狩獵山豬、飛鼠及魚類，供己或家人食用，上開槍枝即屬「供其生活所用」之工具，自合於槍砲條例第 20 條第 1 項規定，不適用有關刑罰處罰之規定，自應諭知被告無罪。

3. 臺灣高等法院高雄分院 100 年度上訴字第 210 號判決

臺灣屏東地方法院 99 年度重訴字第 11 號判決就起訴書所載起訴事實①、⑤判決有罪，起訴事實②、③、④判決無罪後，經檢察官僅就無罪部分上訴（有罪部分因被告未上訴而確定）繫屬於臺灣高等法院高雄分院，該院以 100 年度上訴字第 210 號判決駁回全部上訴，亦即維持原審判決就此部分諭知無罪之結論。

據該判決記載，檢察官上訴意旨指摘原審判決之處略為：被告某甲於偵查中均供稱平日從事鐵板建築等工作，原審僅以被告持有漁民手冊即認定其辯稱係以供作生活工具目的製造各該槍械，尚非無疑。且持有漁民手冊之目的多端，對照被告上揭自白，尚無法逕行推論其持有系爭槍械係供其日常生活所必須。

就檢察官之上訴意旨，臺灣高等法院高雄分院 100 年度上訴字第 210 號判決用以駁回上訴之事實與法律見解則為：

- (1) 被告於本件警詢中已供稱製造本件槍械係供其狩獵或漁獵使用。
- (2) 本件司法警察聲請搜索票時之查證報告載有「經查某甲目前閒賦在家中，經常與友人攜帶獵槍共同上山狩獵，其經濟來源可疑。」顯示被告確有攜帶獵槍上山狩獵之行為。本件檢舉筆錄中亦有被告實施狩獵之陳述。
- (3) 被告除為原住民外，亦具漁民身份，領有船員手冊，顯具捕魚技能，以自製漁槍獵魚亦符情理。
- (4) 卷附被告戶籍地村辦公處證明書顯示被告閒暇之餘會遵照傳統習俗狩獵、採集自用。起訴書所載犯罪事實⑤亦足證被告有從事狩獵之生活習慣。

4. 最高法院 101 年度臺上字第 1563 號判決

前述臺灣高等法院高雄分院 100 年度上訴字第 210 號判決駁回檢察官上訴後，二審檢察官就起訴書所載事實②、③被告涉嫌槍砲條例第 8 條第 1 項部分上訴第三審（至於所載事實④製造魚槍部分因法定刑較輕依法不得上訴第三審而確定），最高法院以 101 年度臺上字第 1563 判決將原審即上開臺灣高等法院高雄分院判決撤銷並予發回更審。本號判決對於之前第一審、第二審無罪見解提出法律層面之質疑，有必要對其理由詳加介紹：

- (1) 原審判決似認槍砲條例第 20 條之原住民自製獵槍，屬於槍砲條例第 4 條第 1 項第 1 款之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」，而自製獵槍供作生活工具之用者，為「依傳統方式製造之簡易獵槍」，而非所有原住民自製之獵槍，均屬該條例第 20 條所指原住民自製獵槍；又認槍砲條例第 20 條第 1 項就自製獵槍未為任何形式上限制，亦未授權中央主管機關對原住民自製獵槍之槍枝功能為限制管理，似又認原住民自製獵槍不限於「簡易自製之獵槍」，包括制式獵槍以外之其他所有自製獵槍，所為論述前後矛盾，有再加審酌、釐清之必要。
- (2) 依槍砲條例第 20 條第 1 項修正理由，該項所稱「原住民製造、運輸或持有而供作生活工具之用之自製獵槍」應解為「原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以『傳統方式』所製造、運輸或持有之『自製簡易獵槍』」始與立法本旨相契合。蓋原住民傳統自製之獵槍，一般而言，結構簡單、性能較差、威力不大，僅配合其生活領域，專供狩獵及文化活動之用，且其自製方式及使用範圍行之已久，已具有生活文化價值，為尊重其傳統生活及自治精神，縱未依法登記，其製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，既作為生活工具之用，僅以行政罰為已足，自無科以刑事處罰之必要。惟若與原住民之生活無關，而非供為生活上所需要之工具，甚且持供非法用途者，自無該條之適用，仍應適用該條例有關刑罰之規定論罪科刑。本件扣案土造長槍 2 支經鑑定其發射方式係利用擊發填裝於槍管彈室處之口徑 0.27 吋建築工業用彈所產生之高壓氣體推送出由槍口處填塞之鋼珠或金屬發射物，內政部 99 年 8 月 24 日內授警字第 0990871678 號函援引 87 年 6 月 2 日在臺(87)內警字第 8770116 號函釋認為前揭土造長槍 2 支並非原住民自製獵槍，上開原住民自製獵槍函釋有無事實根據，是否基於專業意見對原住民自製獵槍之客觀具體解釋，又以口徑 0.27 吋建築工業用彈作為發射動力，是否屬原住民傳統自製簡易獵槍之方式，有進一步調查、審酌之必要。

5. 臺灣高等法院高雄分院 101 年度上更（一）字第 34 號判決

本案經最高法院以上開判決撤銷原判發回更審後，由臺灣高等法院高雄分院以 101 年度上更（一）字第 34 號加以審理。該判決將臺灣屏東地方法院 99 年度重訴字第 11 號判決關於起訴事實②、③部分諭知無罪部分撤銷，改以槍砲條例第 8 條第 1 項未經許可製造槍枝罪處以有期徒刑 2 年 8 月、併科罰金 10 萬元、扣案土造長槍 2 枝、砂輪機及電焊機各 1 臺均沒收。其理由略為：

- (1) 本件扣案土造長槍為被告製造之事實，業據被告某甲供承不諱，並有扣案土造長槍 2 枝可佐。該 2 枝扣案土造長槍之發射方式，係利用擊發填裝於槍管彈室處之口徑

0.27 吋建築工業用彈，所產生之高壓氣體推送出由槍口處填塞之鋼珠或金屬發射物，且無法填裝同案送鑑之口徑 12GAUGE 制式霰彈使用，亦有內政部警政署刑事警察局鑑定函在卷可稽。此部分事實堪以認定。

- (2) 內政部 87 年 6 月 2 日在臺(87)內警字第 8770116 號函釋係內政部於 87 年 4 月 13 日邀集相關單位討論所得之結果，嗣並依立法院修正槍砲條例第 20 條附帶決議，沿用其原住民自製獵槍定義，於 100 年 2 月 11 日以臺內警字第 1000870215 號令公告，復於 100 年 11 月 7 日明訂在管理辦法第 2 條第 3 款，其定義自 87 年函釋起即未再變更，則內政部關於自製獵槍之定義，顯係與政府各相關單位廣泛討論而得之專業意見，非僅內政部單一之見解，自堪採為實務上判斷自製獵槍之標準。本件扣案土造長槍 2 枝，係擊發口徑 0.27 吋建築工業用彈作為發射動力，已非上開函釋之原住民自製獵槍。被告雖為原住民，惟其製造之土造長槍 2 枝既非槍砲條例第 20 條第 1 項所稱自製獵槍，則無論是否為其生活所需，均無該免除刑罰規定之適用。
- (3) 被告行為後，槍砲條例雖增訂第 8 條第 6 項規定，惟該規定係關於空氣槍部分，本件並無適用。又被告昧於法令，非法製造具殺傷力之槍枝，固有不當，惟其本意僅在依其傳統生活習俗，充為打獵供家人或友人食用，並非用以供犯罪或擁槍自重，如處以最輕本刑之有期徒刑 5 年，仍屬過重，爰依刑法第 59 條規定減輕其刑。

6. 最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決

在臺灣高等法院高雄分院作成 101 年度上更(一)字第 34 號判決後，被告向最高法院上訴，即為 102 年度臺上字第 5093 號案件。最高法院在判決中撤銷原判決，並自為無罪判決。其理由略為：

- (1) 憲法第 10 條第 11 項及原住民族基本法第 10 條、第 30 條、第 19 條之規定，屬於其基本權利。槍砲條例第 20 條第 1 項即在尊重原住民族此一權利下，逐步將原住民為供作生活工具之用而製造或持有自製獵槍之行為，從刑事罰改為行政罰，以資因應。
- (2) 此所謂「自製之獵槍」係指原住民為供作生活工具之用，而自行製造槍砲條例第 4 條具有獵槍性能之可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝而言，所自製之獵槍裝填火藥或子彈之方式，法律既未設有限制，無論「前膛槍」或「後膛槍」均應包括在內。
- (3) 基於維護原住民傳統習俗文化及發展之考量，本條項「供作生活工具之用」之解釋，自應因應生活型態之改變而放寬，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限，然如溢出此範圍而使用自製獵槍，自不在此限。
- (4) 從而，內政部臺(87)內警字第 8770116 號函釋及管理辦法第 2 條第 3 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。
- (5) 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」，為槍砲條例第 20 條第 1 項規定之「隱藏性」要件，此乃法律條文與法規體系之當

然解釋²。

- (6) 依原判決所確認之事實，上訴人即被告某甲所製造之扣案土造長槍 2 枝，既基於其傳統生活習俗，充為打獵之用，所為即與槍砲條例第 20 條第 1 項規定相符，其行為應屬不罰。

(二) 前揭實務見解對於自製獵槍定義之啟示

1. 「自製獵槍」概念並未因而更加明確

前述一系列起訴書及判決書中要處理的問題其實相當明確，亦即被告某甲持有殺傷力的土造長槍是不是槍砲條例第 20 條第 1 項的「自製獵槍」，如果是的話，依法即無刑罰規定的適用，如果不是，就會如檢察官在起訴書所主張適用槍砲條例第 8 條第 1 項予以處罰。

然而自製獵槍概念顯然並不容易定義。稍後在本文「三」與「四」當中，我們可以看得立法者在槍砲條例的制訂與修正過程中原住民持有槍枝一事尋求解決的嘗試。但這一系列的判決來看，司法實務顯然無法只以「自製獵槍」的字面意思作為判斷的標準。即以最高法院 101 年度臺上字第 1563 號判決為例，就援引了槍砲條例第 20 條第 1 項修正理由並予以引申，認為：該項所稱「原住民製造、運輸或持有而供作生活工具之用之自製獵槍」應解為「原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以『傳統方式』所製造、運輸或持有之『自製簡易獵槍』」始與立法本旨相契合。問題是槍砲條例第 20 條第 1 項的修正理由中，固然有「傳統文化」一語，卻不曾出現過「傳統方式」四字。而最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決就沒有採用「傳統方式」作為輔助的標準，只是如果進一步觀察該判決對於自製獵槍的製作方式也沒有更具體的說明，只提到：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。事實上，最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決就自製獵槍的判斷標準僅為「管理辦法之自製獵槍定義增加法律所無限制，法院不受拘束」、「供作生活工具之用，解釋上只須與傳統習俗文化目的有關即可」二個，前者其實不應被稱為是「標準」，因為它只是排除了管理辦法的適用，至於後者，既然狩獵本身就是原住民傳統文化的一環，後面這個標準大概只能導出除非行為人持有槍枝之動機與狩獵完全無關的時候將適用槍砲條例的處罰規定。回頭看看槍砲條例第 20 條第 1 項，就知道「供作生活工具之用」與「自製獵槍」原本就是兩個不同的要件，回答了「何謂供作生活工具之用」的問題，其實並沒有回答「什麼是自製獵槍」的問題。因此最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決並沒有讓「自製獵槍」的定義更具操作性，只是排除了原本對於「傳統方式製作」的定義而已。

² 事實上這樣的見解在臺灣新竹地方法院 94 年度訴字第 861 號判決即已出現，且其說理更為詳細，頗值參考：（1）槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一、二項雖僅係規定原住民為供作生活工具之用，製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏「自製之獵槍」，不適用本條例有關刑罰之規定，而未明示是否包括該「自製之獵槍」所用之子彈在內。然觀諸上述立法意旨，既然允許原住民為供作生活工具之用，得製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏「自製之獵槍」，而該「自製之獵槍」，又係指槍砲彈藥刀械管制條例第四條第一項第一款所指之其他可發射金屬或「子彈」具有殺傷力之「土造獵槍」，則舉重以明輕，顯然該條例第二十條第一、二項規定原住民為供作生活工具之用，製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏「自製之獵槍」，應即包括該「自製之獵槍」所適用之「子彈」，故該「自製之獵槍」所適用之「子彈」應即為該條項規定之「隱藏性」要件，否則該條項規定所欲達成之立法意旨即無從實現。（2）再者，觀諸內政部依槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第三項規定授權所訂定發布之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第二十條準用自衛槍枝管理條例第二條第一項第二款、第二項之規定，亦明白載明所準用之自衛乙種槍類各式獵槍，包括彈類，此亦足以佐證槍、彈併存始具意義，蓋空有槍枝，而無子彈，該槍枝即形同不具槍枝之功能。（3）綜上，無論依立法理由、立法目的、文義解釋（隱藏性構成要件），槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一、二項規範所指原住民「自製之獵槍」之範圍應即包括該「自製之獵槍」所適用之「子彈」。

筆者在前面的篇幅中曾經提到，在最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決作成之前，已有不少法院判決表明拒絕適用管理辦法與內政部關於自製獵槍定義函釋，與這些判決相比，最高法院這一則的判決內容其實相對地少且保守。作為終審司法機關，在對於特定問題自為判決時，這樣的作法是可以理解的，因為自為判決固然是最高法院的表態方式，然而即以我國而言，最高法院仍有數個刑事庭，其它刑事庭是否也採取與該判決一致的見解，尚待確認，所以此則判決的內容，似乎隱含以待來者之意。然而就該則判決前即作成的各法院判決而言，最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決應該有總結相關判決結論的功能。因此在與此則最高法院判決不相抵觸的前提下，在此之前作成的拒絕適用管理辦法與內政部關於自製獵槍定義函的判決中所論述的理由，當可作為補充此則判決之用。

但這些判決中在摒除管理辦法或內政部函釋後，對於自製獵槍的定義也非完全一致。舉例而言，臺灣新竹地方法院 94 年度訴字第 861 號判決對於自製獵槍的結構仍然有所要求，認為「至所謂『土造獵槍』（包括『土造霰彈槍』），則係指該槍非原始具有槍枝之型體或某部分功能，持有者以其原具之條件加以修飾、更改其『物性』、『功能』之土造長槍且因涉及製造人的技術及製造工具之不同，而有不同之製造過程，其細部構造大可分為擊發機構之木質槍身（含扳機、擊錘、撞針）及槍管」然而這樣的見解屬於這類判決中的少數看法，多數看法以臺灣花蓮地方法院 100 年度訴字第 244 號判決為例，認為「槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項所謂：『原住民製造、運輸或持有而供作生活工具之用之自製獵槍』自應解釋為：『原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍』，故原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中所從事之狩獵活動為目的，而以傳統方法製造或持有簡易獵槍，即應有前揭規定之適用，不以恃狩獵為生或以狩獵為其生活主要內容者為限，始與立法本旨相契合。」有趣的是最高法院 101 年度臺上字第 1563 號判決與 102 年度臺上字第 5093 號判決當中都看得到與筆者在此引用的臺灣花蓮地方法院 100 年度第 244 號判決內容相似的文字，無論如何，舉出這段例子是想說明最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決雖然是罕見地自為判決，但對於自製獵槍的定義，可能只是「求同存異」，並沒有想要一言而決之意。筆者認為，拒絕適用管理辦法及內政部函釋的結果，雖然讓規範體系合於法律保留的原則，但其實並沒有讓自製獵槍的概念更加明確。

2. 功能取向的「自製獵槍」定義無法由管理辦法加以補充

最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決以及該系列判決中的臺灣屏東地方法院 99 年度重訴字第 11 號判決，均不採內政部臺（87）內警字第 8770116 號函釋對自製獵槍定義，前者並且將文字上幾乎全盤移植該函釋自製獵槍定義的管理辦法第 2 條第 3 款一併認定為不拘束法院。而臺灣屏東地方法院 99 年度重訴字第 11 號判決之所以沒有在判決中探討管理辦法中的自製獵槍定義是否須予援用的原因，應是在 99 年 11 月 17 日判決時，管理辦法尚未出現對於自製獵槍之定義，管理辦法是在 100 年 11 月 7 日修正時，才納入第 2 條第 3 款的自製獵槍定義。

固然管理辦法第 1 條即以「本辦法依槍砲條例第 6 條之 1 第 1 項及第 20 條第 3 項規定訂定之。」而槍砲條例第 6 條之 1 第 1 項與第 20 條第 3 項則分別規定「第五條及第六條所定槍砲、彈藥、刀械之許可申請、條件、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。」「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。」但是關於自製獵槍的定義為何，管理辦法是否因為第 1 條的文字，就取得授權基礎？

細究起來，最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決與臺灣屏東地方法院 99 年度重訴字第 11 號判決的態度還是不太一樣。臺灣屏東地方法院 99 年度重訴字第 11 號判決認為「槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定就『自製之獵槍』並未為任何形式上之限制，行政機關本不得以命令或他法限制之。同條例第 20 條第 3 項雖規定就原住民製造獵槍之許可申請、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，然此係指行政許可之範疇，並非授權中央主管機關得對原住民製造『自製之獵槍』之槍枝功能為限制管理。」最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決則認為「從而，中央主管機關上開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。」也就是說，前者認為槍砲條例第 20 條第 3 項根本沒有授權行政機關對於自製獵槍功能予以限制，後者似乎是認為管理辦法第 2 條第 3 款的規定內容因為逾越槍砲條例第 20 條第 3 項的授權，因而具體指明管理辦法當中的特定要件不予適用。

只不過就目前實際的法令規範狀態來看，本文認為無論採取前述二則判決哪一種看法，都不會讓管理辦法第 2 條第 3 款在未來的刑事程序的實務運作過程受到青睞：臺灣屏東地方法院的判決說槍砲條例沒有授權行政機關限制自製獵槍的功能，最高法院的判決說行政機關對自製獵槍的功能予以規定增加法律所無的限制。但槍砲條例第 20 條既然對於自製獵槍根本沒有功能方面的定義，形同行政機關一旦對功能予以限制就會逾越授權，已如前述。從而，若是要從結構、性能等功能取向的判斷標準對自製獵槍加以定義，以最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決表示的見解為基礎，在法制結構上顯然已經無從由管理辦法予以補充。本文認為，當我們更進一步看，管理辦法因為是行政命令不符法律保留原則的要求，導致其中自製獵槍的功能定義對法院並無拘束力，既然最高法院認為管理辦法裡的自製獵槍定義因此不拘束法院，在未回應法律保留原則的要求之前，行政機關繼續朝結構、性能這個方向修正，仍然還是不拘束法院。

雖然法院認為行政機關的函釋、辦法不拘束法院，筆者卻認為這並不代表法院已經完全放棄自行以結構或性能作為定義自製獵槍的參考標準，因為之前確有法院曾經以判決對於自製獵槍的定義指出可能的方向是以「殺傷力」為標準。例如臺灣宜蘭地方法院 97 年度訴字第 160 號判決認為「立法者係以自製獵槍與制式獵槍作比較，認為自製獵槍之殺傷力既然遠不及於制式獵槍，在考量原住民族狩獵、祭祀文化中均有使用槍枝之傳統，予以減輕或免除刑事責任，進而於 90 年 11 月 14 日修法予以除罪化，依此，應認凡供原住民生活使用，而非屬制式或固定兵工廠生產之簡易自製槍枝即有槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條之適用始合法意。惟內政部上開函釋係以土造獵槍與自製獵槍作比較，實難知其比較之基礎何在。縱使警政單位認仍有管制原住民持槍之必要，而需在槍砲彈藥刀械管制條例第 4 條第 1 項第 1 款所稱「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」之概括規定下定義自製獵槍，並與土造獵槍有所區別，則考量之因素亦應以殺傷力之角度出發，上開函釋不謀此途，反著重在槍枝之外觀（口徑）、擊發方式、動力來源等，顯有背於前揭修法旨趣，增加槍砲彈藥刀械管制條例所無之限制。」不過這段文字中雖然指出殺傷力或許可以作為區別「自製獵槍」與「土造獵槍」的標準，卻未明言倘若警政單位確以殺傷力作為自製獵槍的定義標準時，法院究竟會以違反法律保留原則拒絕適用，或是援用該定義標準推出法院自己的標準作為不成文構成要件。筆者在標題中認為功能取向的自製獵槍定義無法由管理

辦法加以補充，想要提醒讀者的是，司法機關並非全無可能在未來自行發展出功能取向的自製獵槍定義，比方說只須在自製獵槍殺傷力的客觀數字增添一個上限門檻即可。只是單以最高法院 102 年臺上字第 5093 號判決來看，還看不到有此跡象。

然而當我們回過頭來觀察 103 年 6 月 10 日內政部臺內警字第 10308714563 號令修正發布的管理辦法第 2 條第 3 款，便會發現修正條文還是繼續朝自製獵槍結構、性能這個方向修正。之所以會如此的原因，或許是因為民意針對近年常見的「喜得釘獵槍」因與管理辦法規定不符，導致持有該種獵槍的原住民屢屢遭到刑事追訴審判，在上開一系列判決確定之前，便已對於管理辦法第 2 條第 3 款的規定早有要求修改的呼聲所致³。比較修正前後的内容，可以看出此次修正發布的管理辦法第 2 條第 3 款，最主要的變化是增加了「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」之「喜得釘獵槍」條款，至於其他的修正也仍舊走不出自製獵槍的結構、性能層面，可以明顯察覺到修正內容並未體會到最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決的基本精神。

三、 槍砲條例及管理辦法就自製獵槍規範之修法歷程

（一）槍砲條例對自製獵槍規範的增修

槍砲條例完成立法制定公布的時間是 72 年 6 月 27 日，行政院於同年 2 月 22 日提請立法院審議的草案中，並沒有出現與原住民有關的規範⁴。同年 4 月 2 日開始的委員會審查程序中，與會的立法委員林通宏屢次對於原住民持有獵槍的問題提出質詢，建議將「獵槍」及「魚槍」從條例中刪除⁵，當時列席接受質詢的內政部長林洋港表示，獵槍與魚槍均屬於自衛槍枝管理條例中的乙類槍枝，對於原住民持有獵槍及魚槍的登記會從寬處理，但「為防平地同胞鑽法律漏洞」因而「不得不將之列入」⁶。當時的討論中固有多位立法委員指出獵槍、魚槍定義不明的問題，然而此次制定的槍砲條例顯然沒有處理這個問題。隨後在同年 5 月 6 日的二讀逐條討論中，立法委員華愛建議增訂第 14 條：「山胞生活所需械彈，其管理辦法由內政部另定之。」⁷經討論後成為第 14 條：「獵槍、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。」⁸但是該條要求中央主管機關訂定的管理辦法，竟然在槍砲條例施行了十二年之後還是沒訂出來，也造就了 85 年 9 月 25 日修正公布槍砲條例中對第 14 條：「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，由中央主管機關於本條例修正公布後六個月內定之。」的修正⁹，內政部因而在 86 年 3 月 24 日發布「生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦

³ 參閱「原民自製獵槍規範東縣議員促修法 20131107」<https://www.youtube.com/watch?v=DK7B0HqHfj4>（最後到訪日期：103 年 6 月 22 日）

⁴ 參閱立法院第一屆第七十一會期第四次會議議案關係文書第 57-63 頁。

⁵ 參閱立法院公報第 72 卷第 45 期第 122 頁，第 72 卷第 52 期第 165 頁、第 170 頁，第 72 卷第 37 期第 21-22 頁、第 26-27 頁立法委員林通宏發言。

⁶ 參閱立法院公報第 72 卷第 45 期第 124 頁內政部長林洋港發言。又，立法院公報第 72 卷第 52 期第 170 頁警政署副署長張周天發言亦以自衛槍枝管理條例並未限制原住民持有獵槍、魚槍，與當時槍砲條例草案並不衝突。此外，立法院公報第 72 卷第 37 期第 25 頁立法委員郭榮宗另以若不管制原住民獵槍則與「現行禁止狩獵的規定相違」為由持反對管制獵槍的立場。

⁷ 參閱立法院公報第 72 卷第 37 期第 10 頁，第 72 卷第 40 期第 25-26 頁立法委員華愛發言。

⁸ 參閱立法院公報第 72 卷第 45 期第 21 頁、第 24 頁，第 72 卷第 46 期第 8 頁。

⁹ 參閱立法院公報第 85 卷第 35 期第 395 頁立法委員謝啟大發言：「另外，本署要提醒警政署，原條文第十四條規定中央主管機關應針對獵槍、魚槍專供生活習慣特殊國民生活工具之管理辦法，但此法已施行十二年卻尚未訂定本條文管理辦法。」。

法」(91年10月30日廢止)，只是該辦法第3條第2項對於獵槍、魚槍、刀械的定義，仍為「所稱獵槍、魚槍、刀械，指本條例第四條所列獵槍、魚槍、刀械，且專供生活習慣特殊國民漁獵、祭典等生活工具。」並無進一步的具體解釋，惟依此次槍砲條例第14條的修正理由，特別要求該管理辦法應適用任何國民而非指某類特殊族群¹⁰。86年11月24日修正公布的槍砲條例固然是出於政府認為槍枝泛濫欲提高或增列刑罰規定，但就原住民持有獵槍在第20條第1項訂定得減輕或免除其刑規定，根據當時法務部長廖正豪提出之報告，認為「基於原住民所自製之獵槍，係屬傳統習慣專供獵捕維生之生活工具，且其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，為恐原住民偶一不慎，即蹈法以第八條相加，實嫌過苛，爰增訂得減輕或免除其刑規定，並得排除本條例強制工作之適用。¹¹」其中雖提及原住民自製獵槍之結構、性能及殺傷力均遠不及制式獵槍，但是並沒有對自製獵槍結構、性能及殺傷力究竟如何有進一步說明。

在槍砲條例於86年11月24日修正公布第20條後，一般對於該條的詮釋是，如果原住民持有自製獵槍業經主管機關許可，本來就不能對此種行為施以刑罰，至於未經許可者，方有該條減免其刑之規定。至90年11月14日槍砲條例修正時，則進一步將原住民未經許可供作生活工具之用之自製獵槍除罪化，僅處以二萬元以下罰鍰，其立法理由為「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，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。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。」實際上此次修正由立法委員瓦歷斯·貝林、蔡中涵等32人擬具之修正案條文對照表中的說明對該條的修正有著更明確的看法：「刪除『減輕或免除其刑』幾字，給予除罪化，並將原條文第二十三條移置於本條文第三項。理由如下：一、因為既然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三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。¹²」雖然此一說明並未成為最終的立法理由，但值得省思的是，依據90年11月14日修正公布後的槍砲條例，經許可的自製獵槍本非槍砲條例能加以處罰，未經許可的自製獵槍也因槍砲條例第20條的除罪化不得賦予刑罰，則管理辦法對槍砲條例中並未定義的自製獵槍從事結構、功能上的限制，確實可能造成自製獵槍因不符管理辦法而被認為「非自製獵槍」導致須加刑罰的結果。

至於槍砲條例在90年11月14日後的增修，對於自製獵槍規範尚無根本性之影響，於此從略。

（二）管理辦法對自製獵槍規範的增修

管理辦法於91年10月2日經內政部發布施行後至今，經過五次修正。雖說其法源依據依管理辦法第1條規定，是槍砲條例第6條之1第1項及第20條第3項，然而管理辦法一開始並沒有對於自製獵槍的定義規定。直到100年11月7日才在第2條第3款中規定：「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

¹⁰ 參閱立法院公報第85卷第40期第294頁。

¹¹ 參閱立法院公報第86卷第43期第226-227頁法務部長廖正豪發言。

¹² 參閱立法院議案關係文書院總第1187號、委員提案第3039號，第37頁。

徑之固體物如玻璃片、彈丸等，供發射之用。」若與內政部 87 年 6 月 2 日在臺（87）內警字第 8770116 號函釋：「『自製獵槍』：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。」相互比對，可知二者文字幾乎相同，前者顯然是由後者而來。而管理辦法在今年 6 月 10 日修正時，則是將第 2 條第 3 款修改為：「三、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。」此次最顯著的修正，是將俗稱「喜得釘」式獵槍納入自製獵槍範圍內，亦即「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」之槍枝。據內政部此次修正前在 103 年 5 月 20 日之修正草案總說明，乃是「考量原住民自製獵槍，乃為從事狩獵、祭典、文化及技藝傳承之傳統本質，供作生活所用之工具，增訂自製獵槍使用打擊打釘槍用邊緣底火空包彈相關規範。」只是，最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決已在 102 年 12 月 17 日作成，並認定管理辦法第 2 條第 3 款對自製獵槍定義是「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」，為何 103 年 6 月 10 日修正公布之管理辦法對此並無回應，令人不得其解。

（三）槍砲條例及管理辦法之憲法基礎及啟示

立法委員瓦歷斯·貝林、蔡中涵等 32 人擬具之修正案促成了槍砲條例在 90 年 11 月 14 日的修正，也呼應了憲法增修條文於 89 年 4 月 25 日對第 10 條第 11 項與第 12 項的修正：「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，其辦法另以法律定之。」有學者認為，槍砲條例的修正，是在「落實保障原住民原有生活及文化習慣之立法政策，而明文宣示尊重原住民傳統生活及文化習慣之原則，而允許原住民為供作生活工具之用，得製造、運輸或持有自製之獵槍。而所謂的『允許』原住民製造、運輸或持有獵槍的行為，即表現於修法後完全改以行政方式管理與行政罰，授權中央主管機關訂定管理辦法以規範許可事項。自此之後，縱使原住民未經許可而製造、運輸、持有自製之獵槍，亦僅僅課以行政罰鍰，而不再將之視為一種犯罪行為。¹³」雖然也有論者認為「本條例立法目的，向以維護社會治安及遏阻槍械犯罪為制定宗旨，歷年迭次修正加重刑度，亦不斷強調槍械如何嚴重危害社會秩序與國家安全，並以重於殺人罪之嚴刑峻法而行諸於法，當政府一方面強調必須嚴格管制槍械，嚇令人民遠棄槍砲共維治安，卻另一方面開放槍械供部分人民持用，並視為部分國人之生活工具，同一部法律規定，竟然併立兩極化思維與政策，實在令人不解其惑。¹⁴」然而作

¹³ 參閱王皇玉，原住民持有槍械問題研究，臺灣原住民族研究季刊第 5 卷第 1 期，2012 年春季號，第 10 頁。

¹⁴ 參閱馮強生，槍砲彈藥刀械管制條例之研究，私立中國文化大學法律學研究所碩士論文，民國 92 年 6 月，109-110 頁。

為憲法中對原住民基本國策之誠命，立法者修訂槍砲條例將原住民製造、運輸或持有自製獵槍的行為加以除罪化，其實質意義仍在保障原住民合於人性尊嚴的生活方式，並未違反平等原則。

當我們進一步觀察槍砲條例第 20 條第 1 項時，會發現該項前段先規定將原住民未經許可而製造、運輸及持有自製獵槍之行為處以罰鍰，再於後段規定這些行為不適用槍砲條例的刑罰規定。接著槍砲條例第 20 條第 3 項才規定許可申請、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。既然槍砲條例第 20 條第 3 項規定的是「應遵行事項」，所指的應該是與第 20 條第 1 項前段的許可及行政管理有關的事項，而非該項後段的除罪化規定。這是因為依據罪刑法定原則，特定的行為必然是在滿足了刑罰規定的要件後，才會被認定為犯罪行為，而槍砲條例第 20 條從來就不是一個含有刑罰構成要件的條文，最多只能說是個排除刑罰規定適用的條文；而且依據刑事訴訟法第 1 條第 1 項規定，特定行為是否成罪的認定過程專屬於司法機關而非中央主管機關，授權給中央主管機關訂定管理辦法並不表示中央主管機關對自製獵槍的定義可以拘束司法機關。從管理辦法於 91 年 10 月 2 日公布施行時並沒有規定自製獵槍的定義，直到 100 年 11 月 7 日修正公布施行時才加以規範，但管理辦法第 1 條援引的法源即槍砲條例第 6 條之 1 與第 20 條早已在 93 年 6 月 2 日便已修正完畢，便可推測或許連中央主管機關原本都不認為對自製獵槍加以定義是其權限。

在最高法院作成 102 年度臺上字第 5093 號判決後，臺灣高等法院花蓮分院作成的 103 年度上訴字第 91 號判決，對於筆者前述論點有更為完整的論述，頗具參考價值：「槍砲彈藥刀械管制條例於 90 年 11 月 14 日時，將第 20 條第 1 項修正為『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，處新臺幣二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。』將原住民製造、持有自製之獵槍，供作生活工具之用者予以除罪。惟仍未就何謂『自製之獵槍』予以定義。內政部則於 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』，復於 91 年 10 月 30 日以台內警字第 0910076566 號令廢止『生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法』，顯以『槍砲彈藥刀械許可及管理辦法』取代『生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法』。而依前開發布之『槍砲彈藥刀械許可及管理辦法』第 2 條，雖就『原住民』、『漁民』為定義，另於第 15 條第 1 項規定：『原住民因狩獵、祭典等生活需要，得申請製造、運輸或持有自製之獵槍。』並於第 16 條至第 19 條明定申請程序、持有自製獵槍數量、給價收購程序、原住民相互間販賣、轉讓、出租、出借之申請程序，卻漏未定義何謂『自製之獵槍』。則『生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法』既已廢止，前開內政部（87）台內警字第 8770116 號函，係就原住民如何依『生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法』認定『自製獵槍』所為之函釋，此函文在『生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法』廢止後，是否仍能繼續適用，即不無疑問。又『槍砲彈藥刀械許可及管理辦法』雖經內政部於 93 年 11 月 30 日、94 年 4 月 22 日、98 年 11 月 23 日 3 次修正，仍未注意此問題，就『自製之獵槍』予以定義，以致此段時間並無中央主管機關之法規命令或函釋可資參酌。」、「迄『槍砲彈藥刀械許可及管理辦法』於 100 年 11 月 7 日修正時，始在第 2 條第 3 款定義『自製獵槍』為『指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之報備地點製造完成；其結構、性能須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，將填充物射出。其填充物，指可填充於自製獵槍槍管內，遠小於槍管內徑之固體物如玻璃片、彈丸等，供發射之用。』其文字

與前開內政部（87）台內警字第 8770116 號、100 年 2 月 11 日台內警字第 1000870215 號函釋僅文字略異，內容則幾乎相同，猶未提出任何理由敘明前開認定標準之根據。從而內政部在提出認定標準之過程，容有遲未制定辦法、相關管理辦法就獵槍之定義，文字邏輯矛盾，（87）台內警字第 8770116 號在制定『槍砲彈藥刀械許可及管理辦法』後已失其法源依據，仍未發現此問題，迄於 100 年間始再次函釋並在槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款加以定義，且均因襲先前函釋之標準，前開標準是否妥適，而得拘束本院，即容有疑義。」「嗣因原住民立法委員之奔走，內政部終於 103 年 6 月 10 日再次修正槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款，將自製獵槍之定義修正為『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。』，將『原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具』，修正為『原住民為傳統習俗文化』；將『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』，修正為『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』，放寬『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』之後膛槍，亦屬自製獵槍，不再限於前膛槍，惟對於所使用打釘槍之口徑，及槍身總長仍有所限制。內政部之觀點相對於以下最高法院之見解，仍然過於狹隘，與尊重原住民傳統生活習慣之特殊性之立法目的間之關連性未明，定義上過於僵化，恐仍無法解決所有相關類似案例之爭議。」

四、從管理辦法之修正看自製獵槍定義規範的未來

如果觀察前面的實務判決與法令規定，可以發現對於「獵槍」的定義，若是僅採取文義解釋，將所有足供狩獵之用的槍枝都納入的話，那麼「獵槍」與「槍枝」將不再有意義上的明顯差別。然而司法實務上對於「獵槍」即使沒有完整定義，我們仍然能從部分實務見解中得知何種槍枝被認為是「獵槍」。簡言之，我國的司法實務固然沒有明確說明「獵槍是什麼」，卻曾經說明過「什麼是（屬於）獵槍」，例如「霰彈槍」即屬獵槍之一種。在民國八十年代中後期，最高法院及臺灣高等法院曾經有數則判決表示「霰彈槍屬於獵槍」的見解¹⁵。

倘若參考維基百科對於「霰彈槍」條目所作的說明，也會發現霰彈槍的舊稱即為獵槍。該條目的說明內容是這樣的：「霰彈槍或散彈槍，是指無膛線（滑膛）並以發射霰彈為主的槍械，一般外形和大小與半自動步槍相似，但明顯分別是有較大口徑和粗大的槍管，部分型號無準星或標尺，口徑一般達到 18.2 毫米。霰彈槍舊稱為獵槍或滑膛槍。一般最常見的霰彈槍，可分為狩獵、競技、軍事及維持治安用途。本槍型具有口徑很大但初速較低的特性。槍口動能與狙擊步槍相仿，但因為初速低而不突出貫穿和遠射效果，而很易把能量都釋放在近距離的目標上。在近距離的殺

¹⁵ 參閱李雨蒼，槍砲彈藥刀械管制條例立法及實務之研究，國防管理學院法律研究所碩士論文，2001 年，第 94 頁。曾列出之實務見解，如最高法院 87 年度臺非字第 142 號判決、臺灣高等法院高雄分院 85 年度上訴字第 1192 號判決、臺灣高等法院 87 年度上訴字第 369 號判決、臺灣高等法院 87 年度上訴字第 63 號判決、臺灣高等法院 87 年度上訴字第 3868 號判決。

傷力極大，也適合射擊飛快的目標，但在對遠距離或被防護良好的目標無效。¹⁶」霰彈槍正是在結構或性能上具備一定的特徵，適合作為狩獵之用，才被稱之為獵槍。那麼我們能把管理辦法對於自製獵槍的定義，解為「自製霰彈槍」嗎？司法實務上臺灣高等法院 95 年度上訴字第 4633 號判決曾經肯定自製霰彈槍為自製獵槍，不適用槍砲條例中的刑罰規定。然而目前看來管理辦法中的自製獵槍定義似乎無法被解為自製霰彈槍，原因是因為 103 年 6 月 10 日修正公布之管理辦法第 2 條第 3 款，仍然將最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決認定不受拘束的自製獵槍定義原封不動地保留下來，而這個定義中記載的發射動力、填充物等具體細節都與一般霰彈槍的結構與性能仍然有所不同。

固然此次管理辦法中最顯著的修正，是將俗稱「喜得釘」式獵槍納入自製獵槍範圍內，然而原本管理辦法中自製獵槍定義並未消失，也就是說，在規範結構方面，喜得釘式獵槍在這次的修正中是被「嵌入」的，這樣的嵌入式設計並不會導致原本那個被最高法院 102 年度臺上字第 5093 號摒棄不用的自製獵槍定義消失，精確地說，該定義仍然是管理辦法中自製獵槍定義的主要部分。管理辦法新修正的自製獵槍定義，既然是以一個已經存在很久的定義為主體，再加上一個新增的嵌入式定義，那麼，新、舊定義之間，在邏輯上有「原則—例外」式的包含關係嗎？看起來也沒有，因為在喜得釘式獵槍被增訂的過程中，是在「發射動力」的範疇中一種獨立於既有定義以外的發射動力型式。因此，或許我們可以預想得到的是，未來若是實際上出現行政機關認為可納為自製獵槍範圍的獵槍型式，都有可能像是此次修正時加入的喜得釘式獵槍一樣地被直接加入。

問題是，這麼一來，當管理辦法中被加入的自製獵槍型式越來越多，這些彼此獨立的獵槍型式有無一定的關係，能夠讓我們看得出來未來有可能得到容許的自製獵槍具有什麼樣的特徵？目前看來管理辦法似乎沒有辦法承載這樣的功能，如果管理辦法此後的增修出現如同這次納入喜得釘式獵槍般地加入其他槍枝，它也只會成為行政機關許可的自製獵槍列表而已，我們無法預測逐次增加個別的獵槍型式是否能讓人歸納出自製獵槍的抽象意義。換句話說，管理辦法雖然不願意放棄自從內政部 87 年 6 月 2 日在臺（87）內警字第 8770116 號函釋中定下的內容，但無論如何，該定義已經被最高法院 102 年度臺上字第 5093 號明白表示並不拘束法院，除非司法機關回頭再予援用該定義，否則在原住民持有自製獵槍的槍砲條例刑事案件中，對司法機關來說該定義已等同於不存在。

不過，在最高法院於 102 年 12 月 17 日作成 102 年度臺上字第 5093 號判決之後到現在，相關的判決見解是否與該判決採取一致的立場？據筆者於 103 年 7 月下旬查詢的結果，發現雖然仍有部分判決的看法似乎與前揭判決不同¹⁷，但多數判決已採取其見解，且有 16 則判決在理由中明白援引該號判決。可以說在最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決作成之後，半年多來各級法院的態度正朝該判決逐漸趨於一致。

那麼，管理辦法仍然保留著最高法院不予援用的自製獵槍定義規定，其可能的意義何在？既

¹⁶ 參閱維基百科「霰彈槍」條目的說明：<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E6%95%A3%E5%BD%88%E6%A7%8D>（最後到訪日期：103 年 7 月 12 日）

¹⁷ 例如最高法院 103 年度臺上字第 443 號判決理由中，仍以「所謂『原住民自製之獵槍』，應解為『原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專用於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、持有之自製簡易獵槍』。即須係原住民自行製造，目的僅供狩獵、祭典等活動使用，且其發射速度較慢、威力較小、攜帶較為不便之簡易長槍，始與立法本旨相契合。」由其對於發射速度、威力及攜帶難易等條件之要求，似與 102 年度臺上字第 5093 號判決不同。

然管理辦法是依據槍砲條例第 6 條之 1 第 1 項及第 20 條第 3 項而訂定，則在原住民持有自製獵槍的領域，縱使該定義對於槍砲條例中的相關刑事案件已無意義，但對於槍砲條例第 20 條第 1 項的行政罰（罰鍰）規定，仍然有適用的可能性。也就是說，在對於原住民未經許可製造、運輸或持有自製獵槍供作生活工具之用的行為課以行政罰的場合，管理辦法中承襲內政部函釋所定的自製獵槍定義，仍可能作為在行政罰的案件中判斷個案中的槍枝是否屬於自製獵槍的標準。受到裁罰處分之人如果對於據以認定的管理辦法中之自製獵槍規定是否合於法律保留原則有所疑義，固然可以藉由對於裁罰處分提起行政爭訟的方式，使管理辦法中的自製獵槍定義在行政法領域受到司法審查，問題在於如果法院依照最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決意旨，在個案中認定原住民未經許可所製造、運輸或持有之獵槍屬於自製獵槍，而行政機關對於同一個案依據管理辦法之規定，卻不認為該獵槍屬於自製獵槍時，按理不應作成裁罰處分，也就是說，此時可能出現法院認為無罪，行政機關也不予裁罰的情形，自然也不會出現後續的行政爭訟。截至筆者 103 年 7 月下旬查詢的結果，尚未發現最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決作成後，各級行政法院有何相關判決，未來是否可能會出現此類判決，仍待觀察。只是對於原住民製造、運輸或持有未經許可之獵槍，發生法院與行政機關均不處罰的結論，是否為立法者制定槍砲條例第 20 條之本意？

由於法院對於自製獵槍的判斷標準予以鬆綁，而管理辦法仍然維持原本的見解，大體上只多了喜得釘式獵槍，未來有沒有可能出現法院認定被告的獵槍是自製獵槍，經判決無罪之後移由該管行政機關裁罰，而行政機關適用管理辦法的結果卻不認為被告的獵槍是自製獵槍因而不予裁罰的情形？尚待觀察。然而這種情形既然有可能出現，就表示最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決與新修正的管理辦法或許將造成司法權與行政權在自製獵槍認定標準不一的問題上出現緊張關係，其實在該則最高法院判決的一審判決即臺灣屏東地方法院 99 年度重訴字第 11 號判決裡，便已出現行政機關函覆法院被告獵槍並非自製獵槍，而法院判決則認定屬於自製獵槍的例子。目前看來法院的見解既然漸次趨於一致，短時間內似乎不會再以管理辦法作為判斷標準，那麼行政機關有可能放棄管理辦法的定義向法院靠攏嗎？筆者認為，在最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決作成後半年修訂的管理辦法裡，主管機關既然沒有放棄原有的自製獵槍定義，足以表示行政機關並不打算接受這個判決的見解。倘若之後確實出現司法權與行政權見解不一的狀況，也將導致槍砲條例第 20 條第 1 項的適用發生問題，解決之道還是由立法者在槍砲條例中對自製獵槍加以定義以杜爭議會較為妥適。

五、 結語

最高法院 102 年度臺上字第 5093 號判決其實並不是第一則表明行政機關對於自製獵槍所為定義不拘束法院的判決，但由於最高法院作為終審及法律審的特質，該判決由最高法院以自為判決的罕見方式作成，對於司法機關當然具有高度的指標意義。

該判決固然以槍砲條例第 20 條第 1 項係出於尊重原住民基本權利的立場將自製獵槍問題除罪化，認為自製獵槍指原住民為供作生活工具之用，而自行製造槍砲條例第 4 條具有獵槍性能之可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝而言，所自製之獵槍裝填火藥或子彈之方式，法律既未設有限制，無論「前膛槍」或「後膛槍」均應包括在內，而「供作生活工具之用」之解釋，自應因應生活型態之改變而放寬，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限，然如溢出此範圍

而使用自製獵槍，自不在此限。基此，該判決明確表示，內政部臺（87）內警字第 8770116 號函釋及管理辦法第 2 條第 3 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。

然而 103 年 6 月 10 日修正公布的管理辦法中對於自製獵槍的定義，僅加入了喜得釘式獵槍的規範，對於被最高法院表示逾越法律授權不受拘束的內政部臺（87）內警字第 8770116 號函釋及管理辦法第 2 條第 3 款規定可以說並未更動。倘若警察機關在查緝原住民自製獵槍案件時，仍要援用前揭定義作為判斷的標準，筆者認為將可能招致司法機關以最高法院上開判決為由予以否定。而喜得釘獵槍的規範作為新增規定，雖然解決了實際上原住民持有此種獵槍的法律問題，但在管理辦法既有的定義規定為最高法院所不採的背景下，承認喜得釘式獵槍的規範將使管理辦法朝著對自製獵槍從事正面表列清單的方向前進，當然，未來管理辦法的規範，其有效範圍似乎將僅在行政法領域，而非刑事法領域，但是此部分相關之行政處分，雖有依據行政救濟法制進行司法審查的可能性，不過實際出現的情況如果是法院依據較寬的標準認定個案中之獵槍屬自製獵槍判決被告無罪，而行政機關依據較嚴之標準認定該獵槍並非自製獵槍不予裁罰，是否合於立法者制定槍砲條例第 20 條之本意，殊值思考。最高法院此則判決與現行管理辦法可能造成司法權與行政權對自製獵槍認定標準不一致，或許將導致槍砲條例第 20 條第 1 項的適用發生問題，若欲解決此一問題，立法者或許該考慮在槍砲條例中增訂自製獵槍的定義，以杜爭議。

主題一：

自製獵槍格式 vs. 槍砲彈藥刀械許可及管理辦法

【會議實錄】

主持人：原住民族委員會阿浪・滿拉旺處長

大家好我是原住民委員會的處長阿浪。那我們第一場討論的議題即將開始，那我特別用這個機會來介紹一下我們的發表人，第一位是我們警察隊台東分隊的撒可努先生，就是那邊那位頭髮很短長得很帥的那位，我們給他掌聲好不好，第二位是政治大學法律學系的副教授，許恒達先生，請給他掌聲，那第三位是我們台南地方法院檢察署檢察官，許華偉先生，那下面是我們與談人，我們與談人第一位是臺灣高等法院的劉秉鑫法官，第二位是臺灣屏東地方法院檢察署的曾士哲檢察官，第三位是文志榮律師事務所的文志榮先生。那我們這場一共有 120 分鐘的時間，那由我們發表人先發表之後，然後再由與談人做與談的工作，那如果還有多餘的時間再請與會人員來做一個互動，那後面再做一個簡短的結論。

我們大家都知道打獵是我們原住民最重要最重要的一個活動，從過去到現在有相當的變化，那我看過我們原住民的陷阱，大概有分三個部分，大概有三十幾個陷阱的方式，那第一部分是算是石器時代遺留下來的陷阱，第二個是鐵器的部分，那第三個是自從有了晚上的探照燈開始，開始有了變化，那第三個階段造就了原住民有三十幾種的陷阱。那槍呢也是一樣，槍從以前用箭到火神槍、火龍槍，那火龍槍又有兩種，一直到日據時代的春田槍或者是警察用的刀，那一直到現在變成所謂的自製獵槍。一直這樣演變的過程，我們看的出來這些演變都造就了一些不同的階層的文化，那也許到今天獵人是變成打獵的人，是變成一個嫌犯，或者說沒有辦法替部落建立威望的獵人，那為什麼會變成這樣，我們盡情來聽我們三位發表人，那我們現在就請第一位發表人來做發表，謝謝。

與談人劉秉鑫法官：

大家好，非常高興來這邊擔任與談人，那我們也不能免俗的，就像剛剛報告人撒可努先生所講的，我知道今天是擔任他的與談人之後，在家裡準備資料的時候也很高興的跟我小孩講，說我要跟你們國文課本裡面的作者來擔任與談，謝謝有這樣一個機會。

那我很高興作為本次我們這個研討會，就是原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會的這樣子一個開場，然後特別是針對自製獵槍的格式跟槍砲彈藥刀械許可及管理辦法這樣的主題，由撒可努先生用獵人的觀點來談什麼是獵槍，我覺得是特別有意義的。那就像剛剛他所介紹的，他的身分除了是一個國小課本、國文課本的作家之外，那他本身還是一個森林警察，那事實上一個人多重的角色身分其實跟我們今天要談的這個東西是密切相關的。今天我們談的獵槍他事實上一個物，但事實上這個物本身他並不是一個單一的意義，那等一下我會稍微提到，就是說今天如

果我們去看一個法院的判決，他就是在描述獵槍這個東西的時候，他不會去定義他是一個獵槍，他可能會去說他是某種具有殺傷力的槍枝，那這樣一個槍枝到底是獵槍呢還是制式的槍枝呢還是各種其他的槍枝呢，他事實上是透過定義的，那這個誰能夠去做這樣子的一個定義，那誰就能去適用這樣一個法律，去決定到底是處罰還是不處罰，那至於誰有這樣一個權力去做定義，那當然是擁有權力的人。那在我們國家的體制當中，立法機關、立法委員透過立法他可以去決定什麼樣的槍枝是獵槍、要不要處罰，或者是說他授權給行政機關，那行政機關掌握這樣的權力就像我們看到的內政部警政署，那透過這樣的一個辦法來決定什麼是獵槍，那如果今天這個案件來到法院，那擁有權力的人是法院裡面的法官，那做為一個司法機關他可以去定義，來決定什麼是獵槍。

那既然這麼多人都在定義獵槍，那做為當事人、使用獵槍的人，作為一個原住民獵人，那當然有資格，那他是不是有這樣一個能力來定義什麼是獵槍，那在之後的討論當中我們會看到有不同的報告人，包括學者、檢察官、律師，分別就這樣的議題發表論文，但是我們或許不清楚不了解，但原則上具有原住民的身分應該是比較少，那包括我本身在內，我自己不是原住民，也不是獵人的身分，那我們就更可以去顯現出有我們今天這樣第一場報告人撒可努先生他這樣子的一個身分來做這樣子的一個介紹跟解說，事實上是特別有意義的。

那原住民或獵人的身分對獵槍的定義到底有什麼樣的一個意義的，剛剛他透過很多故事，從他講故事的方式我們可以確認他是一個很好的說故事的人、是一個很好的作家。由他這樣來講，我們或許可以去定義到說到底這個獵槍對於他們是有什麼樣的一個意義，那這牽涉到說我們是要怎麼樣去看待獵槍這樣一個東西，怎麼樣去適用目前法律的規定。所以說我不知道今天大家有沒有機會去看到他今天提出的論文，雖然說表面上沒有很明確的去提到獵槍這樣一個東西，但是事實上他也很明白的告訴我們，他是在講一個獵人的身體實踐與生命經驗，事實上這樣獵人的一個身體實踐與生命經驗，是一個原住民的生活方式跟文化傳統，那獵槍是在這樣的生活方式跟文化傳統之中存在的，所以試著想說把獵人跟獵槍做一個連結。

那我們回到因為我們本身是適用法律的，所以我們還是回到法律的這個部分，關於獵槍的這個部分現行的法律當然是槍砲彈藥刀械管制條例，那他把它納入規範，他認為是說這個是受到禁止的，包括製造、販賣、出租、運輸、轉讓、持有等等，包括最單純的持有，這個都是禁止的。那法律上對於這種禁止持有，特別是連持有都禁止的這樣一個東西，我們把它叫做是一個違禁物。所以說刑法特別規定對於違禁物不管是誰所有，不一定是犯罪人所有、不一定是被告所有，都可以沒收，他不去管它所有權是誰的，那實務上除了槍砲之外還有其他違禁物。我想毒品應該是最熟悉的，那最近在大陸吸食大麻的房東二人組，這個大麻也是毒品，不只是台灣，在世界各地不見得所有國家，但在大陸他也是一個違禁品，那這個是被禁止的。但是國家對於違禁品的管制他並不是絕對禁止的，他會有一些例外規定，基於各種目的他可能會去許可，譬如說毒品的部分，今天是為了醫療的使用、為了學術研究的使用他是會去許可的，例如說醫院他為了要當作麻醉的作用，他可能可以使用麻醉。再來呢槍隻的部分他也不是絕對禁止，那我們最明顯的知道很多軍人、警察他都配槍，難道他不能持有槍枝嗎，那他是有法律規定是可以允許配用這個槍隻的。那再來關於獵槍，目前的法律規定他在一定的條件之下是許可的。那就是我們今天大家會集中討論的這個 20 條的規定，那他是許可說這個原住民包括漁民他是可以去使用自製的獵槍，那漁民他包括是魚槍，經過許可之後他是可以去使用，但他是有一些條件，那所以說目前我們碰到的問題是什麼樣的槍符合所定義的獵槍，那符合目前法律規定的獵槍就是目前我們獵人所使用的獵槍。

那我這邊接著要提到我們報告人所提到的文字，他就像我們剛剛講要我們去認識獵人，那他就用獵人這樣的一個身體的實踐，包括他狩獵的經驗來當作他敘事的方式，去告訴我們獵人跟土地之間的連結以及跟自然之間發生的故事，那在他的文章中他提到獵人的哲學包括等待、身體跟自然萬物以及呼吸，獵人個人的顯現特別的生命經驗。那大家可以去看他文章中有提到，在他這個走風的人文章中提到有去描述說，怎麼樣在山林中去見到山羌碰到雲豹，甚至描述到雲豹去獵捕山羌的過程，我覺得特別有意義的一段話是提到，他的父親有提到我們可以從雲豹的狩獵態度和觀念以及過程去了解到了就好，他說這是延續生命的方式，是土地跟自然的生態習慣，要結束一個生命需要被尊重。甚至他還透過父親去轉述一個部落老獵人的文化，他說雲豹的生命是獵人死去的靈魂所變的，他不願去離開他習慣熟悉的地方，用死去的靈魂去換回雲豹尊重土地的生命，其實從他的文字我們好像看到雲豹跟獵人的生命做了一個連結，那他看到雲豹跟山羌的狩獵過程當中也顯現了好像是一個原住民的獵人在從事狩獵的這樣的一個過程。所以他的文字當中並沒有具體的去描述到用獵槍去獵殺動物的過程，但是我們可以看到雲豹去狩獵他是不是要有敏捷的身手跟銳利的爪牙，那做為一個獵人跟動物依樣有這樣一個先天的條件，那他必然要透過一些狩獵的工具去達到的狩獵的目的，那他除了獵槍之外當然還包括陷阱等等。

所以說獵槍這樣一個工具跟意義本身，事實上是跟他這個獵人身分是結合在一起的，那因為他在文章中只提到這一篇，我後來有再特別去看他走風的人這一本書裡面，其實書裡面還有一個更精采的段落是在講獵槍的，那我在這邊也特別拿出來跟各位分享。在那本書的第 17 章裡面他的標題是一個帶十字弓的獵人，他在描述他打獵的過程當中遇到兩個獵人帶著十字弓，看到他拿著獵槍覺得很好奇就拿來把玩一下，因為他們用十字弓。但撒可努他們用獵槍感覺比較厲害一點，那他說他看到這兩位獵人在他面前比試他的獵槍，那摸著他的獵槍的那一刻他突然有一種感受，感覺到獵槍對獵人的定義不是一種工具，而是一種情感、歷史意義跟族群渾厚的情節。這其實他剛剛也已經同樣傳達了我們這樣一個同樣的訊息，那或許是撒可努透過那位獵人去把他的想法講出來，他說原住民對槍就像對自然土地那樣依戀，那有誰會拿這個獵槍去搶 7-11，那他相信原住民沒有人會用這樣的方式來污辱象徵身體的刀跟槍。就像我講的，原住民其實是把獵槍是為他身體的一個部分、手足的一個延長，那今天原住民擁有槍的比例是遠超過漢人，但是漢人的犯罪率超過原住民，那造成這個社會的問題成本增加，那漢人習慣用他們對槍的意義來論調原住民對槍的意義，那國家的法律也從來沒有了解過槍對他們的意義，而只是一概的說有槍就是不對的，那我沒有辦法，法律不是我們發明的，那我想撒可努對槍的看法應該就是在那邊表現出來。

不好意思好像時間有點超過，但我想最後面比較重要我想稍微再講一下，那我這樣講說其實是希望我們能夠有多元脈絡的觀點來定義獵槍。那就像我想的包括政府機關包括漢人包括各種族群的人對於一件事物的定義其實是不一樣的，那對獵槍也是不一樣，但今天我們今天要去關注的價值是原住民文化傳統這樣一個保護跟尊重，那自然不能夠忽略原住民他們對於獵槍的定義跟觀點。所以說我覺得隨著這個社會的進步生活型態的改變，原住民的傳統習俗並不是一成不變的，關於這個自製獵槍的定義其中一個是要供作生活所需之用其實也並不是當然，用這樣的標準要來定義獵槍可能有所不足，雖然說剛剛講的技術方面會有演變，但原住民對於他們傳統文化的堅持其實是不變的，如果掌握到他們對於文化的堅持跟尊重的話，應該是透過這樣的觀點來定義獵槍。所以說我覺得其實我們能夠做的應該是尊重獵人跟原住民的觀點，如果過多的其他的定義，其實是會去忽略掉最重要的東西，謝謝。

與談人：臺灣屏東地方法院檢察署曾士哲檢察官

大家好，在與談開始之前，我想要從跟撒可努小隊長道歉這件事情，來做我與談的切入點。為什麼這麼說呢，檢察官的立場在這個議題上面，尤其在座各位會來參加這個會議應該是對於原住民獵槍的持有跟開放這件事情上有很大的關注點，那基本上應該也是傾向開放的立場居多，那為什麼剛才說到要跟撒可努小隊長道歉，是因為檢察官我們的工作，尤其我本人就是那個代表國家訴罪你親朋好友的那個 **Whistleblower**，就是吹哨人。那更具體一點講，這個在去年度最高法院的判決當中，被討論最多最廣泛的，我想 102 台上 5093 號這個判決，大概是可以登上這個點閱率最高的前幾名，那本人非常榮幸的剛好是這個判決第一審公訴檢察官，也就是在那個形式上看起來就是要追殺原住民的那個檢察官。

但是我覺得我必須要在這裡喊冤一下，因為事情的發展不是像表面上的那個樣子，所以我今天在這邊，因為案件已經結束所以應該沒有洩密的問題。這個案件其實是這樣子的，坦白講當時我分發到屏東地檢署不過才剛兩年，當時在公訴庭擔任檢察官，那這個案件只不過是每年屏東地檢署處理的數十件原住民獵槍的其中一件，坦白講這個案件到判決確定之後，我對那把獵槍到底長什麼樣子沒有什麼印象，我非常努力的回想，但我想不起來。那這就表示說，這把獵槍其實如果以屏東轄區排灣族的原住民所使用的獵槍型態來看，其實一點都不特別，也就是說沒有火力特別強大的問題，那這個案件當時是怎麼樣起始的呢？當時的受命法官是我的同期同學，也就是李謀榮法官，那李謀榮法官基本上他是一個非常聰明而且非常熱血的法官。再加上莊鎮遠庭長，也就是這個合議庭的庭長也是更熱血的一個庭長，有一次就是因為我們院檢關係是滿不錯的，那對於我們處理過這麼多的原住民獵槍案件，其實我們大家都有同樣的疑問，警方不斷移送、檢方不斷的起訴、法官努力的判，判到最後其實大家都覺得怪，為什麼每一把獵槍看起來其實都非常的粗糙，然後看起來火力也不大。那警方判斷的方式很簡單，只要用喜得釘的、後面有開洞的通通移送。檢察官起訴的標準也很簡單，只要警方移送進來，後面有開洞、用喜得釘的通通起訴。法院大概就照判。

所以有一次我們幾個，我跟受命法官還有合議庭庭長我們在討論這個問題的時候，我們就想到說，是不是我們找一個判決來嘗試看看能不能除罪化。那以檢察官的立場來跟法官討論做一個無罪判決是一個很奇怪的事，所以說我今天在這邊的地位實在是非常的尷尬，但是我完全同意之前許教授以及各界先進還有像原住民朋友們對這個議題的關心。時代在進步，獵槍開放與時俱進，這絕對是必要的，本人也認同這樣子的見解。所以我覺得合議庭既然有這個方向也願意往這個方向處理的話，我身為公訴檢察官我當然應該要覺得說，雖然國家有這樣的法律規定，但法律在我的想法當中這種社會科學的東西不是一成不變的答案，他沒有絕對的標準在，完全是可以辯證的。在這個時間點，在這個當下，如果多數人同意這樣一個規定是好的規定的話，那這個規定就絕對是最適合的規定。所以在數百年前的規定是適合的，不見得要沿用到現在，基於這樣的觀點，所以我認同一點看法。那當時合議庭只有要求我一件事就是有關這個案件判決無罪之後，麻煩拜託你一定要上訴，其實如果按照這個人格跟思想要一致來看我應該是不要上訴，但是不要上訴其實這個美意反而會打壞，為什麼？因為一審判決確定的話，屏東地方法院的無罪法院基本上對其他法院是不太會有什麼拘束效力，尤其偏遠地區的判決見解更是不足採，我想實務見解大家都知道有這樣一個情形，於是乎這個案件後來就這樣夯不唧噥的上去了。

中間後面當然我也轉到偵查組去了，所以後面也沒有再繼續去追蹤這個判決到底後來發生

什麼事情，直到去年底這個判決公布之後，我當時也沒有回想到原來這個事情就是原先這個案件的連結，直到看到那個案件然後去回溯、去查才發現說，哇原來這個案件我有參與到中間的接棒，突然感到備及榮幸、與有榮焉。那看完之後其實也百感交集，因為接下來最高法院的判決 102 年台上 5093 號判決其實也打開了一個潘朵拉的盒子。對院法官來講，檢察官如果不起訴的話，他們可能就碰不到了，那對於檢察官來講，我們必須站在執法第一線，我們必須處理的是最高法院推翻了槍砲彈藥刀械許可及管理辦法當中關於前膛槍的限制之後，接下來院檢到底要怎麼去處理這個事情。尤其檢察官現在第一關就是在面對移送進來之後，我們是第一個負責把關的人，我們要決定起訴或者不起訴，任何一個案件檢察官都必須要負起絕對的責任，我今天不起訴我要講出不起訴的理由，我今天起訴我必須要說服院方。那在這個辦法公布之後，在這個辦法完全被推翻之後，接下來移送進來的話我們檢察官到底要怎麼樣去處理這個，那個標準到底在哪裡，我們要怎麼樣去拿捏起訴跟不起訴的標準，坦白講我現在腦筋當中完全一片空白。

為了今天的與談，我這兩天大概去蒐集了一下院檢的實務見解，其實從最高法院這的判決公布之後，幾乎像本署就沒有再移送這個槍砲彈藥的案件進來，所以暫時應該是屬於一個真空的狀態，但是不代表未來不會出現這種狀況。另外要提醒大家的是說因為這個槍砲彈藥刀械許可及管理辦法，包含警政署在最高法院這個判決今年六月的時候，這個許可管理辦法就自製獵槍的定義，他有做了一個第二條的修正，大家有興趣的話可以去看一下。這個條文真的非常重要，因為這個條文簡單講警政署做兩個修正，第一個開放喜得釘做為工業用底火，這是合法的；第二個他另外又規範了獵槍的槍管長度必須在 96.5 公分以上，那就開放喜得釘的部分，我約略了解一下以我自己的經驗，大概他條文上指的是開放喜得釘，並沒有說開放後膛槍。但是據我自己對獵槍的理解跟我實務上碰到的狀況，似乎是只要用到喜得釘的，幾乎都是屬於後膛槍的形式，那是不是也可以這麼說，警政署就後膛槍這個部分其實是有去配合最高法院的見解，而去對於開放後膛槍這樣的一個想法，那至於對於槍管的長度的限制他有一個最低限度的要求是 96.5 公分。

那現在問題就來了，最高法院之前已經告訴你說槍砲彈藥刀械許可及管理辦法只增加母法所沒有的限制，所以這樣做的話，這個管理辦法根本已經逾越母法，不應該被採用。警政署現在又對槍管的部分做了一個長度上的限制，那如果以後警察移送一支槍管只有 80 公分的獵槍進來的時候，檢察官該怎麼處理，我實在不曉得，到底是按照槍砲彈藥刀械許可及管理辦法的部分起訴呢，我想之後會有一番論證在這邊。那我想在座這邊應該都相信，這個議題之所以會置之意冷，說真的責由司法機關。所謂司法機關是包含檢察機關跟院方來處理這個議題其實是不盡公允，因為司法機關是有所謂不作為的特性在那邊，要我們去創造法律的見解，這個基本在概念上有個錯誤，這個問題實際上我想所有人應該都可以討論出一個結論。原則上應該交由行政跟立法單位來解決這個問題。

那牽涉到剛剛許教授所提到的創造性結論就是說關於開放自製槍枝的部分，剛開始我看到這個結論、聽到這個結論的時候其實是頭皮發麻。因為實務界的人是比較保守，腦袋比較僵化，想說自製獵槍都不可以開放了還開放制式獵槍，哇塞天啊這怎麼辦？但仔細想想之後我發現許教授講的是有道理的，更造就我進一步衍生的思考是說，是不是乾脆由國家、由兵工廠然後來做制式獵槍的方式，用租賃的方式然後來交由原住民同胞來使用，也不失為一個可行的方向。當然這樣方向是不是會侵害到原住民同胞們自製獵槍的樂趣，這個是不是另外一個考核的重點，這個是我提出來給大家討論一下，那時間不夠了我就暫時到這裡，謝謝。

與談人文志榮律師：

主持人、各位發表人還有在座的各位先進，開心今天能夠來這裡參加座談。那不瞞各位所說，我自己也是一個原住民，我是阿美族的，那很高興今天能看到各位對於原住民的事物，特別是針對原住民這種自製獵槍的定義熱切的參與，而且發表了很多的文章，這些文章其實對我們原住民權利發生了相當大的影響，而且有積極正面的作用。

那針對許華偉檢察官這篇文章說，我的感想是針對自製獵槍發表定義的看法是內政部還有司法機關，但是針對我自己是原住民，對於自製獵槍的定義有誤會，對於自製獵槍的相關議題的部分到底有沒有著力點。那既然原基法、憲法也尊重多元文化，那基本上只要有原住民因素，不管是自製獵槍再加上原住民因素的話，那我們這邊的原住民基於同一原則，是不是也有參與的那種必要性。那另外針對最高法院 102 年台上字 5093 號判決，坦白說我個人對這個判決來說，非常值得肯定跟贊同，那我一直在想自製獵槍到底是什麼、要怎麼樣定義，那我看這個文章事實上要定義是一個非常有很多意見，到底要如何定義才能真正屏除一些關於原住民持有這些自製獵槍的一些相關問題？其實我在想，我們原住民的很多權益，比如說像原住民保留地，原住民保留地國家跟我們講說我們最後可以持有原住民保留地的所有權，然而在這些在申請一直到後面擁有所有權的過程當中，是要多少年，甚至是長達十年、二十年。在我所處理的案件裡面也是這個樣子，已經三十年了，其實很早以前他就已經取得地上權，取得地上權的那種登記，但是一直到國家告訴他要五年之後就可以換成所有權狀，但是他一直到現在為止都還沒有完成，這是一個相當漫長的過程。

那回過來說，像這種槍砲條例除罪化之後，對我們來說是一個好消息，但還是會發生這麼多問題。即便是一個自製獵槍，但是後面還是會遭到警察逮捕移送，然後到檢察官這邊以後警政署鑑定之後具有殺傷力，然後他非自製獵槍，就被起訴了，所以對這種原住民來說，我還是被起訴啊，我還是被傷害啊，那到底除罪化之後對我們來說真正的意義在那裡？那我們看到目前的狀況就是，行政機關跟司法機關好像脫鉤了，沒辦法整合自己的意見。內政部這邊一直堅持著自己原有的 87 年函示以後延伸下來，甚至現在的管理辦法他增加只是喜得釘的一些相關規定而已，然而這些定義一直深根在這個行政機關裡面，所以當問題發生的時候，原住民仍然遭受起訴、甚至被判罪的風險。現在我們來看這個文章所敘述的部分，事實上許檢察官認為最高法院仍然沒有把這個自製獵槍的定義能夠有再進一步的說明，或者是能夠實質上解決自製獵槍的問題，那我這裡有個想法就是說，自製獵槍到底是要原住民自己親自製作還是親自參與才算是自製獵槍，我們一定要從自製獵槍這個範圍裡面去定義嗎？能不能跳脫出來說，自製獵槍或許我們可以這樣去定義，非制式獵槍用這樣的一種方式來去界定的話，或許是不是也是一種方式。當然對獵槍我其實很陌生，因為我是阿美族是住在平地，雖然我看過獵槍，但問題是說我對於獵槍的情感並不是那麼樣的濃厚，只知道說看過獵人去用這個獵槍，那他的殺傷力、他的效用多大，我個人來說沒有特定的經驗。

但是回到剛剛提到的一個問題就是說，到底原住民能不能持有制式獵槍，其實這個部分，我上次參加與談的時候，王教授也有提到這個問題，應該是要開放原住民持有制式獵槍這個管道才比較正確，那為什麼呢？因為其實獵人他自行製作獵槍的時候，其實他的經驗跟技術會累積，然後他會不斷不斷的去改造，如果當我們國家只是允許他可以製造或持有這個簡易的制式獵槍，那那個人自製獵槍之後，那當然會無形中培養原住民製作槍隻的知識，然而演變到後面或許會培

養出原住民自行製作出火力更強大，或者是更精準的那種槍隻存在，那倒不如把制式槍枝開放出來，然後你限定一些條件、限定一些資格，然後讓原住民去租用、去使用，那這樣子或許可以有更好更好的管理的措施。另外還有一種就是說，就像我剛剛所講的，我們基於同一原則，我想我們原住民應該要有多所參與，因為現在所看見的現實狀況就是只有內政部跟司法機關，我想我們原民會應該，還有我們相關的原住民，特別是有所謂的獵人的組織的話，同意讓他們參與這樣的定義的話可能會更好，謝謝。

主持人：原住民族委員會阿浪·滿拉旺處長

因為還有一點寶貴的時間，我想就是說我們用好像機槍的方式，就是點發點發，三位，我們再請我們上面的發表人或是與談人做回應，看誰有沒有意見，我們請與談人來做回應，好請先報名字然後問。

提問人一：

我大概先問許老師還有亞榮隆老師兩個問題，剛剛老師他們有提到日本、美國都有對全民開放獵槍。那對於原住民開放制式獵槍上面有沒有希望說從這點著手，就是仿效日本、美國就乾脆對全民開放獵槍，譬如說像一般民眾也可以考取獵人執照、學習原住民文化，因為剛剛有提到說獵人精神就如同武士道精神，那有沒有辦法就是說像透過開放全民考取獵人執照這點來說，讓獵人精神成為國家精神的一部份；那第二點，就在於執照的考照上面，假設一般民眾要考取執照的話，那當然就是透過國家統一考取，那對於原住民假設要考取獵人執照的話，是不是有必要讓每個部落自己辦考照，或者是說每個族自己辦考照，因為就像專題演講剛剛提到說獵槍的授與要先經過部落長老認同一個人有沒有獵人資格，所以每個部落都可能有不同的認定，那在原住民考照上面是不是要讓部落或是每個族都有自己的認定方式？

提問人：陳先生

我是對這個議題有興趣的民眾，我想請教一下就是說剛剛法律有對於原住民的、還有權益在規範的方面來考量。那據我所看的那些文獻是說，現在原住民跟漢人百分之五十幾是通婚的，那現在我們有發現現在很多的原住民也跟大陸配偶也好、或是外地配偶的比例也慢慢在增加之中，那將來原住民的認定是怎麼樣認定這個法律也可以考量一下；第二個是說將來我不知道槍砲的管制是怎麼樣去管制的，將來有沒有可能是國家跟原住民的部落長老之間的合作模式去管制的，謝謝。

提問人：戴明雄先生

只是想提一個嘗試性的問題，如果原住民的部落要辦自製獵槍的研習會，或者是製作獵槍的計劃的時候，原民會願不願意幫助？

與談人：曾士哲檢察官

剛剛有一位士林地院應該是法官吧。剛剛您有提到兩個問題，第一個是要全民都開放，第二個是說是不是容許部落來許可這個獵人執照。第一個問題的話我個人看法是這樣，這個未來應

該要去進行更深入的研究，第一點就是說如果你綜觀美國、日本，日本我不了解，那至少是德國或者美國的話，他們其實都有一些獵人執照，那獵人執照不限於一定要具有特定的身分。

那如果是德國為例的話，德國他其實是沒有原住民的，他們的原住民應該都已經被消弭，因為被消弭所以不再具有文化上絕對性的、在地性的差異跟國家群體間的差異，他們還是有差異，這差異在反應在比如在宗教上跟穆斯林之間的關係。好，但是至少在原住民上沒有這個問題，他們基本上是任何人只要是興趣都可以參與，他們叫 Jägerschein，用英文來講就是 License Hunter。就是你要去取得這個獵人的執照之後才能夠進行狩獵，那基本上取得獵人執照你就可以去購買槍隻，基本上獵人執照是不限於任何個體，那如果說我們可以思考這個問題的話，我個人認為是說不妨把這樣的一個機制可以擴張到全民身上，也就是說為什麼我們台灣要去限制這種獵人的實施呢？其實你會發現在很多國家裡面，打獵這個本質上是一個運動，他們其實對德國人來說是難得的有錢人來說是一種休閒，他們把殺死的這個鹿的頭割下來放在自己的家裡面這個是一種炫耀。那其實如果說在不影響生態的前提下，其實我們可以考慮開放這個全民都能實施打獵，但是你在這個過程中你必須對這個獵人的資格有非常嚴格的限制，包括上多少學分的課，那上課之後是不是能通過測試，這個地方就一定要有考試的機制在這個地方介入，通過考試的機制之後就如同剛剛許華偉檢察官所講的，他不是說只要你拿到這個執照就可以終身許可，你還是要兩三年或者是五六年就要去進行一次執照的一個許可發放，你還要有一個許可發放的限制。

那這個對原住民的許可狩獵好像就沒有意義，我個人認為你在原住民保留區不能進行狩獵的行為這個事情就不能單純的由主管機關來，也就是說雖然說全民包含原住民在內都可以去取得這個獵人執照，可是是不是在有了獵人執照才能去申請具體個案性的狩獵許可，這個狩獵許可看他在哪裡去進行狩獵。如果他今天進行狩獵的地方在原住民保留區，這個時候都要在原住民保留區內，透過部落會議的參與，讓部落會議個案性的決議要不要去開放一定期間、一定數量、一定管制對象，如果說你在這個地方獵山豬你就不可以去打山羌的這種類型的狩獵活動。但是在原住民保留區之外，因為這個地方就不是涉及原住民文化意義的問題，所以這個地方就會交由主管機關來進行決定，所以在這個意義上，因為你今天開放的是制式獵槍，制式獵槍之所以成為制式就是表示他有一定程度制定式、規格化的使用的機制。那既然你有這個規格化的使用機制，原則上在這個部落的參與或許可能相對來講他的意義不是這麼的大，那這個是我個人的初步意見，那或許未來這個問題還需要更多資料來指導，那至於原住民身分的問題我沒有辦法回答，因為我不是這方面的專家。

主持人：原住民族委員會阿浪·滿拉旺處長

剛剛我們戴牧師有提到的那個問題我們原民會很難處理，由原民會出錢去部落研習他的槍隻怎麼指導，等於說怎麼製作那個槍隻如何升等，這個原民會可能暫時沒有處理這個案件，那如果你對我的回答有不滿私底下找我。好有點開玩笑啦，那我們再請三位好不好，還有九分鐘。那個撒可努這個文學家對另外一個問題有興趣，來請你回答。

發表人：亞榮隆·撒可努回應

對國家現行的法律來說，回答第二個問題，原住民不管再怎麼通婚，還是以國家認定原住民的法為最優先。就是你擁有原住民的身分才擁有槍隻，但是我必須要告訴各位，獵人這種，成為

cinunan 這個身分，不是說每一個人都可以，就很像爬山一樣，即便你有登山裝備你也爬不到聖母峰，所以他是屬於特定人發展出的一個儀式。即便你擁有槍隻，各位，原住民可以申請槍隻，但都掛在家裡，但要出去打獵的人沒有幾個，也不是你看到獵物就找的到，也不是你有獵場你就會打到獵物，也不是說獵物有很多就會打到，不是，不要把他想的這麼天真，這麼可愛這麼美麗，no 不是。當我們去想這個狩獵的方式或者是這個儀式的時候，他其實還是屬於特定的人，那我必須要提出我的一個想法，就是原住民擁有槍隻應該是要被正視、理解，而不是被歧視、汙名化或者是被破壞、傷害。我突然感受到上層的執法人員很能理解我們，反而那個最初執法人員必須要比上層的執法人員擁有對我們的理解，而拿掉對我們的歧視，那這樣子的認知的衝突就會相對的被減少。所謂的被看待就會被當作人的精神和榮耀，這才是法的正義，這是我最後想要提出的，也就是說一般的員警要受更高規格的訓練才不會造成部落跟法的衝突。

主持人原住民族委員會阿浪·滿拉旺處長：

好謝謝我們撒可努，那這樣子好不好，我們再前面那位，最後那一位，好。

提問人二：

謝謝主席，請問一下我們第一位發表人原住民朋友。那個在泛原住民朋友裡面，基本上這個自製的獵槍他是一個獵器，那應該也就是一個在必要的時候防身的武器，那另外我想請問一下是否有那種較高規格化的他成為一種法器，甚至成為一種神器，比如說對一些英雄人物，這方面你能不能做一個引導。那第二個，持有這種自製獵槍，這種原住民朋友的原生態部分，基本上你認為應該是內政部應該如何去看到這個事務，謝謝。

提問人：中國文化大學吳俊權

這邊提出一個問題針對剛剛撒可努大哥，就是因為他是一個部落的文化實踐者，那他目前也是在公部門底下服務的一個角色，那我想問他比較本身的一個問題，如果是在就你一個文化實踐者又在公部門體制下工作，如何去保有純粹的一個想法，就這個問題而已。

提問人：桃園地院錢建榮法官

我想請教一個問題就剛剛那個許檢察官提到行政罰跟刑罰的區別的時候，我突然想到說依據那個槍砲刀械管制許可辦法裡面內政部有沒有處以行政罰的案例，兩千塊以上兩萬以下，他本來就是完全不適用槍砲彈藥刀械管制條例的刑罰，那為什麼原住民同胞製作，就算他現在定義的是後膛槍，就算他現在做了前膛槍，那是不是應該要直接進到這個條例的規定去處以行政罰，那為什麼他是直接去處以刑罰，我就是不許你可以做前膛槍，那你做了前膛槍應該也只是行政罰的規範，為什麼案例會通通流到刑罰去，那內政部到底有沒有處以行政罰的規範，那或許撒可努大哥是不是可以跟我們講，因為是警察機關來開罰還是內政部自己來開罰，他到底有沒有相關統計數據，他到底有沒有行政法理謝謝。

發表人：許華偉檢察官回應

這邊簡單回答，其實內政部裁罰的案例的這個事情其實我也滿好奇的，不過就這個部分我必須要誠實的承認這個部份我沒有去查找過相關的案例，不過我剛才也提到過我也是覺得很疑惑。

就是說到底為什麼會造成說他都是跑到刑罰，等於說刑事庭的部分，這個部份我在想的是說，司法警察他是不是認為是說就不是，就是說自製獵槍是未經許可的自製獵槍來做罰鍰，那如果說他根本不是自製獵槍，不合乎自製獵槍的規範的時候，他就根本不會合乎槍砲條例的規定。所以我猜想他是認為他根本不是自製獵槍，所以我才會引發出一個問題，司法警察他移送案件照講我的理解是他覺得那不是自製獵槍。所以到時候如果法院認為說，所以這裡又出現如果像鄉民或媒體最近在常說的，這是經法院認證的自製獵槍，就是說這個到時候會變成說法院說是啊這個是自製獵槍啊，那未經許可嗎，所以要依照 20 條第一項是不是要裁罰或移送，那這個時候的問題說我認為他不是自製獵槍所以才會移送，才會進入到刑事司法的程序，後來如果假設他受到移送說你要不要裁罰呢，這時候或許會有一點狀況，我的理解是司法警察認為這根本不是自製獵槍，所以這個裁罰的部分我其實後來也沒有說，也許後來我們再對這些做一個後續搜尋，那大概是這個樣子，謝謝。

發表人：亞榮隆·撒可努回應

80 年跟 81 年的時候剛剛好是原住民還我土地、還我姓氏運動，我那時候剛開始在當鎮暴警察，就在凱達格蘭大道，那你可以想像我哥哥戴牧師就站在我面前，「還我土地還我土地還我姓氏」，我哥哥就直接走過來，我拿著盾牌他跟我說「弟弟你站錯位置了」，你可以想像那個心中的煎熬嗎？漢人很難了解。我即便多麼有名，回到部落我還是要照著部落的次序、部落的階級，輪到你講話的時候你才可以講話，輪不到你說話的時候你聲音都不能說，在部落就是這個樣子。

我覺得即便到我現在雖然是部落的實踐者，我覺得歷史會找到他的路，然後每一個人都脫離不了你的故事。所以對我自己來說回到部落之後，雖然是個公務員，就認真當我的公務員，然後做國家的事情、做部落的事情，我曾經聽過一個軍人他在部落裡面做青年會的主席，他竟然跟部落的年輕人說，我們不要再當鐵工了，我們全部去當軍人不是很好嗎，現在當軍人都有禮拜六、禮拜天，晚上還可以回家，我們把那個榮耀轉換為部落的榮耀，我們把那個軍人的責任拿回來做部落的事情這樣不是很好嗎？唉唷那個村莊好多人跑去當軍人，那我覺得這是另一個另類推銷當軍人的方式，不要把那個國家榮耀至上放在最前面，部落都搞不定了還有什麼榮耀，所以對我自己來說如果今天我當一個警察，在部落都搞不定了，我還去搞定這麼多國家的事情，所以對我自己來說，安分、守己、對自己的部落用心，然後投入更多的實踐，這個才是對我自己來說身為部落的公務人員最重要的事情，謝謝。

當那個槍不再是狩獵的時候，就成為祭槍。站在屋頂上放槍，讓天破洞，讓天神聽到槍聲，進入到天神的耳朵。因而儀式開始，結婚的時候放槍，告訴天神說凡地有舉行婚事，喪事的時候放槍，讓天神祖靈知道大頭目離開了。我曾經在大頭目離開的時候聽到一聲槍聲會讓人起雞皮疙瘩，各位那不是只有打獵的槍聲，「咚！噢鳴」，讓槍聲傳到最遠處，讓遠處的天神耳朵打開，我們偉大的大頭目在太陽的指引下準備朝著那下山的背影離去，在山的稜線上走過去，回到那陰間的地方讓祖先接納祂。我再次放槍，「噢鳴，咚！」各位跟我們剛才討論的槍，那個槍不一樣，那個很偉大。對我們自己來說不是只是美國陸戰隊去阿富汗的時候戰死之後在那裡咻咚咚咚磅，不是那個樣子，所以對我們來說槍有他另一層背後的意思跟意義。這也是為什麼我們排灣族的或者原住民的老人家握到槍的時候都會，當槍第一次開放的時候，老人家用吟詩的方式握住那個槍（排灣族語）我久未蒙面的朋友們我們再次相逢了，你讓我男人的那個精神重新回溯，各位，

只有那樣的男人才能講出那樣的話，即便那個槍開放給一般人，各位，那個槍只是一個物件，最後，「槍沒有問題，是人有問題」。

主持人：原住民族委員會阿浪・滿拉旺處長

好謝謝，我們今天這個議題從獵人的觀點，然後呢我們再從槍，再過來是我們這個管理辦法，那由兩位這個檢察官、兩位法官、警察、律師共同來討論，用不同的角度，雖然說是討論兩個小時，不是時間的問題，更重要的是說大家要給原住民的生活有另一個啟示，算是很成功的討論，我們再給上面的發表人跟與談人鼓掌好不好，謝謝。

主題二：

獵捕野生動物 vs.

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

主持人：阿浪·滿拉旺處長（原住民族委員會）

➤ 臺灣排灣族傳統文化空間與土地的根著

發表人：郭東雄老師（屏東縣春日鄉力里國小）

與談人：林誠榮 Masa·Watan 局長（桃園縣政府原住民行政局）

➤ 法律與文化的思辨：獵捕野生動物 vs 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

發表人：林光義（退休警官）

與談人：管立豪組長（行政院農業委員會林務局）

➤ 回頭正視原住民族法規

發表人：邦卡兒·海放南課長（玉山國家公園管理處）

與談人：陳采邑執行秘書（財團法人法律扶助基金會臺東分會）



臺灣排灣族傳統文化空間與土地的根著¹

郭東雄

力里國小教師

陳淑美

國立屏東教育大學研究生

摘 要

排灣族傳統以 *mamazangiljan*（頭目）為土地代管者，根著在土地上的生態知識與社會規範和文化傳統，繁衍茁壯且發展出準國家形態的社會組織。然而在殖民帝國入臺及其武力與政治的強勢改變下，排灣族傳統文化空間維繫更形艱困與充滿無奈。

本文從歷史文獻分析與部落田野調查資料中，理解傳統排灣族文化空間的特徵與意義，透過文化景觀和傳統土地觀的深度描述，詮釋排灣族文化空間的形塑。唯國家體制運作之下，迫使排灣族傳承悠久的文化空間逐漸退縮並根本從土地上拔除。研究目的在多元文化的基礎上，以轉型正義合法性手段，建構以排灣族主體性文化空間的土地根著。

關鍵詞：排灣族、文化空間、轉型正義、主體性、根著

¹ 本文尚未公開發表請勿引用。

一、前言

臺灣原住民是一個沒有文字的民族，至少到日治時代以前，它仍保持口耳相傳的傳播模式，其社會想像的邊界和認同的範圍，僅及於部落。儘管如此，我們並不能因此按一般現代化的偏見，簡化地以所謂「原始社會」來概括描述部落（孫大川，2000）²。1895年，甲午戰爭失敗，臺灣割讓給日本，之後半個世紀原住民面對了一個全新的世界。日本殖民政府的統治特色，首重客觀數據資料建立的文獻化、國家化、貨幣化等等的強大力量，深刻影響了部落文化所維繫的整個價值體系。

人類社會直到 5400 年前出現法律、法庭、法官和警察³。現代國家司法制度的優點可為人民解決衝突，特別是陌生人之間的爭端，然而如果發生爭端的雙方不是陌生人，而是鄰居、生意合夥人、離婚夫妻，或是為了爭奪家產反目的兄弟姊妹等無法輕易切斷關係的人，傳統社群解決爭端的方式也許值得我們借鏡。大約自 1970 年代中葉開始，一些司法人員和被害者團體開始注意到被害人於傳統的刑事訴訟中不被重視的境況，只是個被傳喚來作證的證人。為了促使被害人及其家屬的傷痛被國家重視，為了讓犯人認識他造成怎樣的傷害，給犯人道歉或彌補的機會，所以在加拿大、紐西蘭等地開始仿效當地原住民的風俗，試行修復式正義⁴。

今日 *paiwan*（排灣族）社會已經融入國家體制之下，其文化形貌因為政治、經濟、教育或宗教信仰等多面向的影響，已不復見其傳統文化的形貌。於此，排灣族的文化空間的梳理並重視其與土地關係的連結，是本文所欲探討的課題之一。其次，現代社會講求效率、崇尚法律，但是以漢字書寫的法律文書和法官之裁審是否能夠理解族人的內心世界而適切解決族人之間的爭端，回復既有的社會關係，乃是本文欲釐清的議題。希望多元化的臺灣社會在邁入重視自由及科技島國之美名，也能就尊重、欣賞與同理的態度正視臺灣原住民族傳統文化歷史與內涵。

二、在地觀點：誰是排灣族人？排灣族人在哪裡？

自然空間，因族群的互動而賦予不同的空間意義，不同意義下的自然空間，進而影響族群的互動關係。自然空間和族群互動關係的此種交互作用，提供了一條切入探討文化空間內部之地理景觀和社會組織分化的重要線索。在一個可以稱為文化區的地域中，組成人群的成員，分享共同的歷史過程和歷史經驗，分享人群和土地，人群和人群交互作用的經驗，也分享人群和人群之間合作競爭衝突甚至勾心鬥角、相互殘殺的經驗。因此，文化空間的構成對文化區內的人群而言，是生命歷程的舞台，也是生命意義之所在，是難以割捨的鄉土，也是一個生命共同體。

² 孫大川，〈神聖的回歸--台灣原住民族祭儀的現況與再生〉，《臺灣戲專學刊》11 期（臺灣戲專，2005），頁：253~268。

³ 人類社會得以大量生產糧食，能夠餵養龐大人口，而且需要一個權力核心來治理，國家才漸漸形成。人類史上第一個國家大約在公元前三千四百年前左右出現在肥沃月灣。

⁴ 第一個個案 1974 年出現在加拿大的安大略省，是兩名少年犯的案件。一位與當地原住民熟絡的少年觀護人覺得印地安人的習俗值得效法，於是他請求法官在判決之前給他一些時間，讓他去調解被告與被害人的關係，讓被害人有機會向被告陳述他受到什麼樣的傷害，希望對案件怎樣處理。出乎意料的是，被害人們大多表示希望由這兩位少年做出彌補，而不要判刑關他們。被告因此有機會在瞭解自己造成的損害之後對被害人道歉，並執行雙方同意的彌補方案。這個試驗性的做法，很快變成加拿大的「被害人—犯人—調解計畫」（Victim-Offender Reconciliation Programs (VORPs)，紐西蘭 1989 年通過的「兒童、年青人及家庭法案」（Children, Young Persons, and Their Families Act），則是第一個將修復式正義立法的國家。這是有別於將重點置於犯人身上的應報理論和預防理論，開始重視被害人的刑事司法新模式。

在屏東縣山嶽地帶，北自口社溪，南至恆春半島，為 *Paiwan*（排灣族）的傳統領地。關於 *Paiwan*（排灣族）生活領域構成之敘述，依據日本學者的看法⁵，本族最早居住在排灣在隘寮溪流上游，然後，以此為根據地逐步向西、向南、向東拓殖，最終抵達臺灣最南端之鵝鑾鼻（*goloan*）。據口傳歷史的描述或文獻記載，*Paiwan*（排灣族）子民均是由大武山（*Kavulungan* 祖先發祥地，3090 公尺）（圖 1）西北的母社—八歹因（*Padain*）和排灣（*Su—Paiwan*）自北而南、自西向東逐漸遷移，這個遷徙行動大約在公元十七世紀時就已完成（高業榮，2000）。*paiwan*（排灣族）的每個地域性部落群體都擁有一些重要的山脈和溪流，不僅提供其生存的空間和資源，也是遷移歷史上重要的路徑。這些山川也是 *paiwan*（排灣族）文化想像和神話傳說孕育的搖籃，並形塑出每一個地域性部落群體的地方特色（譚昌國，2007）。

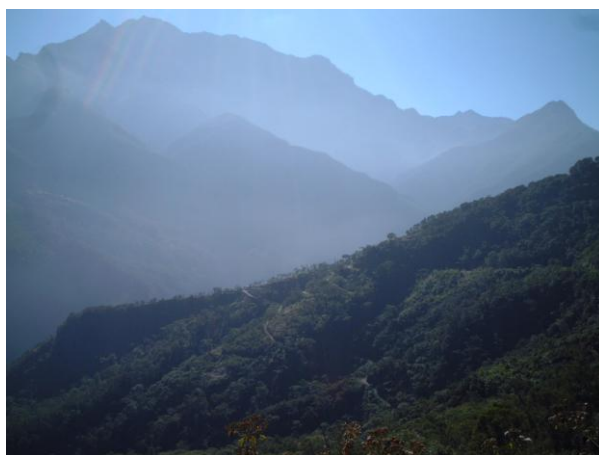


圖 1: *kavulungan*（北大武山）。資料來源：研究者拍攝。

關於 *paiwan*（排灣族）對山脈的理念想像可以從山脈地名中體現（如表 1），依耆老的口述⁶，人是被神安置在安全的所在，至於那些在人看來是險峻深谷、山峰、河、溪流和斷崖峭壁，其實都是神聖之地，因為它們是神巡視人和大地所造的路，因此人不能隨便濫墾河川阻礙神的通行。其實每一座山的主峰是神的殿宇，它與每一個大小的山是氣息相通，正如 *Kavulungan*（大武山）與 *vinqacan*（創始地）的關係。*Kavulungan*（大武山）與 *Tjagaraus*（神的名稱）是氣脈相通。彼此往來的路線包含自 *Vinqacan*（創始地）起上到 *Kavulungan*（大武山）的每一個山峰、河、溪流和斷崖峭壁。山脈連綿、林木蓊鬱型構了 *paiwana*（排灣族）人的傳統領域，成為族人賴以生存發展文化的境域，也因為長居山林的關係，*paiwan*（排灣）族人有著獨特的山林美學觀念，不同於世居平地的族群，因此，從方位、空間感、信仰等面向呈現不同的觀點。原住民有著豐富「山」的經驗，他們的記憶、活動、技能、音樂、藝術創作與想像力，都與「山」有著密切的關係。「山」的經驗，豎立了原住民特殊的文化風格。

⁵佐山融吉，1923《生番傳說集（上）》。台灣總督府警察局，《高砂族調查書（5）》，臺北：南天。

⁶報導人 *sa kapong*（陳國堂），2009 年 11 月 9 日採訪。

表 1：paiwan（排灣族）山域系統命名

系統名稱	山域地名*	意義	族群所屬
<i>tjavuvu</i> （大母山，2424m）	<i>Tjavuvu</i> （大母山）	<i>Vuvu</i> 係指「祖先」之義。指部落發源地。	<i>raval</i> 支群
	<i>Pausidang</i> （霧頭山）	狀似刀刃（ <i>sidang</i> ）之山。也為 <i>rukai</i> 族之聖山。	<i>raval</i> 支群
	<i>Kinavatuan</i> （井步山）	由 <i>vatu</i> （犬）一詞而來，即靈犬所在之處的意思。	<i>raval</i> （支群
<i>kavulungan</i> （北大武山，3092m）系統	<i>Kavulungan</i> （北大武山）	最高峻的山，別名「 <i>djagaljaus</i> 」是為雷神祖靈所居住的山。	<i>vutsul</i> 支群
	<i>Vinqacan</i>	排灣族發祥地。	<i>vutsul</i> 支群
	<i>Savasavan</i>	似由 <i>savan</i> （女）人名而來。	<i>vutsul</i> 支群
	<i>Tumavadavadai</i>	相傳為祖先分散的地方。	<i>vutsul</i> 支群
	<i>Tuliling</i>	山陰之處。	<i>vutsul</i> 支群
	<i>Pageligeling</i>	專門從事保護協助處。	<i>vutsul</i> 支群
	<i>Maluvuluvuling</i>	野獸巢穴之處。	<i>vutsul</i> 支群
	<i>Tjaidepuc</i>	草叢或樹木繁茂不易穿越之處。	<i>vutsul</i> 支群
<i>pahulinai</i> （南大武山，2841m）系統	<i>Pahulinai</i> （南大武山）	貌似傘狀的山；亦稱「南崑崙山」。同北大武山為祖靈之居所。	<i>Paumaumaq</i> 支群
	<i>Tjatjuljatan</i>	舉行 <i>maleveq</i> （五年祭）的地方。	<i>Paumaumaq</i> 支群
	<i>Ikalucumumotji</i>	山頂為 <i>maleveq</i> 祭儀時祖靈自 <i>tijlakavus</i> （來義社）迂迴而來休息之處，族人視為禁地。	<i>Paumaumaq</i> 支群
	<i>Masisi</i>	對河川支流進入主流處之稱謂。	<i>Paumaumaq</i> 支群
	<i>Qacaqaca</i>	形容高聳巨大之山嶽。	<i>Paumaumaq</i> 支群
	<i>Putjitjava</i>	該地生產山黃梔之處。	<i>Paumaumaq</i> 支群
	<i>Tjatjagatuwan</i>	指山後深處。	<i>Paumaumaq</i> 支群
	<i>Qinaljan</i>	曾為舊部落遺址所在的山。	<i>Paumaumaq</i> 支群
	<i>Kuhukuhu</i>	光禿禿的山。	<i>Paumaumaq</i> 支群
<i>vahalji</i> （麻力巴山，800m）系統	<i>quluqulu</i>	山之形狀如人頭。設有 <i>sqaro</i> （恆春排灣族）人之出入枋寮休息站，故視為禁地。	<i>Chaoboobol</i> 支群
	<i>Sinitjulukan</i>	作為 <i>tjumuljat</i> 刺球所在的山，具有神聖之義。	<i>Chaoboobol</i> 支群

	<i>Tjucangelj</i>	聚落砥柱所在之山。為聚落守護神所在地之一。	<i>Chaoboobol</i> 支群
	<i>Pahamul</i>	有超過的意思。	<i>Chaoboobol</i> 支群
	<i>Tjutjicuqo</i>	該地盛產茄苳樹（ <i>cuqo</i> ）之山。	<i>Chaoboobol</i> 支群
	<i>Siniliizao</i>	祖靈眺望部落的山。	<i>Chaoboobol</i> 支群
	<i>Ritjukutjuku</i>	山形圓潤的山。	<i>Chaoboobol</i> 支群
	<i>Palalivu</i>	獸類築巢之處。獵場，設有稱為「 <i>palaluvu</i> 」之獵神祭壇。	<i>Chaoboobol</i> 支群
	<i>Ihinivuwan</i>	遭襲擊掃蕩的地方。清代「 <i>tjakuvukuvul</i> 」（內文社）戰役遺址，視為禁地。	<i>Chaoboobol</i> 支群
	<i>Salavui</i>	禁地，因本族人相信因為異常死亡者之所在為惡靈寄居之處，故常常以死者之名指稱該地，以資謹記在心。	<i>Chaoboobol</i> 支群
	<i>Tjicapan</i>	烘烤芋頭之處。	<i>Chaoboobol</i> 支群
	<i>Gulipapunu</i>	平地凸起山丘。	<i>Chaoboobol</i> 支群
	<i>Tjuqayu</i>	盛產魚藤之地。	<i>Chaoboobol</i> 支群
	<i>Kavavuan</i>	耕作之地。	<i>Chaoboobol</i> 支群
	<i>Tjukicen</i>	使黏著之義。	<i>Chaoboobol</i> 支群
高士佛山 (514m)系 統	<i>Taljakaduan</i>	後山較深處的地方。	<i>Palarilarilao</i> 支群
	<i>Macacukes</i>	互相砥柱的意思。	<i>Palarilarilao</i> 支群
	<i>Tjuvangas</i>	盛產苦楝樹的地方。	<i>Palarilarilao</i> 支群
	<i>Kohozan</i>	山脈尾段。指里龍山。	<i>Palarilarilao</i> 支群
	<i>Tjivavao</i>	較高的山。 <i>vavao</i> 除了高處外，還有上方的意思。	<i>Palarilarilao</i> 支群
	<i>Cakahe</i>	<i>Maljeveq</i> 祭棚架所在之山。	<i>Palarilarilao</i> 支群

資料來源：蔡光慧，1998《排灣族原住民部落社會的建立與族群關係（1630-1894）》，台灣師範大學歷史學研究所碩論，台灣：臺北。頁 31-50。

山脈是以一種幾乎為理念想像的方式對意識形態的一種表徵，因為人們無意識的、同時也是有意識的承認山脈為其代表其民族“特性”的地方。在這種情況下，山脈豐富並強化更為突出的“民族特性”。而且，山脈是以一種近乎完美的方式來達到這一效果，因為雖然山脈所起的作用與“matherland”（母土）民族精神相似，但它又有其自身的獨特優勢，及它不僅能夠作為一種獨特的和同類的實體在視覺上表現出來，而且對整個民族都充滿魅力，因為人們可以賦予它那麼多不同的意義，以至於他們可以在山脈中體現對個人豐富的經驗。

因此，研究者認為山脈在 *paiwan*（排灣族）文化空間存在著以下的建構內容：

- (1) *vinqacan*：作為起源的地方。

- (2) *kinasan paiwan*：成為 *paiwan*（排灣族）民族個性的特定區域。
- (3) *qinizingan*；*kini ivuwan*：是既有象徵性又有歷史性的民族戰場，是與外族人及本族人的生存空間戰爭；也是個人與自然力量進行抗爭的戰場。
- (4) *kakisailjan*：一個逃避或回避日常生活的地方。在此，所有階級之間的差異都會消失，並且每個人多發現自己處於基本上完全相同的情況，也就是尋求生存以及和群山所形成的美感。

paiwan（排灣族）傳統領域內河流主要發源於中央山脈南段西側各溪流源頭其主流、支流所涵蓋之區域。本區域溪流水系大致呈樹枝狀，這表示蓋地區的岩性及地質構造對水系的發育控制較少。水系密度屬中至高密度，顯示其水系的發育並不是僅由地形抬升及河流切割所形成，研判這些水系應是承襲早期的地形期，因陸地抬升而下切所致。各溪流平均坡度 1：35，各溪流程經三地門、瑪家、泰武、來義、春日、獅子、牡丹鄉等區域，從北而南依序如下：

1. 高屏溪流域：主要有 *samuhai*（沙漠溪）、井仔溪、埔羌溪、*sagalan*（口社溪）；隘寮溪有兩大支流系統，一是隘寮北溪，其上游有 *laibuan*（來布安溪）、*payu*（巴油溪）、*hayu*（哈尤溪）、*tjukulac*（喬國拉次溪）；另一是隘寮南溪。
2. 東港溪流域：主要是牛角灣溪和萬安溪匯流而成。
3. 林邊溪流域：上游有 *kualjuc*（瓦魯斯溪）、*tjaqau*（大後溪）、*tjaljakavus*（來社溪）、*ljakeljek*（力里溪）等匯流。
4. 率芒溪流域：上游有 *seveng*（士文溪）和草山溪。
5. 枋山溪流域：上游有 *kasevengan*（阿士文溪）和 *situtjau*（西都嬌溪）匯流。
6. 楓港溪流域：新路溪和塔瓦溪。
7. 四重溪流域：大梅溪、里仁溪、牡丹溪、竹社溪匯流而成。

本族各部落關於溪流之傳說故事都和族群起源相關，研究者搜集整理後，大致描述如下：

「*ta sicuayan na qemuťjalj paljeqaca, muaviq a maka veljiuwan kata pana. Saka patjalun na nga zaljum tua qinaljan. Kimaya pipalangan na caucau ta kempalj tua kasiu a maka ikavulungan aya, mavan nusi kaimuceng a cemas. Na maviyad a pasa kavulungan a caucau iqinanljan, avan nu izua nan na qavuqavuan izua. Azua na muaviq a zaljum cucuai a qiljas inika wei puamin, qepuin na maka mazazangiljan sakaljava tua sikipaisiyan, batjtjuculu anga tua lili a qeminaljan. Avan na sika sauangan nua cemas, sa patakilj anga mekelji a zaljum. Avan na cemike a caucua sema qinaljan.*」

（往古發生大洪水，水面淹滯大部分的人居部落附近。大概是因為人們砍伐大武山區的樹木違反禁忌，觸怒了神靈而招致災害。此時全體社民避登大武山，因此至今大武山仍尚存當時炊事用的灶跡。此大洪水連續數月之久，絲毫未有停歇的跡象，於是頭目召集各社頭目貴族商討，取得祈求上天憐恕之策，各部落殺豬投入洪水之中，並且舉行 *palisi*（祈禱），於是洪水逐漸退去，族人才能再回到部落。）

從上述傳說故事發現 *paiwan*（排灣族）族人早已具備面對極端氣候的經驗，而且將此肇因

歸咎於人類的不當開發行為，更因為族人面臨災害的威脅時，心中自有應對的策略，遵守部落階序制度，也彰顯出傳統 *paiwan*（排灣族）社會內部組織的協調運作機制，是一個早已具備政治獨立運作的族群。*paiwan*（排灣族）的各地域性部落群體（如表 2）由於在歷史上和其他族群迭有互動，也逐漸形塑出不同的地方特色。南部 *paiwan*（排灣族）人擴展到恆春半島，和自十八世紀以來遷徙至此的地的閩南人與客家人有些許的接觸，文化交流與互動的結果，塑造出南部 *paiwan*（排灣族）較為漢化的特色。東部 *paiwan*（排灣族）人與卑南族人和阿美族人布您在地理空間上相近，在歷史上也有頻繁的接觸，明顯的表現在服飾、祭儀等物質文化的影響。相對而言，北部和中部 *paiwan*（排灣族）因為和其他族群的互動較少，許多古老的部落又甚少遷徙，反而得以保留許多傳統的 *paiwan*（排灣族）文化特色。

表 2：排灣族行政分布一覽表

鄉別	村 落
霧台鄉	<i>Ila</i> （伊拉）。
三地門鄉	<i>Tukuvulj</i> （德文）、 <i>tavaljan</i> （大社）、 <i>djailaking</i> （寶嘉）、 <i>dinlepan</i> （安坡）、 <i>djuvasavsai</i> （青山）、 <i>sakaljan</i> （口社）。
三地門鄉	<i>Setimulj</i> （三地）、 <i>talatalai</i> （達來）、 <i>sakalan</i> （口社）、 <i>valulu</i> （馬兒）、 <i>tukuvulj</i> （德文）。
瑪家鄉	<i>Masiljil</i> （北葉）、 <i>ambaka</i> （涼山）、 <i>kaljaingan</i> （佳義）、 <i>sepaiwan</i> （排灣）、 <i>makazayazaya</i> （瑪家）、 <i>ltjusi</i> （三和）。
泰武鄉	<i>Kapiyangan</i> （佳平）、 <i>seqapetang</i> （武潭）、 <i>puyuma</i> （平和）、 <i>punci</i> （佳興）、 <i>kuljaluc</i> （泰武）、 <i>amauwang</i> （萬安）。
來義鄉	<i>Tjaaljavus</i> （來義）、（義林）、 <i>tanasiu</i> （丹林）、 <i>kulalau</i> （古樓）、 <i>pucunug</i> （文樂）、 <i>vungaljit</i> （望嘉）、 <i>culualatju</i> （南和）。
春日鄉	<i>Kasuga</i> （春日）、 <i>kuwabal</i> （古華）、 <i>sevang</i> （士文）、 <i>kinaljiman</i> （歸崇）、 <i>cuvetsekatan</i> （七佳）、 <i>ljakelek</i> （力里）。
獅子鄉	<i>Kaidi</i> （楓林）、 <i>putanlju</i> （丹路）、 <i>caukalim</i> （草埔）、 <i>Naibon</i> （內文）、 <i>cukquai</i> （竹坑）、 <i>cukatsilai</i> （獅子）、 <i>sisigu</i> （內獅）、 <i>nansiku</i> （南世）。
牡丹鄉	<i>sikimung</i> （石門）、 <i>sinvautjan</i> （牡丹）、 <i>kuskus</i> （高士）、 <i>butauwan</i> （旭海）、 <i>laking</i> （四林）、 <i>tukin</i> （東源）。
滿州鄉	九棚、永靖、里德、長樂、港口、港仔、滿州、響林。
大武鄉	<i>kavayavayan</i> （大竹）、 <i>panguwi</i> （大武）、 <i>bacavalj</i> （ <i>otoli</i> ）（大鳥）、 <i>kuceng</i> （古莊）（尚武）、 <i>rutjaqas</i> （南興）。
太麻里鄉	（三和）、 <i>tjuavali</i> （大王）、 <i>rupaqat</i> （北里）、 <i>kinivalian</i> （多良）、 <i>kanatun</i> （金崙）、 <i>konivangan</i> （香蘭）。
金峰鄉	<i>kalitjadrán</i> （正興）、 <i>sapulju</i> （新興）、 <i>kaaluwan</i> （嘉蘭）、 <i>djumulj</i> （賓茂）、 <i>rudrakes</i> （歷坵）。
達仁鄉	<i>talilig</i> （土坂）、 <i>tjuaa</i> （台坂）、 <i>alui</i> （安朔）、 <i>bentele</i> （南田）、 <i>kinivalian</i> （森永）、 <i>sekitsiring</i> （新化）。

資料來源：研究者整理。

三、文化根著：*paiwan*（排灣族）傳統文化慣習⁷

paiwan（排灣族）部落是一群家所組成的地緣團體，*mamazangiljan*（頭目）是部落的領導中心，凝聚與保護著其他的*caljaucau*（平民）家。部落對人格、親屬、繼承、財產、社會團體等諸多事項具有一定的慣習，是所有人必須遵守，若是因故意或過失而違反時，將會遭受祖靈及社會的懲罰，在這個意識之下部落社會自然呈現不成文法律規條的狀態。在本族社會團體中，並無立法機關組織編制，所有慣習皆發生於遠古時代，因為變遷或是與他族接觸改變等，甚至國家勢力影響之下，至今仍能見於歲時祭儀或生命祭儀等儀式中。例如，社神祭中，全社滅火、鑽木另取取火，便可推知祖先如何取火，又如何珍惜火；婚姻中的*patjedjalan*⁸，就可知古時社會採行掠奪婚等。

自古以來部落生活不外乎是同部落或是臨近友好部落的盟友，甚至因為傳統領域或是部族起源不同而形成的敵對部落。然而，平常生活不免會造成人與人的關係衝突與糾葛，衝突或糾葛稱為*marivu*⁹，裁判和解稱為*remasudje*¹⁰。導致需要透過協調談判、道歉賠償、補償等程序，讓彼此儘快修復友好關係，維持部落社會的和諧。

（一）*kaivuan*（糾紛處理）

關於慣習大致上並無公法和私法上的區別，且因為傳統社會並非國家，因此在人格、親屬、繼承關係等慣習上，均不過是一種私法上的慣習。關於犯罪 *paiwan*（排灣）族不否認被害人或其他遺屬對於加害人有施以私刑的權力。一般而言，被害人有向殺害人復仇之權；被竊者有向竊稻者毆打之權；丈夫具有殺傷有夫姦者。但是往往會視狀況由頭目干涉阻止被害者行使私刑權，並以代替被害人出面責罰的方式了結糾紛。

依照慣例糾紛處理是等待犯罪者自白之後進行裁決，而裁決者為了敦促有嫌疑者自白，可以施行毆打或扯髮等拷問的行為。若屬罪證確鑿的情形，即使當事人主張其無罪，通常以其有罪來論處。

（二）*maljava*（和解與裁決）

傳統社會族人因為互爭權利而堅持互不相讓的情況，若是雙方勢均力敵而有招致武力之虞；又一方勢力較另一方強大，比定會迫使弱方屈服。因此頭目會等待一方呈報而介入干涉其糾紛。充分詢問兩造之主張及證人之陳述，若是雙方均有相當理由，而不易決斷時，則取其中，使雙方互相退讓。

解決殺害、毀傷、土地邊界等重大糾紛，為了日後不會留下怨恨，通常會按例舉行和解儀式。因為發生殺害屬於部落重大事件，其和解儀式較其他普通事件慎重。

1. 殺害之和解：無論是故意或是過失，發生殺害事件，加害者與被害者遺屬之間發生仇敵關係。這種關係若雙方沒有舉行和解儀式，仇敵關係永遠存在。殺害之和解儀式各

⁷ 慣習族語稱為 *kakudan* 或 *sikudan*，此二種語皆來自 *kuda* 之語根有「如何」之意，有鑑於「在何種場合該如何」，故可理解為法則或一定之方法。

⁸ *patjedalan* 是北排灣特有結婚形式，在正式舉行結婚儀式前，新娘會躲藏在一處讓新郎找尋。

⁹ *marivu* 意指混亂糾結的意思。

¹⁰ *remasudje* 意指整理紊亂的局面。

部落方式不盡相同，多數部落將加害人緊閉於部落外獨自生活若干年，之後得到頭目許可，歸返部落舉行和解儀式。此時加害者稱為 *pasacekelj*（成為妻子之意），代表柔順、服從。由女巫在加害者頭上撒祭骨並且禱念：希望你之後不要再有如此不吉祥的行為。這個儀式稱為 *kipukavulj*（要求神靈之意），完畢之後加害者向被害者遺屬謝罪，並親自斟酒使其飲下。

2. 頭目間糾紛和解：由仲裁人事先往來於兩頭目之間，協定贖財項目和和解時日、場所。屆時雙方頭目率領各自勇士前往，互作戰鬥之態。仲裁人站立其間，高舉 *lalaya*（竹桿上綁披肩）以制止。雙方各推派代表前進，交換和解之信物，並互相向對方之手行 *semangutj*（吻手），完畢後協定下次相會日期，然後圍成圓陣歌舞後告別。第二次會期，一方頭目率領勇士前往另一方部落，兩部落各派代表（前次交換信物者）向前，持一豬腸管，雙方各將其一端放入口中，互相用力吹氣，稱為 *maljaljabus*，意為雙方呼氣相混合。然後由地主頭目端出酒菜，雙方合飲盡歡而散。此時再約定第三次會期，由第二次地主頭目率領勇士前往另一部落，在其部落舉行 *kiqacu*（粉飾之意）儀式，儀式後和解即完全成立。

3. 普通之和解：由仲裁人向兩造進行宣告，例如此事決定如何處理，兩人日後應該無話不談互相和睦，兩造同聲答應，或於此時以連杯共飲，表達和解之意。

（三） *sikisan nanguaq*（賠償儀式）

贖財或賠償稱為 *tuqulj*，是替被害人報復所採取簡易且便利的手段，為 *paiwan*（排灣）族最普遍的罰則。通常為貨幣、槍械、豬及酒等。頭目之間犯罪行為，也有用土地作為賠償。賠償的額度，依照犯罪之性質及損害程度，由頭目裁量。因此，即使同一犯罪、同一種程度損害，也因各部落慣習多少有異。賠償屬於特定歸屬之物者，取其中部分給與處理該事件者。重大犯罪之賠償包含禳祓祭儀費用。而禳祓費用由被害人所得取的賠償全部或部分支付，或由加害者自行殺豬招請女巫進行禳祓儀式。應該歸被害人之賠償，由加害者親手直接交付，也有頭目先行收取，之後再交付被害人。

四、空間離散：*paiwan*（排灣族）文化空間的變遷

paiwan（排灣族）社會因殖民帝國與資本主義掘根式的抽離傳統領域，繼之全球化趨勢的推波助瀾，引發多元文化意識與原住民族特色文化保存的倡議。當代全球原住民族語言、社會、文化遭受殖民主義、現代資本主義等影響，無不深深的改變了傳統原住民文化空間的精神內涵。以下從居住空間、政治、宗教、經濟、教育等層面討論 *paiwan*（排灣族）經歷殖民、後殖民、資本主義的文化空間變遷之影響。

（一）生活空間適應

paiwan（排灣族）傳統聚落景觀大致以等高線分布，背山面谷形勢，家屋櫛比鱗次坐落於山群中。聚落空間性質變異不同，例如日治時代以警察駐在所為掌控聚落權力空間的重要場所，其位置在部落最高處，便於監控和掌握居民動態，光復後仍以警察派出所為權力空間核心；近代

因遷村影響之下，**paiwan**（排灣族）部落絕大部分都被安置在規劃方正、公共空間及考慮到衛生、交通便利、經濟發展有利的地方。且社會結構變化，在文化、政治、經濟、宗教權力擴展之下，新式鋼筋水泥建築、社區公共空間、商業區、宗教建築興立，徹底改變了原住民部落聚落居住景觀。

將深山原住民集體移住，發軔於日治時代，此乃當時總督府「理蕃政策」上最重要的一環。其目的有政治上的因素，如欲達管理操控之便利；以及經濟上的因素，方便奪取原住民的山林資源；另為防止原住民族抗日行為，推行集體移住，使之遷居住於山下或日警勢力掌控區域，可節省因配置警備機構之龐大耗費。再來是教育文化上的意義，亦即希望能加速同化原住民。方法上，則採取強硬態度。民國時期之後，政府對於居住深山，交通不便，耕地缺少，或在原居地無法發展者，為改善其生活，政府採取輔導獎勵，對該些原住民村落進行移住。然原住民的移住工作牽涉繁多，必須有適當之移住土地及房屋的興建，且要有相當的經費外，尚須考量移住後，是否能適應新環境？與平地人民或移居地人民能夠相處融洽，故政府採取分期逐步實施的計畫。

之後，政府對原住民村落原有地址之地理條件不佳者，覓取宜於落居之山地保留地，勸導其村民遷移，以另形成新村落。因不少原住民村落零散分佈於山區偏遠處，或交通不便利甚至梗塞之區，或缺乏足夠維持生活之耕地，或多天然災害，若任其自然發展，不獨與外界聯絡困難，災荒發生時亦鞭長莫及，政府之改善生活運動，亦難收效。故省府有鑑於此，自 1950 年起，開始積極輔導原住民村落的遷移工作。自該年起至 1971 年間，總計完成 38 個村落，2,943 戶，計 12,408 人原住民遷移至新址落居。

（二） 政治形式轉變

傳統 **paiwan**（排灣族）社會階序組織，形塑了傳統的政治制度，反映在特殊的頭目結婚制度上，權力的象徵也展現在結婚時儀式的排場¹¹、聘禮的質與量、婚宴盛大、參與人數多寡等。然而社會交流日益頻繁，不同宗教、文化、經濟、政治的操作，部落雖仍舊有 **papu isi**（納聘議婚）的過程，但金錢（貨幣）代替傳統的聘禮、特有的傳統舞會和婚宴舉行成了政治人物權力較勁的場域，充斥著金錢、政治權力的角逐。地方自治造成政治人物成為社會唯一合法領導人，是故在集會或辦理活動時，權力空間的鋪排呈現兩種現象，首先為政治系統的陣列，其次才是傳統頭目階級的位置（如圖 3）。

¹¹ 例如頭目婚禮 **putiuma**（架鞦韆）、**qemau**（行抬轎禮）、**kiqilja**（行逃婚禮）等。

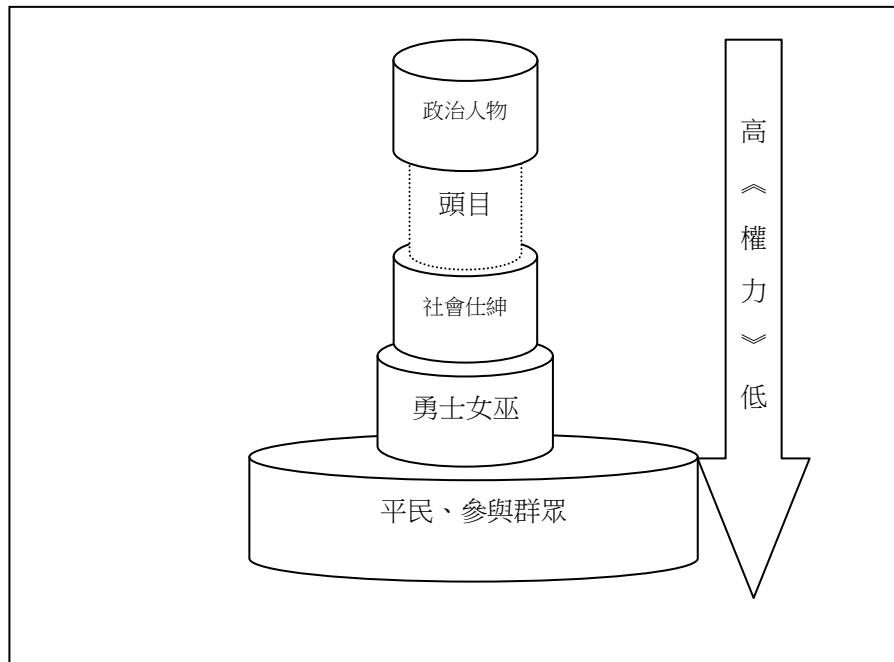


圖 3：現代部落政治權力空間配置。資料來源：郭東雄繪製

在這種氛圍下，掌有政治權力的人，有絕對的空間控制權。因此，在辦理活動時，主辦單位對於台上席次安排可以發現前面大部分是政治人物或地方仕紳，傳統頭目階級的位置，可有可無（虛線表示），端視主辦單位對於空間的定義。政治人物挾著資源提供者，也主導祭儀的籌劃，甚至必須遵循其流程進行，以滿足政治人物作為當代文化代言人的角色，臨時中斷祭儀進行以配合政治人物認定的安排時有所聞。這種現象從權力空間鋪陳上，雖然祭儀活動呈現傳統祭儀文化空間形式，然而，實際權力空間的流動由祭儀中心向外圍高顯之處，掌握發聲權力（發言人）的位置流動，能掌握麥克風的人所在的位置，也才是權力最高的地方！

（三）傳統宗教信仰

光復後，政府的山地政策與山地交通的改善，助長了外來宗教的傳入（蔡主恩，1995：101-114）。*paiwan*（排灣族）傳統宗教信仰隨著部落遷徙，部落社會組織重組的因素，女巫、祭司等執行傳統祭儀的人物相繼老去，取而代之的外來宗教在族人普遍接受的現實壓力下，逐漸轉向信仰外來宗教。

受訪者 *lius* 說：

「*kemasi tua* 民國 40 幾年 *icua sintja mangetjez i qinaljan. namasi ceme katua qatupu. sasenassenai i qinaljan.maki caucau azua nakisan sintja.*」（從民國 40 幾年開始，基督教牧師和天主教神父帶著藥品、聖經來到部落，唱著聖歌傳教。入教者鼓勵家人參與宣教活動）¹²。

基督教和天主教相繼傳入改變了 *paiwan*（排灣族）部落信仰空間的建置與辦理活動的時序，高聳尖銳的十字架、固定集會禮拜與唱誦聖歌的場域氛圍，逐漸形成了部落的信仰空間的特色。

¹² 受訪人 *Lius*，漢名李國文，1944 年生，七佳部落人，2009 年 2 月訪談。

近代因社會流動的暢通，漢人宗教信仰也進入原住民地區發展，廟宇宗祠可見於部落的入口處或其所擇定的風水寶地。

（四） 經濟活動參與

殖民政府鼓勵定耕、經濟作物栽培，聚落遷村和交通建設改善讓 *paiwan*（排灣族）部落經濟活動蓬勃發展。*paiwan*（排灣族）聚落空間景觀的變化具體呈現在住居形式¹³、精緻農業¹⁴、商業區¹⁵、便捷交通路網。近年來政府推動社區總體營造，希望原住民地區發展出不同於其他社區的景觀特色，只是注重硬體未見軟體的提升，虛有其表，變成好看的閒置空間。

受訪者提出了以下的看法：

「zaua kinakuta nasa sipapacun tuapayiang. sika manguanq nua napu paisu.

tjakutai tua ikatjen ana puvong.」(他們做的工程只是給平地人使用的，部落有能力的人可以好好的運用，誰叫我們沒有能力。) ¹⁶。

一語道出了部落內部不同的發展認知，也看出其內部經濟力量帶來的觀念差異。*paiwan*（排灣族）文化的語言、生活習慣、宗教信仰、社會階序日趨式微，被現代金錢、權勢價值觀追逐所壟斷，尤其負有傳承文化色彩重擔的部落頭目之權力逐漸式微。從 *paiwan*（排灣族）部落文化空間景觀的變化，如住居、建築、學校、活動中心、派出所、衛生室等現代化的空間景觀具體落實在 *paiwan*（排灣族）部落中，可明顯感受到傳統 *paiwan*（排灣族）文化流失正是現在進行式；外來宗教較勁於部落信仰空間位置，體現在原住民社會對參與禮拜、節慶等宗教活動的熱衷，而且更明顯的實踐在族人結婚、喪禮等儀式性文化空間的建構上。

（五） 教育文化

綜上所述，原住民權力空間變化受殖民主義、後殖民主義、現代資本主義思想影響。同時在資本主義的浸染之下，原住民族們也改善經濟生活，追求富裕的物質生活空間，成為部落每個人努力的目標。若空間具有權力的本質，政治性質出現時也出現「去政治化」(depoliticization)以破壞原空間的政治條件，而形式上便是新空間的創造。在現代化社區對於頭目階級的權力空間逐漸式微之際，回想起當年祖先筭路藍縷的精神不禁黯然神傷。而如何在追求現代物質生活的提升之餘，也致力於傳統民族文化特色的存續保存與永續發展，也就成了非常重要的課題。

五、從根發芽：修復式關係之建構

臺灣本來擁有的多樣性，經過幾百年的演變，以及政府的介入後，越來越有一元化趨勢，這就影響了處於文化弱勢和人數少數的原住民，所以談原住民問題必須考慮整個臺灣文化發展與保存，才能處理原住民的文化。黃曉芬、張耀中 (2012)認為：「臺灣現行方案仍多以『犯罪人復歸』、『關係性修復』等目標為中心，但對於賦權、參與、責任歸屬、真相的原則及『被害人修復』的目標較未賦予相等的重視，以下就現代 *paiwan*（排灣）族解決司法問題提出一些看法。

¹³ *Paiwan*（排灣族）傳統石板屋建築過渡道現代西式水泥洋房。

¹⁴ 種植芒果、鳳梨等經濟作物。

¹⁵ 聚落主要商業區取代傳統權力核心位置。

¹⁶ 受訪人 *ubak*，漢名黃孝吉，1945年生，七佳部落人，2009年2月訪談。

（一） 轉型正義和修復式關係

轉型正義（*Transitional Justice*）是民主國家對過去政府違法和不正義行為的彌補，通常具有司法、歷史、行政、憲法、賠償等面向。轉型正義之目的為鞏固和保障基本人權之普世價值，以督促政府停止、調查、懲處、矯正、和預防未來政府對人權的侵犯。轉型正義是「遲來的正義」，必須以體制內的方式來實現，並符合國際法庭或國內法所公認之法律原則，例如正當程序原則、比例原則、及平等原則。對於一個從政治思想衝突或戰爭而轉型的國家，轉型正義採取了實際上可行的觀點來面對這些挑戰，其同時也包含了對全體歷史及文化的服從，而不讓現實成為一個不作為的藉口。

修復式關係是彌補犯罪所造成的損害或傷口為著眼點，使被害人或其親人和罪犯得以和解修好。從修復式正義觀點來看，犯罪不但傷害了個人，也對社區和國家造成危害，因此主張不以懲罰和矯治為處理犯罪的核心，而是從發現問題、彌補傷害、治療創傷等方式來處理犯罪問題，希望被害人和罪犯面對面懇談，共同參與修復及治療，而非經被害人隔離，請律師代為傳達意見。這種解決紛爭的方式，如同 *paiwan*（排灣）族傳統社會所採取的 *remasutj*（協調）概念。

（二） *paiwan*（排灣）族文化國土

原住民族一直在努力尋找各族群部落的「傳統領域」，從傳統領域的角度來看，各族和各部落往往將看得到的山頭和海邊，都視為傳統領域，違反當代國家和人群共同擁有土地的基本概念，卻把土地變成某一人群私有領域的概念。若此將影響到國家整體性土地利用的發展。

國內學者劉益昌教授認為：假若我們要建構原住民傳統領域，必須理解到原住民族朋友所謂的過去歷史的具體反映，就是舊社，我們很清楚知道，所有活動空間會重疊，但舊社不容易重疊，因為舊社就是一個部落一個族群住過的地方，社或聚落有其基本範圍。所以舊社可以定義為：當代原住民仍然可追溯的舊部落所在（劉益昌，2011）¹⁷。於是現代 *paiwan*（排灣）族部落生活圈所在皆遠離傳統聚落文化空間所在，是故原住民族文化再生，除了生活空間的再確認和努力研究，同時建構以文化為內涵的「文化國土」概念強化「原住民保留地」以期待族群文化為主體的文化領域概念。

（三） 傳統排灣族文化生活實踐

修復式正義（*Restorative Justice*）基於「和平創建」（*peace-making*）的思維，主張處理犯罪事件不應只從法律觀點，而是也應從「社會衝突」、「人際關係間的衝突」觀點來解決犯罪事件。強調「社會關係」的修復，亦即，當事者的權利、尊嚴應得到滿足，個人、團體與社區已損壞的關係亦得到應有的修復。換言之，社會復歸不只加害人，連同被害者及社區均需復歸的形事政策理念：在國家制度保障下，透過任一方都不吃虧的程序，讓各方當事人早日回歸正常生活。部落生活不外乎親人、族人，大家彼此認識且具有深厚情誼，在傳統社會慣習規範，建立維持社會和諧共處的穩定機制，需要通過國家法律的尊重和採納，以取得文化延續性的發展。

¹⁷ <http://ihc.apc.gov.tw/Journals.php?pid=617&id=736> 原住民族文獻會（2014/7/21 檢閱）

六、 結論

國家能給人民最重要的服務之一就是維持社會和平、安定。傳統文化空間建構的內在性與外部性（outsideness）的經驗在於一個地方，就是歸屬並認同於他，你越深入內在，地方認同感就越強烈。假若沒有深厚的文化作為自信的基礎，不可能面對自己居住跟存在的土地。部落族人相互熟稔互相信賴，昔日夜不閉戶，出入相扶持，這樣的和平純樸部落樣貌，隨著國家社會施行法律規條，政治經濟和教育等影響，尤其是宗教信仰的勢微，和傳統生活空間的疏離等因素，致使 *paiwan*（排灣）族社會文化逐漸趨於勢微，唯有重新拾取部落慣習中對於糾紛處理，根著在日常生活土地之上，文化振興的偉大夢想，始見曙光。

引用文獻

中央研究院民族學研究所編譯，2003，《番族慣習調查報告書第五卷第一冊》，中研院民族學研究所，臺灣：台北。

佐山融吉，1923，《生番傳說集（上）》，臺北：南天。

台灣總督府警察局，《高砂族調查書》，臺北：南天。

孫大川，2005，〈神聖的回歸--台灣原住民族祭儀的現況與再生〉，《臺灣戲專學刊第 11 期》，臺灣戲專。

黃曉芬；張耀中，2012，〈試評台灣具修復式正義精神之相關制度〉《犯罪與刑事司法研究》國立臺北大學犯罪學研究所。

張文貞，2005，〈另類的憲政工程：擘建台灣的法治與政治信任〉，《新興民主的憲政改造：國際視野與台灣觀點國際研討會》，行政院研究發展考核委員會出版。

高業榮，2000，《第一期浸水營（三條崙）越嶺道之研究》，屏東縣政府。

譚昌國，2007，《排灣族》，三民書局，臺灣：台北。

Tim Cresswell 著，王志宏、徐苔玲譯，2006，《地方：記憶、想像與認同》，群學出版社，台北。

劉益昌，2011，原住民族「文化國土」的理念與實務，原住民族文獻會。

蔡光慧，1998，《排灣族原住民部落社會的建立與族群關係（1630-1894）》，台灣師範大學歷史學研究所碩論，臺灣：台北。

Andrews, Donald Authur; Bonta, James. 2010. An Alternative to Retribution: Restorative Justice. The Psychology of Criminal Conduct 5. Amsterdam, Boston et al.: Anderson Publishing, Lexis Nexis.

法律與文化的思辨：

獵捕野生動物 vs 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

林光義

退休警察人員

摘要

最高法院於去（2013）年 12 月針對蔡忠誠（排灣族）狩獵案判決「無罪」。今（2014）年初，東魯凱依法申請狩獵，臺東縣政府農政單位僅核准獵捕山羌壹隻。5 月，布農族於打耳祭中的「抓豬」活動，動保團體認為是虐待動物的行為。臺灣的司法、行政機關及動保團體，對原住民族的狩獵文化，看起來仍處在認知混亂的狀態，引發部落議論紛紛，族人不知所措、亦不知所措。

本文從法律與文化本質性的討論上著手，探討原住民族在當前國家法律制度下，進行獵捕野生動物時所遭遇的難題與困窘，也試著從法律與文化的關係中，解析臺灣的法律體系與原住民族文化扞格之處。大致以法律與文化概論、原住民族基本權利、狩獵文化、野生動物保育法及其相關子法內容，以及重要判決案例之分析等為主要研究與討論範疇。希能從法律與文化的本質及二者的關聯性中，瞭解原住民族獵捕野生動物之行為，以及國家法律當下看待與應對之基本態度與設計等議題。

透過以上的研究與討論後，將進一步解析原住民族狩獵文化，與對應之野生動物保育法及其相關管理辦法等之法規疑義，強調法律應有文化差異性的解釋與設計，才能落實法律多元的精神與功能。最後，本文希望能引發社會一般大眾、立法者與執法者等，正視原住民族的基本權利，認識原住民族的狩獵文化，並能尊重原住民族千百年來的生活方式。盼立法者與執法者能在根源上進行思辨，於立法或執法時，能給予原住民族合情、合理、合法的生存與發展的空間。

關鍵詞：法律、文化、原住民族權利、狩獵文化、法律的文化性解釋

壹、前言

2014 年 6 月花蓮縣銅門部落「因不堪部落傳統領域長期遭過度觀光，導致生態惡化及文化衝擊，遂封路表達訴求……」¹，族人認為目前的法制體系乃「漢本位」的思維，完全忽視原住民族依靠山林生活的文化與經濟模式，政府長期以法律與公權力壓迫，導致部落族人的不滿與反彈，造成原、漢之間的衝突，令人憂心！

你們說的文明，就是要我們卑躬曲膝嗎？當外來的法律遇到原住民族，法律該怎麼辦呢？在 318 太陽花學運期間，法務部長羅瑩雪說：攻佔立院的行為，不會因為身分不同（學生）就可以免責。是嗎？法律可以這樣簡化與解釋嗎？這可能是一般人對羅部長一席話的反應與質疑。法律是政府及官員說的算嗎？真的嗎？

相同地，當國家法律進入部落遇到族人，大聲說：你違反法律了。當下，族人馬上的反應是：我那裡犯法，我犯什麼法？接著開始質疑中華民國到底在幹什麼，為什麼一直要壓迫我們。你們來了！說這不能做那也不能做，我們的生活及生活方式被徹底否定，我們的獵場被拿走，山上的獵物也不能拿了，最後只能到處流浪，你們還說：這是為了我們好。這樣對嗎？到底！

你們說的「法律」，到底是什麼？在法律之下，為什麼我們的生活及生活方式就一文不值，這樣對嗎？又我們真的不能用自己的生活方式生活嗎？要我們放棄自己的生活，過跟你們一樣的生活，就會比較文明，真的嗎？在你們心裡深處，會認為我們原住民族是「人」嗎？若然，你又為何會說：我把你們當「人」看呢！

中華民國的法律，真的與原住民的文化相容嗎？當法律對上文化，又該如何啊！對於法律的本質，對原住民族的文化，我們真的理解了嗎？

如果這真的是一場思辨之旅，就請大家放下你的意識型態，認真理性地走在邏輯的鋼索上吧！

貳、概說法律與文化

法律是什麼？文化的內涵又含蓋什麼？法律與文化間是否有主從關係？或存在其他關聯性等。對以上問題，如若能有概略的理解，或將有助於理解本研究相關課題，將有利於辨明爭議的原由與脈絡。

一、什麼是法律？

人們探討「法」的起源及概念時，一般均以霍布斯、洛克、盧梭、康德等，這些近代思想家們的論點為主。長谷部恭男在〈法律是什麼？〉一書中細膩地詮釋霍布斯「自然權」的概念，分享「每個人為了生存，都有依照自己意識使用自己的力量自由」、「當人們意識到為了和平與自我防衛，必須得到他人的協助，大家便會主動放棄自然主權」、「讓彼此相互放棄自然主權的方法便是締結契約，且人人皆應履行自己締結的契約」等等概念，並認為國家與法律也由此而生（長谷部恭男，2012）。

「社會契約論」乃霍布斯等描繪人民、國家與憲法關係時，一項重要的發明與發現，它清楚地架構三者的關係。此一架構深深影響西方民主國家，並衍生出以「自然法」為依歸的「自然法體系」（海洋法系）國家。人民與國家的契約稱之為「憲法」，憲法基本上有三大特徵：1.最高規

¹2014 年 6 月 11 日蘋果日報即時新聞，劉繼蔚（執業律師）投書「原漢衝突不可輕忽」。

範性 2.自由的基本法 3.限制規範性等。憲法亦是限制國家權力的規範，可以說是寫給國家遵守的規則，即憲法的規範對象就是國家（品川皓亮，2013）。是故，一個國家各類的民事、刑事、行政法等法典，均依據憲法而生，並對外及對內鞏固其主權，保護國家主權的完整與運行，並確保政府能依法行政。另，法律有其法律適用原則，各類法規均有不同的適用規範，諸如：中央法規標準法第六條規定之「法律保留」即為一例；當法律有疑義時，法律亦有其解釋之方法與權限等等，政府機關及公務人員，都必須要熟稔並依法適用之，以保障人民的最大利益。

法律存在的意義，在追求人民最大的幸福，亦即法律的功能在指導人民趨吉避凶，並維護社會的秩序與安全。人民面對法律的調查或偵查時，罪責是否成立，仍必須滿足以下三項要件：1.構成要件該當 2.違法性審查 3.有責性評價等（品川皓亮，2013）。法律並非單一旦僵固的條條框框，有時更須符合社會的觀感與人民的期待，因為不合時宜的法律，以及錯誤的適用與解釋，未必會帶來人民的幸福，更可能會為政府對付人民或壓迫異議分子的工具。

二、什麼是文化？

人類學者 Roger M. Keesing 關於「文化」的概念，認為文化除了指涉社群生活的模式外，亦指為組織化的知識與信仰體系，人們藉此建構他們的經驗與知覺，規約他們的行為等（Roger M. Keesing, 2000）。簡單的來說，文化是一種生活方式，以物質和非物質為基礎，包括：物質、規範、認知等等要素。規範文化是指那些用來約束人們社會互動的規則標準。它告訴人們那些可以做，那些不可以做；應該怎樣做，不應該怎樣做，如違反社會上的規範將會受到處罰。規範文化包括規範（民俗、民德、法律與禁忌）、制裁、價值觀等等。

三、法律與文化的關聯性

蔡墩銘在〈文化與法律〉一書中談到法律文化時認為，法律文化是指社會中特有的態度、價值與意見。文化因素是法律主要構成要素，其彙集靜態結構與動態規範，將之轉換為活生生的法律體。其次，此一法律文化往往人們決定於何時、為何及於何處利用法律制度或法律過程，同時亦決定人們是否採取其他制度或置之不理等等。任何社會或國家均可能援引他國較進步的法律或制度，但在實務上，所制定之法律仍然須參酌本國的文化因素，無法百分之百繼受，否則將陷入寸步難行的地步（蔡墩銘，2004）。法律是文化不可或缺的組成部份，而文化同樣是法律重要的構成要素，亦是某種文化據以表達其社會秩序觀念的具體方式（勞倫斯·羅森，彭豔崇：2011）。法律除了有其「功能」面向外，更應注重其「意義」的面向，即法律有其社會文化的象徵性價值與意義；法律的文化性解釋，在強調法律與文化的關聯性，應超越單一性與功能性的法律觀，反對狹隘的種族中心主義，且應有其多元性（梁治平：1994）。

承上，應可初步理解法律與文化的關係。從文化層面而言，文化既是一種生活方式，文化的內容包括了規範（民俗、民德、法律與禁忌）、制裁、價值觀等等。所以，法律乃文化的內涵與元素之一，只是法律的形式在不同的社會與文化脈絡中，會有不同的呈現方式；但在實質上法律的內涵中，亦可能因社會的複雜程度不同，會有不同的面貌，法律亦有其社會文化的象徵性價值與意義。

反之，由法律的角度來看，法律體系的建立，無非是在應對社會的需求，而文化從來就是法律最重要的構成要素。每個不同的文化區或社會，就會有自己獨特的法律文化，即便是學習或複製他國的法律時，仍然須參酌本國的文化因素。所以，法律對一個社會或國家有其一定的功能，

但法律亦不能背離文化及人民的生活價值，才能符合法律文化性解釋的真義。中華民族文化與臺灣原住民族之南島語族文化是兩個完全不同的文化體系，故在立法時，必須有不同的設計與思考，否則必然會是災難一場。

參、原住民族的基本權利

原住民法學專家雅博魁詠·博伊哲努（YapasuyonguPoiconu）認為，原住民族基本權利亦有三段論述²：

第一、原住民最早在此，是臺灣第一民族。

第二、權利固有

第三、權利從未放棄

臺灣原住民族乃臺灣最早的主人，是不容推翻的事實，在這塊土地上的任何固有權利，原住民族從未放棄與讓渡。在此基礎上，吾等根據雅博魁詠·博伊哲努（YapasuyonguPoiconu）的三段論述，似可確保臺灣主人的基本權利。所謂「權利」，蓋自然權與法定權耳。而原住民族又有何權利呢？本段希望能從人權（自然權）及法律上的權力等兩個面向，討論原住民族基本的權利。

一、人權與聯合國原住民族權利宣言

人權的理念起源於古希臘和羅馬，而具體之主張則肇始二戰之後（1940年代），即聯合國之「世界人權宣言」³。原住民族的集體權概念，則遲至2007年09月13日通過「聯合國原住民族權利宣言」後完整，宣言全文計46條，序言中宣示「需尊重原住民因其政治、經濟和社會結構及文化、精神傳統、歷史和思想體系而擁有的權利，特別是對其土地、領土和資源的權利」，其所主張原住民族權利，主要有三大領域：（1）自主、自決、自治（2）土地、傳統領域及自然資源（3）政治參與等。以上原住民族之宣示性權利，雖不具國際法上強制力，但宣言仍具有其國際「道德」義務及約束力，成員國應透過國內法化，將宣言之精神落實與執行。

知道「權利」，與擁有「權利」，到享受「權利」，我們的面前橫著一道道的高牆。國際上一貫的是現實主義，兩岸關係何嘗不現實，臺灣內部亦復如此。臺灣原住民族要如何在國際人權的喧囂中，找到論述的浮木，在亂局中開創原住民族的新局，仍有待如雅博魁詠·博伊哲努（YapasuyonguPoiconu）一樣的法學專家不斷地努力，才能建立原住民族權利的利基點。

二、憲法與增修條文

憲法乃國之大法，是人民與國家的契約，國家體制與政府行政的範本。臺灣叫「中華民國」，成立於1911年，而臺灣原住民族的地位，於2000年通過憲法增修條文第10條第11項、12項後始確立。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與文化」，確認了台灣是族群多元的國家。增修條文「多元」之價值與精神，應可作為臺灣人民、國家與政府關係之基礎，亦即臺灣的法律體系必須要服膺「法律多元主義」之要求，乃應然與實然之結果，更是民主與多元的必然。2005年隨之而來的「原住民族基本法」，即在落實此種理念之立法，讓每個不同的族群一起分享國家的主權，也藉此種的法制途徑，確保多元得以延

²雅博魁詠·博伊哲努（YapasuyonguPoiconu）的權利三段論乃引伸刑事法之「三段論法」，推論原住民族基本權利之基礎，此番立論似有別於「先佔」概念，但其找尋論述浮木的意圖顯而易見。

³蔡志偉（Awi Mona）臺灣國際研究季刊〈聯合國中的原住民族國際人權〉2008年/夏季號。

續與發展。憲法增修此一條文，也同時確立了臺灣各族群間對等的政治關係。

三、原住民族基本法

2005 年 01 月 21 日立法院三讀通過了〈原住民族基本法〉，第一條明定「為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，特制定本法。」等文字，共計 35 條，其中臚列了自治權（4、5）、爭議解決條文（6）、民族教育權（7）、設專責機關與人才培育（8、9、10）、山川部落回復命名權（11）、媒體近用與基金會（12）、生態與創智權（13）、自然保育與經濟發展（14）等等，權利品項與條文共 35 種，可謂洋洋灑灑。就其立法意旨而言，在保障原住民族基本權利、促進原住民族生存發展、以建立共存共榮之族群關係，第 1 條之內容至為明確，似可落實憲法增修條文第 10 條第 11 項、12 項之精神？但，其條文內容與法案性質及其屬性與位皆為何？至今仍眾說紛紜，不一而足。

本法案立法將屆 10 年，此項原住民族權利法案，原該是臺灣民主政治的重要人權指標與原住民族權利保障書，但其發展的結果，卻令人扼腕。因為時至今日，政府各部門對本法的適用性與法位階，解讀仍不一而足，法界與學界也少有討論與論述。原住民知道「權利」了，也擁有「權利」了，而要到達享受「權利」的這一端間，仍有一道一道很高很高的牆。原因無他，只因多數族群仍然無視於少數的臺灣原住民族存在的事實，一貫地現實、漠視、歧視原住民族，在種族中心及同化的意識與手段下，刻意打壓原住民族的生活空間與傳統文化。

多元文化的意義在於臺灣的公共事務與政治領域不再是單一的，各族群應尊重彼此的文化生活與價值，並允許不同的族群在分享國家主權的概念下，組織其政治實體，自主、自決，並自己管理自己（自治）。臺灣未來民主政治的發展，定能在人權與多元文化的基礎上，能有更進步的立法，並開始思考與建立臺灣法制多軌或雙軌的法律體系⁴，以克服當前原住民族法規適用與解釋混亂的現況。

肆、狩獵生活與文化

漢人說的：一方水土、養一方人。對臺灣原住民族而言，狩獵既是生活方式，也是生養子女的方法，更是生存的之道。臺灣處於亞熱帶，森林與海洋資源豐富，森林與海洋自然就成為原住民族的「冰箱」，這一方水土與豐富的自然資源，也正是孕育臺灣原住民族特殊生活與文化之母。

一、狩獵與生活

部落族人由狩獵獲取動物性蛋白質之外，亦由狩獵活動中守護部落土地與傳統領域。部落男子從「成為獵人」的過程中，鍛鍊膽識、與同伴互助合作、學習山林知識與生態智慧等等；亦從分享獵物與狩獵的過程中，將部落男子與部落緊密連結。因此，狩獵本身不再只是單純地為獲取動物的活動或行為而已，它同時具有文化傳承、守護土地、學習生態智慧、人格養成等等的場域，更是一種生存的技能，或則可說是一種延續生命的方法。

二、狩獵的禁忌與分享文化

狩獵，平常人看起來只是一種獵捕動物之行為，但從原住民族的狩獵制度與禁忌來看，狩獵

⁴參考臺灣第一民族黨〈原住民族自治法草案〉中，在分享國家主權的概念下，所設計之雙軌法律體系，於各民族自治區內施行單行法，可凸顯部落的自治主體性，保障各民族獨特的生活文化與傳統價值，並能落實憲法及增修條文的多元精神等。

有其「特殊性」與「低效率性」，比如：禁獵圖騰動物（如：熊、雲豹、百步蛇等）；祖靈地與聖地等為禁止進入及狩獵的地方，因此部落許多傳統域往往成了野生動物的「生態保護區」（吳雯菁，2004）。原住民族的禁忌包羅萬象，因對大自然懷著萬物皆有靈的「泛靈信仰」。禁忌繁多，包括：打噴涕、性別、季節、圖騰、祖靈地、聖地等等。狩獵前重視夢占與占卜，雖然看似迷信卻表示原住民族敬畏與順應大自然的生活態度（田哲益，1992）。

原住民族傳統生活與社會中，並無先進的存儲存設備與技術，自然演化出分享與分配的文化模式。獵人打到獵物，除了要向頭目家族或族長上繳獵物頭部與內臟外，亦須與家族成員、友人等分享。所以，雖然現代的原住民社會與部落，物質生活並不豐裕，但部落亦少有乞討或餓死的現象，部落人與人間互助、分享的精神，仍尚有餘溫（趙啟明，2002）。

三、狩獵是一種生活方式的選擇

狩獵不只是生活，更是一種職業吧！幾乎每年，我們在媒體上都能看到日本的漁民獵捕鯨魚的事件，電視畫面上雖有國際保育人士的攻擊與輿論的批判，但日本漁民與政府從未退縮。日本堪稱是先進民主的國家，人家是如何在保障漁民的生活與工作權？日本政府總能在保障漁民的角色上展現其大國風範。又，加拿大的原住民族與美國的印地安人亦均有狩獵、捕魚權，並受到他們國家與法律的保障。反觀臺灣，原住民族的狩獵權及工作權，又有誰保護啊！

狩獵，只是一種討生活的方式嗎？除了狩獵，原住民族不能用其他的方法營生嗎？更何況1980年前臺灣還有「獵戶」的存在呢！如果臺灣的社會仍然以為「狩獵」代表的只是一種取得動物性蛋白質的方法，或則只是一種玩樂的遊戲？而不認真思考，它背後隱藏的其實是一種生活方式，更是職業的「選擇」。選擇一種生活方式或職業，是不是一種「權利」？狩獵文化與農業文化、漁業文化，有差別嗎？而我們的社會及法律，可以限制人民選擇生活方式的「權利」嗎？臺灣自詡為民主人權的國家，大家一定要好好思考，人民如果選擇「狩獵」為工作或職業，它涉及的是生存權與文化權的憲政爭議，更是人權問題。面對如此關乎一個族群生存與文化的爭議時，政府在思考立法政策上，能不謹慎小心嗎？在執法上不能有更多元的考量嗎？最重要的是，我們的社會、我們的政府要站在人民的一方，還是一味地要為野生動物請命。

伍、獵捕 V.S. 管理辦法

臺灣原住民族傳統的狩獵行為與活動，並非單純的經濟活動，更不是娛樂性活動，「狩獵」所承載者乃原住民族文化傳統與族群命脈。自1895年日治時期，原住民開始失去傳統領域及獵場；1945年國府時期狩獵開始受到管制，1972年全面禁獵，1978年狩獵成為犯罪了⁵，1989年06月23日〈野生動物保育法〉公布施行，原住民狩獵犯罪法制化。

野生動物的消失或減少，是因為原住民的獵捕嗎？是野生動物棲地的破壞呢？還是有其他原因？個人以為，立法政策的不明究理，政府的顛預無知，才是野生動物消失或減少的真正原因吧！

一、管理辦法及其內涵評析

依據〈野生動物保育法〉（下稱保育法）第20條之1第2項授權訂定之《原住民基於傳統文化及祭典需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法》（下稱管理辦法）於2012年06月06日施行。

⁵鄭川如〈由生存權、文化權而來的狩獵權〉台灣原住民族研究學報第2卷第1期頁101-30(2012年/春季號)。

保育法乃以「保育野生動，維護物種多樣性，與自然生態之平衡」為立法目的。而 2004 年 02 月 04 日第 20 條之 1 增修之目的乃將原住民基於傳統文化、祭典，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要時，可免除限制（第 1 項），意在除罪原住民在文化與祭典上獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，第 2 項才是授權訂定管理辦法之法源。

管理辦法計 14 條，由行政院農業委員會訂定，行政院原住民族委員會會銜發布。條文內容：法源依據（1）、名詞定義（2）狩獵區域（3）、申請人及時間（4）、審查機關及期限（5）、審查要件（6）、限制與廢止（7）、意見陳述（8）、駁回要件（9）、辦理事項（10）、執行報告（11）、不得營利（12）、例外駁回（13）、施行日（14）。首先，由辦法之法源依據及管理機關來看，本法案乃由農委會依據保育法而訂定，目的當然是在保護野生動，原住民的利益與主體性，自然要靠邊站。其次，法規的名稱為〈原住民族基於傳統文化及祭典需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法〉，在立法技術上法規名稱用「管理」二字者，大多是單純針對物或事而訂之法規，而對原住民及狩獵行為則應使用「輔助」或「輔導」等為宜。其三，在尊重原住民族傳統文化及祭典的前提下，狩獵之申請應採用報備方式，較以使用核准之審查制度更為妥當。因為，狩獵是權利，用報備才是民主與人權國家所當為。

基本上，〈管理辦法〉的訂定，源自〈保育法〉及其精神。其管理之對象為原住民族，故其條文內容，完全站在動物與管理單位方便上思考。比如：今（2014）年初，東魯凱依法申請狩獵，臺東縣政府農政單位僅核准獵捕山羌壹隻，即是一例。一個將近兩千人的部落，一年一度的收穫祭僅能打壹隻山羌，完全不尊重原住民族的傳統文化，昧於事實與部落的現況。表示公部門仍存在殖民心態，漠視原住民族的生活與文化傳統，而自失服務人民的立場。條文內容甚少針對「傳統領域範圍」、「動物族群調查」規範公部門，反而在申請程序與審核上，顯得處處為難原住民族及權利之行使，更有違背〈原住民族基本法〉第 19 條精神之虞。

二、獵捕案例說明與評析

〈野生動物保育法〉於 1989 年 06 月 23 日公布施行。狩獵犯罪正式邁入法制化之前，因為各種政策的理由，有全面禁獵期，亦有放寬狩獵的時期。之前所引用之〈狩獵法〉乃於 1932 年國府在大陸時所制定之法律，其間轉折均在國家尚未民主化期間，法令朝夕易轍。解嚴後，民主法治大步走，人民望治心切，〈狩獵法〉廢止了⁶（1989 年 06 月 09 日公布），來的〈野生動物保育法〉卻只為了保護動物，竟使得原住民族的獲罪機會更多，牢獄之災不斷。

筆者長期擔任基層警察工作（1985~2011），從執法的經驗與觀察中，深知此法帶給部落族人的痛苦，亦瞭解此法對原住民族傳統文化的禍害。個人估計，部落族人最常違犯的法律有：槍砲彈藥管制條例與野生動物保育法、公職人員選舉罷免法、刑法公共危險罪（酒駕）。其中影響部落最大者為槍砲彈藥管制條例與野生動物保育法二法，而二法之違犯常常是併列的，因為槍是工具，而動物是目的與結果。在原住民族部落之中，族人因二法送法院者比比皆是，越是部落的英雄人物越有可能被逮；據觀察，以往族人被送到法院進入司法偵查程序，定罪律幾乎是百分之百。近期，部份關心原住民族涉訟案件的法學專家，進行了一系列的「國內原住民族重要判決之編輯與解析」，筆者整理了部份與野生動物保育法相關案例資料進行分析如下：

⁶〈狩獵法〉為行政法，其罰則僅為狩獵管理及證照之發給與收回，或一般金錢罰鍰。廢止後狩獵開始全面禁絕，並立法由〈野生動物保育法〉規範野生動物之管理與管制，法規性質為一種行政刑法。

編號	案件	案號	主要爭點	條文	判決主文	原住民主張	專家評析
1	誤殺山羌	臺東法院 97 訴字 148 號	誤殺保育類山羌，是否有未必故意？	保育法第 18、41 條等	山羌數量還太少	狩獵為傳統生活方式	1.法官只看見保育法，未考慮是否為過失。 2.法官未識原住民傳統文化，不知狩獵為何物。
2	獵捕動物	高等高雄分院 101 上訴字第 135 號	野動數量？保護野動與原住民傳統文化孰重？	保育法第 4、18、21 之 1、41 條等	獼猴、山羌數量還太少	為保護果園及祭典需要	1.獼猴、山羌數量已經太多了，「保育必要性」已顯然降低。
3	陷阱獵捕	宜蘭 97 訴字第 160 號	陷阱誤捕野動，是否觸犯保育法？	保育法第 41 條等	山羊、山羌數量還太少。	為保護果園，純屬誤殺。	1.法官只看見保育法，未考慮是否為過失。 2.法官未識原住民傳統文化，不知狩獵為何物。

資料來源：蔡志偉、黃居正、王皇玉等（2014）

審度 3 個案例，原住民的主張：狩獵為傳統生活方式、為保護果園及祭典需要、為保護果園純屬誤殺等為抗辯；而法院則一貫以保育法第 18 條第 1 項第 1 款之精神，即主管機關未針對動物族群「數量逾越環境容許」為發布或公告，作為判決的依據；另，法學專家們則以：法官未認真考慮是否有「未必故意」⁷情狀、法官未識原住民傳統文化、不知狩獵為何物、數量已達「保育必要性」等評價 3 案的判決。看起來，原住民、專家與法官之間對於「狩獵」這件事，認知上仍然有極大的落差。又，法院或法官是否有必要針對行政主管機關有無調查「野生動物數量」或「是否數量已達開放條件」等等，進行確認呢？而不應只是聽任其一面之詞。

三、法與執法的迷思

法律存在的目的為何？法的目的在創造人類美好生活與環境，追求人類最大的幸福。立法的原則亦往往以「人權」為基礎，以「自由、平等、正義」為標準，譬如：憲法，其中第 7 條至 24 條所揭示均屬之，即便有第 23 條之必要，亦須由法律來規範。此即人民與政府間以憲法形式所明定之權利與義務，政府受人民之託應矢志不移，堅定護憲執法才是。

狩獵，早期有〈狩獵法〉規範，後在保育動物、物種多樣性之考量下，〈狩獵法〉遭廢止，並以〈野生動物保育法〉取而代之。狩獵被管制了，以狩獵為生（獵戶）的原住民族受害最深；

⁷行政罰法採無過失主義，然保育法為行政刑法之一種，法院或法官對原住民族誤殺野生動物以「未必故意」之抗辯不理不睬，亦未作法理上之回應及論戰，令人不解。

「狩獵文化」逐漸消失，加上森林逐步開放與開發，原住民族土地也慢慢在消失中。反省此一立法的政策，以狩獵為生的原住民族何其無辜，故致生法律到底是要保護「動物」、還是要保護「人民」之疑問？〈野生動物保育法〉及其相關子法是否有違憲之虞？「動物權」較之「人權」孰重之嘆！其次，先前之〈狩獵法〉僅是行政法，而〈野生動物保育法〉則以行政刑法加之自由刑於人民，又是否妥當？

三權分立之目的，在於權力分立，在取得社會通念之平衡，並能適應社會時勢與潮流。執法者，與案件發生時，除應依法執法外，更應時時注意與審度法規現變化及社會脈動，如：原住民基本法，已立法公布近 10 年，行政機關與司法機及人員甚少注意，處理原住民案件時未能適時及適度援引，罔顧原住民人權與權利者，比比皆有。除此，案件的處理與審查，除應注意法律要件之審酌外，違法性與可責性之考量，亦須逐一研判斟酌。比如：「原住民狩獵」是否有其生活之必要？是否為傳統文化之承繼？於情應可憫恕；其次，原住民為何會不顧一切，不畏刑法加身，一而再、再而三地無冒險上山，其理何在？亦應一併考量。狩獵是如不堪的行為嗎？無怪乎法學專家會有：法官未識原住民傳統文化、不知狩獵為何物等等評論之嘆！

陸、結論與建議

臺灣在民主化過程中，筆者親身感受民主帶給臺灣社會的活力。在解嚴前後，臺灣社會雖然充滿不安的氛圍，但對於未來人人却都懷抱著希望。自由與民主深化了人民對臺灣這塊土地的認同，身為基層的執法人員，有震撼、有感動、更深感榮幸。其實本文的目的很簡單，只想卑微地希望多元的種子能深植，多元文化可以是臺灣民主的特色，多元參與得以彰顯臺灣的民主，並創造新的活力來源。

今（2014）年新出爐〈國內原住民族重要判決之編輯及解析(第一輯)〉書中，現任行政院原住民族委員會林江義主委在序言中寫到：

台灣原住民族，居住台灣本島已有五、六千年的歷史，在二十世紀初以前維持著自給自足、高度自治的生活。這樣獨立自主的生活，在二十世紀初產生了變化，各時期的殖民統治者企圖以單一的法律價值觀，統治文化、歷史、語言且截然不同的原住民各族；然而，這樣充滿單一價值、霸權暴力及污名欺壓的外來法律思想，卻無法為原住民族所接受。

林主委是原住民的政務官也是最高機關的首長，能有如此慨嘆與體悟，真的讓人耳目一新，也令人佩服。以下僅將本研究對於法律與文化關聯性思辨的小小心得，以及對於思考原住民族狩獵文化流失與困境之所得，提供族人與政府不同視角的觀點與解決方案。就讓我們接續這樣的慨嘆與論點，一起來思考臺灣法律體制的問題與癥結。

一、結論

首先，本文要先回答「法律與文化關聯性」的命題。從前幾章的討論中瞭解，法律與文化有其必然的主從關係。從文化層面來說，文化是法律的基礎，在不同的社會與文化脈絡中，法律會有不同的面貌及不同的呈現形式；反之，法律體系的建立，無非是在應對社會的需求，所以每個不同的文化區或社會，就會有自己獨特的法律文化。就如同法學教授蔡墩銘所言：「**即便是學習或複製他國的法律時，仍然須參酌本國的文化因素。**」所以，我們都知道，法律對一個社會或國家有其一定的功能，但法律亦不能背離文化及人民的生活價值，才能符合所謂法律文化性解釋的

真義。

其次，本文要辨明原住民族的「狩獵文化」，它只是一時之活動、娛樂，還是生活方式的選擇與必然。一個仰賴森林與海洋源資生存的民族，自然有別於以定耕務農生活的漢人，因為生活環境不同二者衍生出不同的生活哲學與生存模式。所以，處在不同的環境下就會有不同的生活模式，不同的生活模式就必然發展出不同的生命觀與文化價值。漢人所立的法律，其背景與思維，自然會以其文化為本位，而視異族的生活與文化為野蠻或不文明；漢人的法院與法官，無法理解原住民的狩獵文化，不辯自明、亦無可厚非。「狩獵」所承載者乃是原住民族文化傳統與族群命脈，是生活在臺灣寶島的族人必然的選擇。狩獵是原住民族生存的必然，而國家却以法律禁絕或族人因狩獵而受到刑罰，所涉及已不單是生存權與文化權的爭議，也必然是人權的問題。故，在制定與原住民族有關的法案時，應思考原住民族的文化與傳統，並將原住民族文化與傳統要素納入國家法律體系之中，或可降低對人權的侵犯，保護其傳統文化與族群尊嚴。

其三，要如何解決臺灣原住民族在當下法律體制下的困窘？如何建構可以符合臺灣多元族群的法律體系？相信已有許的討論與分析，此亦為本次研討會的重要目的，更會是原住民族下一階段社會運動的主軸。有人說，以前既然忽略了原住民文化，以後就把原住民文化納入法律之中就好；此種說法，亦即所謂的原住民文化與慣習法制化，並認為這是一種可行的方法。但，此種想法所涵攝的範圍太大，法制工程浩繁，將曠日費時。就立法經濟而言，根本是人力與財力的浪費，執行困難且效益欠缺；有部份人會認為這樣的想法只是一種拖延戰術，沒有解決問題的誠意。故而本文認為，如能建立雙軌或多軌的法律體系，可能會是更省力與便捷的道路。基於人權與憲法多元文化的精神，以及讓原住民族分享國家主權的概念下，如能在自治區內施行符合各族群文化的單行法，可能更簡單與明確。林主委說的，不要再用單一的法律價值觀，來統治文化、歷史、語言截然不同的原住民各族；不要再以霸權暴力及污名化的法律思想，強加於原住民族身上。所以，單行法的設計最能回應此種想法了，不是嗎？

此時此刻，大家要好好思考，也希望在可預期的未來，真的可以落實與滿足原住民族自治的願望及期待。除此，本文仍針對當下，在法制上、教育上及執法上有改善空間的部份，提出建議，供族人與政府參酌。

二、建議

在書寫本文的過程中，思考當前原住民族的法制問題時，常常會有一些論述上的難題，比如：是否應該依法論法？或者純粹從文化的層面來思考。如果是要依法論法，很容易就陷入現有法律的框架之中，如想從原住民的文化來思考時，則容易天馬行空、摸不著天際。從實際面上，筆者仍試著提出一些想法，拙見如下：

（一）法制方面：

- 1.原住民族基本法，法律位階不明，亟待明確定位，以利法規適用、解釋與援引。
- 2.恢復或制定以人為主的「狩獵」立法例，恢復「獵戶」行（職）業。

（二）教育方面

- 3.多元文化與原住民族歷史等，應納入國民義務教育教材。
- 4.公務人員、司法人員考試應加考原住民文化一科。
- 5.加強人權與民主法治教育。

（三）執法方面

6.執法機關宜減少或廢止原住民地區野動法相關績效評比。

7.定期調查、公告野生動物族群數量，以昭公信。

8.加強執法機關原住民相關法規宣導。

以上建議，希能在法律與文化之間，為原住民族找到活路與生存空間。

最後，希臘哲人蘇格拉底堅持遵從雅典國法，接受判決。蘇格拉底的死，成了西方法學家不斷討論的主題：人是否有遵守法律的義務？即使是惡法，我們也必須遵守嗎？又是誰賦予法律強制力？所以，如果沒有自由公民就不會有民主國家，臺灣是我們的國家，您希望他成為什麼樣的國家呢？318 太陽花學運期間有人說「**當獨裁成為事實時，革命就是義務了。**」所以，說人是反動者，其心必然是獨裁的；在世局混亂之時，能勇敢捍衛自己權利的，才配成為真正的「人」。

參考文獻

- Roger M. Keesing, Andrew J. Strathern, 2000, *Cultural Anthropology: A Contemporary Perspective* / 文化人類學：當代的觀點（上），譯者：吳伯祿、李子寧。桂冠圖書。
- 長谷部恭男，2012，法律是什麼？法哲學的思辨旅程，譯者：郭怡青。商周出版。
- 品川皓亮，2013，圖說法律，譯者：張迦羅。日本實業出版社。
- 蔡志偉、黃居正、王皇玉，2014，國內原住民族重要判決之編輯及解析（第一輯）。翰蘆圖書。
- 蔡墩銘，2004，文化與法律。翰蘆圖書。
- 勞倫斯·羅森，2011，法律與文化：一位法律人類學家的邀請，譯者：彭豔崇。法律出版社。
- 梁治平，1994，法律的文化解釋。三聯書店。
- 吳雯菁，2004，再見/再現獵人：一個魯凱族部落的獵人意涵探索。臺灣大學森林學研究所碩士論文。
- 田哲益，1992 臺灣布農族的生命祭儀。臺原出版社。
- 趙啟明，2002，重返舊部落。稻香出版。

回頭正視原住民族法規

邦卡兒·海放南

玉山國家公園管理處課長

摘要

原住民族自有一套族群規範，從自然與心靈發展不同的禁忌或規範，在部落規範有長老制度，家中尊居長者，以致在外征戰與談判以 **lavian** 為首，在許多的規範裏頭無不以族群傳統為依循，圍繞整個社會、政治與法令是在整個部聚落遵照這個系統，在部落的發展中有不同的歧見引起紛爭，都必須站在族人中被審判，審判的人是具有公正以及名望的人，對於事情判決以公義原則，從天的律法觀念以及自然大地規範讓部落遵守，現在有多如牛毛的法令，卻也無法阻止違法，很多的問題似乎無法從外力的規範來要求遵守，細想髒亂污穢的現代，應該從基本的人與天、道德規範來發展更適合人的法律。

關鍵字：規範、審判、公義、法律

一、前言

原民族的傳統規範是依循著天、地、自然、精靈，與目前的法令是完全不同的觀念，法令還分區域與族系，如有所謂德國系統、日本系統、美國系統等等.....，也分所談國際與海洋不同的法規，誰會去知道這麼奇怪複雜的法令，法令是為什麼設的，是因為要人避免去違反他人的身體或侵占財產，為了一個基本簡單的人與人之間的誰可以或能不能來創造出了許多很難讓一般人了解的法令，法令成為束縛與枷鎖，對你我產生一般性的威嚇，也引起有力人士的貪賊望法，國家的法令是要保護所有人民，這是最初的小法與目的，我們回頭檢視現在的狀況是法令的制定是對少數人有益，對於弱勢是無意義，而且是一種傷害，這是有問題的。

談到法令；談到審判；幾乎都是有恐懼地的，我是對的而我卻無法伸張正義，有辦法的可以將黑的成為白的，人說有「錢判生沒錢判死的」，法令是可以被左右，只要你有能力，能力包括金錢權力或人際關係等等.....，法令的設置是有幫助嗎？許多人都懷疑，學法的最清楚裏頭的複雜性。人最原始的天地與精靈崇拜與現在的法令看起來都是規範，但單純的法令也許才是守護單純的人。

二、目的

宗教的法規非常嚴格，很多的法令在於對神的崇敬與人的關係，以基督教的律例最有名的首推十誡，對於偷竊與貪婪、殺人等言之鑿鑿。佛教稱貪、嗔、癡也是對於人的貪念教誨，研究許多律法以後，遵守的人是某一類的族群，常常因結果而失望，許多人仍都對宗教法令非常敬虔與遵守，人制定的法律卻依照權利慾望不等無視法令存在，在人都可推翻保護不該保護的人，我們是否應該思考人的現行規範與傳統的差異與效率，用在這個時代好嗎？雖然許多科學驗證是站在文明的哪一方，我們回頭看看以前的規範會更有智慧知識，有許多人審判的案子，結果是非對錯決定在多數或一人手上，悖離法律定義與正義的原則，土地與權利在原住民觀念是整個族群與天地自然共享，從無價值的概念，所以也不會失去，現在卻出現貨幣而出賣土地，更是出賣靈魂，離開家園到都市叢林生活，遵守不屬於自己的法令，不懂各種條文，反倒成為枷鎖，綑綁雙手任人宰割，原住民需要進入社會及國家，一同遵守共同的規範，但往往忽視原住民的心靈規範與族群慣習，文化與規範產生矛盾，原住民的習慣被叫做違法，讓許多人不知道我們到底是哪裡做錯，希望有一個大家可以理解的規範，這是一種大家經過平等、討論以及互信尊重的規範，大家尊重不同族群的規範，避免產生法規處理之困擾。

三、原始部落律法

（一）生活規範

路不拾遺：在部落山林中的器物決不會消失遭竊，許多人都會遵守，以往失竊會循巫師透過天眼尋找失物，不管牛羊或錢財與物品都可以被找到，不僅依靠巫師，也因為遵循天的規範，違反會被天所懲罰，甚至天打雷劈，無人可心存僥倖。

記號即所有：在山林裡的生物或土地只要被按上石頭或樹枝為記，就屬於個人所有，其他人不得取走或使用，以地為例；翻山越嶺找到新地開墾，只需插上樹做記號，他日再來開墾，沒有人會來搶這塊地，因這地以做記號，就是屬於記號的家族或個人，打獵或獸夾的獵物，不會有人隨便食用，這是別人的物品，斯雖然別人沒看到，且絕不會動人家的東西。這是大家共同遵守的

規範。

（二）Gaga

泰雅族的 **Gaga** 是整個族群的中心，可大可小。小由五常大至國家社稷律法，小朋友的規範是在孝敬父母與順服家族，部落規範在於互相協助團結以及家族間的規範。對外的是勇敢殺敵保護族群等。

（三）自然法

原住民族的律法皆來自心靈與天地之間的連結，在山林的每個角落都有不同的精靈在管轄，無所不在於大自然間，許多人不能去觸碰源自祖靈所訂下的約或規範，謹記為守唯一的法則，與現今的法令不同的是遵守一個大原則就是所有的依歸，許多的法令卻不能滿足與規範人的行為，人創造法令卻也創造相對的法令去抵抗既有的規範，產生了所謂的辯詰。法令就須一直辯論下去，這是一個非常獨特的人的行為模式，在於無法信任制定的法令，周全與否的疑慮而創造不同天地間的法則。自然是一種規律與和諧的，不容許破壞與改變，有人悖離了就需要付出代價，代價是慘痛與生命的豪賭，沒有人可以逃得過劇變的下場。

（四）禁忌

禁忌是維護部族的和諧的一種與天定下的詛咒，天已經被記於天上的規範，以此禁忌作為不足的規範，這個規範小至平常的說話或行為，如出外打獵不得先行誇大其辭，未遵守而無獵物將空手而歸，令近親視為重大禁忌侵犯者將慘遭死亡或壯大疾病，族群之間的禁忌大同小異，皆為祖先訂下的規範，人與人之間的；與動物間；與親族間等等的禁忌，在族群間格外受到重視，此與現代漢人的律法有極大差異。

（五）人遵守法令

人的社會關係越複雜，法令訂定越詳細，法令源自於人的不信任與約束他人的行為，人們在群體生活中需要建構規範以彰顯社會公義，專制與帝國君王主義時代下也創出許多典律規範國家社會，規範的立意為訂下永遠的依循與規範，人的社會中需要約束每一種不同的人，如果用一己之私或性格的方式社會將永無寧日，文化與地域法令也不同，大國家小國家的法令也不同，法力的訂定攸關人的關係倫理，必須遵守制定的法令才能有和諧的國家。

（六）宗教（基督教、天主教、真耶穌教、佛教、道教等等.....）文化

宗教是一種信仰在每個地區所產生的生活文化，在區域共同遵守的宗教有非常多種，主以勸人向善，社會族群朝向善良與美好，這是一種心靈的道德規範與崇高的願景，遵守的規範以個人信仰態度而不一，這個宗教規範會隨人也產生不同的結果，常常與時間社會與生活不同而不同，因為人還是像眼睛所看到的，有人會藉由信仰造就自己的慾望，使許多事情變的不一樣。

（七）罰責

罰責是由天的懲罰居多數，由天降下處罰非常重大，影響深遠，許多人非常懼怕，在現代資本社會的觀念下都以金錢貨幣為處分的依據，使得法令變成了權力金錢的另一種手段，這是目前法規範詬病所在，回到原始單純的規範是否會讓人的犯罪變少，過多的罰責只是讓弱勢更為低下，罰責的目的本身是讓人遵守以及產生畏懼，具有責任與擔當，從這樣的想法讓社會更好，無從區變更法令的權威。

四、現在的律法

常常與原住民有爭議的法令大概有（一）民法（二）刑法（三）國家公園法（四）森林法

(五) 野動法 (六) 原住民保留地管理辦法等等....., 原住民應該多數不知道那些法令是為著他們制定的, 有哪些是常常觸碰引起火花的, 攸關生活文化的慣習, 卻無法理解只是用原本祖先傳承的兔的利用以及生活文化卻引來違法而被處分, 常常覺得很無辜, 但是法令定是重刑無人可改變, 一旦進入司法程序, 只能自求多福, 目前原住民碰到法律的案件經調查有件, 以居多, 看到這些資料會覺得不值得, 常常因這些案件引起社會的批判, 以許多不懂族群文化污衊原住民, 以違反森林法案件來看: 89 年共 117, 90 年 144 件, 91 年共 139, 92 年共 136, 93 年共 132, 顯示道藩案件有攀升的情形 (台灣法務統計), 這是 89~93 年間發生的, 近幾年情況越糟糕, 發生地點以南投與台東為最多, 中央山脈的林產豐富導致盜伐案件最高, 早期以狩獵產生的觸法較高, 近年卻轉為林木商機, 時代與環境上的差異造成。

五、慣習與法令衝突案例探討

原住民的觀念與生活非常單純, 常常與國家的自然資源利用發生衝突, 如 (一) 土地 (二) 狩獵 (三) 採集 (四) 森林 (五) 開墾 (七) 焚燒 (八) 建屋等, 在進入國家體系之後整個環境所有的資源全納入國家管理, 甚至衣草一木, 這凸顯了幾個問題;

部落 (maiasang) 的概念: 原住民對於部落的情感一直潛藏在心中, 要不是日本理番政策運用大砲壓境屠殺了各部落族人, 並且運用以番治番, 以夷制夷的手段, 現在原住民應該是山上最滿足的民族, 有山水為伴, 有廣闊的山林優游自在, 老人家常常嘴中掛念大樹與野獸的奔跑, 以及各地區的種種軼事, 很想歸鄉, 回到生長的地方是否可以找到童年記憶。

使用與利用轉變: 原住民從早期的採集、狩獵至農業時代, 經歷過程中已成為台灣原住民重要的文化, 在文化形成中外來文化侵略, 使本土文化遭受前所未有的衝擊, 形成原住民的文化黑洞, 中間遭到殖民統治近 60 年, 整個文化已經殘破不堪, 文化的侵略與帝國主義入侵, 許多原住民已經忘了自己, 再加上許多使用方式與利用的概念常常引發衝突, 蛋白質的補給與植物採集對於原住民很平常, 現在國家的制度卻不容許這樣的方式, 因為原住民的土地是被施予的, 早期的山林是國有地, 這樣的概念下常常讓原住民變成違法。

六、原住民的超越慣習法

破壞山林是許多原住民不小心犯下的錯誤, 如山坡地開發; 土地租售他人種植作物卻造成山林土地流失, 對於土地沒有情感, 只是財產的觀念可以任意使用, 而不是家族或部落所有大家可以影響的。暴殄天物及對動物只以經濟需求, 以前取皮肉販售, 現在只取最貴重的鹿茸而將肉棄之山谷, 這是上天給的禮物卻隨之丟棄, 有違傳統文化規範社會將遭天譴。經濟誘因造成族人帶領他人進入山林破壞山林, 林木砍伐最讓人痛心, 將百年以上守護山林巨木趕盡殺絕, 全島為此傷神, 對山林諸神的不敬與侵入傳統領域是不被允許, 此等等對山林輕忽怠慢行為應被譴責。

七、討論與結語

許多的法令似乎完備也用於原住民, 從荷蘭、日治、國民政府至今, 許多的成果從清朝的「開闢洪荒」以至「化及蠻貊」都是從教化撫番下做出發, 而在日治的理蕃政策之集團移住下徹底崩落原住民族幾千年的生命文化。國民政府的國語政策無非是壓垮那駱駝的最後一根稻草, 重重摔碎了原住民在台灣建立的原住民多元文化, 而許多的法令卻讓原住民生活更為艱苦, 原漢土牛溝之藩籬沖垮之後, 漢人肆無忌憚的開挖奪取最後墾地, 農地的上山; 溫泉的開發, 觀光開路等等, 原住民僅有的領地一一被攻佔, 原住民比流浪漢好一些, 都是找不到地瓜就回到山上找芋頭。

法令的建立無非加深傷害了原住民，在強權設置的行政機關無非監督欺凌原住民，如今山林反撲以及經濟誘因造成山林浩劫，山林破壞途徑更加慘烈，觀光的推動益增加推波助瀾毀壞山林謀取珍貴樹材，陸客登陸之後的影響使環境與山林崩壞加深，法令言之鑿鑿卻無從規範，也許只有山林祖靈訂下的禁忌與法則才能阻擋這波無情的戰役。

主題二：

獵捕野生動物 vs. 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

【會議實錄】

主持人：原住民族委員會阿浪·滿拉旺處長

大家午安，王處長家裡有喪事，所以請我來代理。首先介紹題目的發表人，第一個議題關於空間與土地的發表人是郭東雄老師，與談人為桃園縣政府原住民行政局的林誠榮局長；第二個議題是野生動物議題和文化的關係，發表人是林光義警官，與談人是林務局的代理管立豪組長；第三個議題是原住民法規，請到玉山國家公園管理處的邦卡兒處長，與談人是法律扶助基金會台東分會的陳采邑執行秘書。

與談人：桃園縣政府原住民行政局林誠榮 Masa · Watan 局長

我是泰雅族，來自桃園縣復興鄉的 Masa · Watan。沒有土地哪來的打獵，郭老師的說法我非常贊成，先把土地和人找回來，才有我們的獵場、領域、才有我們打獵的傳統習慣。看看郭老師所報告，從泰雅族的遷徙的過程、頭目制度、和解的方式、打獵、領域等都與泰雅族的版本有 80% 相同。泰雅族的埋石制度是和解，現今的檢察官和法官是做不到，只要一埋石事件就解除。陌生人在爭奪、爭戰的過程中，和解後大家回歸不認識的狀態；但原住民只要一和解，就是家人、就是兄弟姊妹，這完全是融合一個家庭，這兩個處理機制是不同的結果。從我們傳統空間到國家的習慣法令，一直遷徙延續到傳統文化，就是因為有遷徙、一直遇到新的植物、新的文化，所以語言和文字都在變，在這個過程因為土地崩落就離開，但離開後我們還是要回到原來的土地來。講一個例子，當初為了建立石門水庫，把我們的部落遷到大溪石門水庫的後段，颱風把我們的部落沖毀，又把我們遷到觀音，平地漢人是住在防風林之前，原住民是住在防風林後面靠近海邊，那個環境很多沙子，所以我就和爸爸一起離開，回到復興鄉。這就是牽涉到國家有沒有好好對待這個土地原先的主人，郭老師的報告我非常認同，源自於我們的文化才有傳統的祭典，例如泰雅族的祖靈祭，從這個祭典找回我們的祖先，如何讓千年百年的過程能夠找回，然後又用眼睛、嘴巴、歌曲將文化傳承給下一代。我們就是用吟歌方式傳承家族，這樣分散在各地的子孫只要聽到這樣的吟歌，就可以知道彼此是親戚。

剛剛在講修復式的和解，泰雅族的習慣法只有六條，不要偷、不要搶、不要貪、不要驕傲、不要姦淫、不要欺騙，這六條守著祖靈。然後長者出來和解，和解完就沒事了。

與談人：行政院農業委員會林務局保育組管立豪組長

我不是學法律的，有些法律見解我無法理解，但我會站在生態的角度為野生動物辯解，有

些野生動物可能比原住民更加弱勢，例如台灣黑熊只剩下 8 萬隻，所以我還是要站在動物的立場來發生。林先生是站在法律的定義到原住民基本法的狩獵、生活文化的角度來評析，最後還提出 8 點建議，這些都可以做為我們未來施政的建議。我 65 年畢業後就開始到山上工作，很多時候都要請原住民朋友幫忙，常常跟他們相處在一起，所以對他們也相當了解，在生活過程中他們的傳統祭儀、對地形、氣候的判讀真的是非常厲害。

民國 75 年的時候有一陣子和原住民朋友在山上工作，常常看到野生動物死在陷阱裡面，原住民朋友說那些陷阱都不是原住民的陷阱，原住民設置的陷阱技巧並沒有那麼好，比較高山區的地方流行山產，平地的獵人就設陷阱去抓，兩個星期才去巡一次，踩到陷阱的野生動物沒辦法掙脫，所以就死在陷阱裡。那位原住民朋友說道，十歲的時候和父親一起去狩獵，追蹤了兩天才看到一群水鹿，於是就用弓箭射一隻水鹿，其他的水鹿就跑走，這才是原住民的生存之道，原住民需要的不多，只是為了求溫飽，其他的水鹿跑走未來才有辦法永續發展。這也告訴我們說原住民的傳統生活只是為了求溫飽而不是經濟收入，但有些原住民可能受到漢人的影響，或是平地的漢人也會跑到山上去狩獵，這是我在做這份工作的感受。

野生動物保育法在民國 70 幾年山產店開設很多，獵捕野生動物嚴重的情況下，很多保育團體和生物學家促成設立的。在制定的過程中，一定占了很多人的觀念、而不是野生動物的觀念，而那時候制定的過程可能沒有找原住民來溝通，所以在原基法 21-1 制定後，就找了學者、林務局、原民會來討論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，但當時學者都是在比較學術性的探討，這個法案一直沒有通過，最後才由林務局和原民會討論後來制定這個法。可是我們對傳統祭俗沒有收集研究，有一個同仁還很認真的跑到各鄉公所去收集原住民的傳統祭俗，才促成這個法的訂定。但這個法在訂定後大家都很不滿意，原住民朋友很不滿意、林務局不滿意、動保團體不滿意，可是這也沒辦法，這是在大家不滿意情況下妥協出來的結果，這個管理辦法有總比沒有好，大家在一個遊戲規則下接受管理。

另外林先生的文章提到原住民的生存權和文化權，但是野生動物生活在這個社會上也有牠們的權利，站在食物鏈的角度看，如果一個物種滅絕，食物鏈就會被破壞。如何保護生態鏈的是我們的工作，例如石虎已經消失，水鹿就沒有天敵，水鹿數量過多後食物鏈就會被壞，那這樣我們為了保持水鹿數量的平衡是否要靠人類來獵殺？所以在考慮食物鏈的平衡，在原住民的生存權、文化權下，也要考慮到野生動物的環境權。林先生提到狩獵涉及原住民的文化、職業選擇，這些我也不反對，尤其是獵人制度，我們需要來討論實施，讓整個制度能夠配合。

與談人：法律扶助基金會台東分會陳采邑執行秘書

我一直以來在台東都在部落裡去跑，我非常能夠了解生活在漢人體制下的痛苦。例如講到賠償，漢人的賠償制度非常多元，但原住民體制下的和解方式進到漢人的體制下就不行。原住民可以解決，漢人不能解決，那要說誰比較厲害呢？而很多的制度也被瓦解，像是在原住民社會中排解紛爭的頭目，也被中華民國政府選舉出來村長所代替。有些原住民體制被中華民國政府所破壞，然後再加入其他的制度來補救，像是強制辯護制度，原住民就不是在做犯罪的事情，那為什麼要用犯罪的制度來替他辯護。原住民長久以來就是依靠土地生活，很多的依賴是漢人無法想像，原住民須要吃甚麼到山裡面採集、狩獵就可以。但現在很多土地都是林務局的，很多原住民不能像以前一樣的生活，就只好離鄉背井。

為什麼不能讓他好好在部落生活，要讓他離鄉背井，然後政府在說原住民是弱勢族群，用很多方式來補助，這樣不是本末倒置嗎？在部落留下來的也是有，但一不小心就變成犯人，像是森林法、野動法的一些案子，被審判的時候又會陷入一個很奇怪的邏輯，「這不是在過我的生活嗎？」，這個制度又會逼你認罪，認罪就從寬量刑。有一個獵槍案的案子，被告和法官說「我承認我有做這些是，但我無罪」，我覺得這是很沉痛的抗議，當然這個案子最後被判無罪。林務局和原民會對野生動物有做一個管理辦法，我們有一次去部落做宣導，向部落的人說獵捕需要向主管機關申請，例如山羌五隻、水鹿五隻，這時候老人家就跑過來說這樣不對，獵物は祖靈給你的禮物，你怎麼可以先要？

我這邊有做一個統計，部落說山羌真的太多，我搜尋 97 年至 103 年原住民因為野動法被判刑的人有 114 人，布農族有 48 人，把群族不明的人放在一起，布農族的在裡面有超過五成，當然泰雅族是第二名。我們說多元物種，我也無法判斷是否正確，結果山羌是 181 隻獵物裡面站了 131 隻，這樣不覺得很奇怪嗎？把山羌和水鹿加起來，占了物種的 95%。

主持人：原住民族委員會阿浪·滿拉旺處長

謝謝陳采邑執行秘書精彩的與談，以下讓大家提出問題由上面的發表人和與談人回應。

提問人一：

我是來自北部的泰雅族，我有兩個問題要問

今天很多討論在公共利益與原住民文化慣習的取舍，當原住民自然使用的習慣規範與國家法律衝突時，到底是原住民的習慣規範比較好，還是國家的律法比較好？如果國家的律法比較好，對動物、礦物、植物比較好，那麼原住民的習慣規範退讓也可以，但是原住民好像也不是這麼認為。原住民習慣規範底下，對自然環境比較好，還是國家有這麼多立法，像是森林法、野動法，對環境比較好呢？

來到傳統領域一定要尊重原住民，像是林務局要進到原住民傳統領域採集，應該要得到原住民的同意。而今天是由國家來核發許可證，傳統領域應該是由原住民核發許可證，讓部落審查，才算是尊重原住民的傳統領域，是不是這樣？

提問人：黃長興先生

我是來自秀林鄉的族人，以前是原住民基本法推行委員會的委員

我認為禁止原住民狩獵的法律是惡法，應該要被廢除，不會狩獵就不是原住民。而且很多山難救援的原住民，都是從小開始在山上的獵場打獵訓練出來的，未來禁止狩獵，那原住民的小孩子未來怎麼進入山裡？像去年一個山難，搜救隊花了幾千萬找不到罹難者，罹難者的家屬在電視上看過我，就請我幫忙，我派了兩個人花了兩天就找到了，這就是山裡的智慧，山豬走的和猴子走的路是不一樣，這些智慧在書裡面是找不到。

所以狩獵活動不能禁止，還是要合作。我們可以訓練喜歡進入山林的原住民小孩子狩獵的技巧，再搭配現在高科技的儀器，可以更快了解山裡的環境。這種智慧在書上學不到，只有常常進山裡的獵人才會，而且這也是各族群都擁有的技能。

提問人二：

我爸爸來自賽德克，我媽媽是布農族，所以我是混血兒

在部落裡面充滿了很多莫名其妙，在淫威之下我們不得不屈服，部落的獵人上山打獵回到部落一定會分享，這是我們的傳統慣習，也是我們維持部落情感的方式。但現在貨幣的觀念帶入部落，陸續制定許多莫名其妙的法令，像是森林法、野動法、國家公園法來破壞我們原住民的生活，讓我們昔日的英雄變成罪犯，讓我們幾百年來的生活習慣變成犯罪。請問這不叫野蠻，甚麼才叫野蠻？

第二個問題，我不知道野生動物的調查怎麼調查？在哪裡調查？數據怎麼產生？我對這些充滿懷疑，如果有機會在台東台九線開始，靠近山上的地方就有很多山羌，一直到太魯閣如果不注意路況，還有可能會撞到山羌，到了合歡也是有很多山羌。所以我對法院的判決充滿懷疑，法院的判決說山羌太少、我對這點希望管組長可以幫我回答。

發表人：力里國小郭東雄老師回應

原住民的生態觀和國家生態觀哪個好，當然我認為原住民的好。在族群文化的維繫上，文化和土地的關係是密不可分，怎麼讓文化繼續延續下去，我們在國家體制下無法置身於外。台灣文化如果少了原住民文化，如何在國際上和世界的文化接軌來凸顯台灣文化的存在。台灣給世界的禮物是原住民的文化，在原住民生態觀和國家的生態觀底下，當然是原住民的生態觀比較好，原住民的生態觀充滿人的取向，而非物的取向。

第二個就是，原住民環境的所有權，如果各位在論文集 67 頁，我提到排灣族文化國土這個概念，有別於傳統領域土地的部分介紹。透過文化國土的確立，台灣 16 個原住民族的傳統領域，居住範圍、傳承文化所在如何被確立，這是我的看法。

發表人：林光義先生回應

太魯閣的黃大哥是個獵人，他的表現不容置喙，太魯閣族是中央山脈的英雄，他們與山林是結合為一體。很多東西是長期的相處下來，而非幾百年可以成立，台灣原住民在台灣幾千年，黃大哥的智慧是透過千年的累積。

與談人：行政院農業委員會林務局保育組管立豪組長回應

有些調查是委託學校生物科技系的老師來調查，在 101 年原住民狩獵辦法通過後，受到動保團體的壓力，我們就請各轄區對轄區的野生動物做普查，我們的數量正在統計中。不可諱言，野動法當初制訂並非對原住民，而是整個山林狩獵的狀況，從 91 年開始山林的野生動物逐漸增加，這也是野動法的作用下，上山狩獵的人就少了，動物族群就多了。

從生物多樣性的角度來看，我們也贊成永續利用，如果某個生物數量過多，我們也會降級，這些我們每隔一段時間都會檢討一次。當然有人說都是這三種動物，因為當時制定的時候，這三種動物屬於保育類，但現在像是山豬族群數量夠多，可以永續利用，我們也會考慮把山豬降級。不只是山豬，像是飛鼠、松鼠這些也都可以考慮。很多地方的水鹿已經過多，可是有些老師覺得這只是地區性的過多而非全面性的過多，所以還是有討論的地方。但我們花了三年的時間做了全面性的調查，讓我們了解到各物種的數量。譬如說山羌，呈現出的數量很多，我們下次開會討論後就會考慮把山羌降級為一般動物，讓原住民狩獵到山羌被判刑的機會減少。這些都要有足夠的

數據，我們也會持續努力。

提問人三：

我有兩個問題，其實農委會永續利用的目標，有些動物、植物可以食用，這個目標和原住民的目標相同，只是做法上有些差異。聽完研討會，希望林務局、農委會可以努力，如果只是做法上的不同，如何研議出符合大家需求相同的方案。

第二個問題，今天的題目是討論原住民獵捕野生動物的辦法，從 101 年開始至今，依據這個辦法申請的許可事實上是有些困難，所以是不是請各位老師能夠點出這個辦法哪些條文和現實有衝突、如何調整這些衝突？如何修正？可以讓這個辦法更符合原住民的需求，而非只說這個辦法不好，我們不要這個辦法。

發表人：玉山國家公園管理處邦卡兒·海放南課長回應

我這些日子也有聽到，每次都是某些時間會被抓，像是聖誕節前後是我們狩獵的時間，所以聖誕節前後就會被抓。所以我認為最好的方式就是依照各族群狩獵的時間、地點有區隔。說到動物的要打幾隻、打公的還母的，我們有這麼厲害嗎？我們是破的傳統獵槍，不是先進的槍，在整個制定的部分，可以在考慮原住民整個狩獵的時間、地點，和管理單位做討論。在合情、合理的情況下，如果族群數量夠多，可以讓原住民來狩獵。

剛剛回答這個問題是站在國家公園管理單位的角度，我從原住民的角度認為，這個辦法適用於漢人，但不適用於原住民，我們應該要定自己的狩獵辦法，每個族群的狩獵禁忌都不一樣，如果還是有林務局、農委會來主導制訂，我想情況還是會相同。所以我認為應該要由原民會主導，制訂出一套符合原住民的狩獵辦法。

主題三：

本國原住民狩獵權實務討論、評釋

主持人：全文盛族群委員（原住民族委員會）

➤ 我國司法實務對槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條 第 1 項見解之分析

發表人：馬培基庭長（臺灣臺東地方法院）

與談人：謝煜偉助理教授（國立臺灣大學法律學院）

➤ 析論原住民族基於傳統文化祭儀獵捕保育類野生動物除罪化與否之爭議--從最高法院 102 年台上字第 3541 號判決談起

發表人：許正次律師（公義聯合法律事務所）

與談人：林孟皇法官（臺灣臺北地方法院）

➤ 司法機關對原住民自製獵槍-供作生活工具之用-要件之見解

發表人：蘇建榮會長（財團法人法律扶助基金會臺東分會）

與談人：施育傑檢察官（臺灣高雄地方法院檢察署）



我國司法實務對槍砲彈藥刀械管制條例

第 20 條第 1 項見解之分析

馬培基

臺灣臺東地方法院庭長

摘要

現行槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」，是以依上開條文規定，原住民未經許可持有、製造自製之獵槍，供作生活工具之用者，僅及於行政處罰，不構成刑事處罰，如有原住民未經許可持有、製造自製之獵槍，供作生活工具之用，卻仍為檢察官起訴者，法官即應為無罪之判決。然上開條文中之「原住民」應以戶籍登記資料或以血統及親子關係為認定之標準？再原住民持有、製造之獵槍，其外型、構造及性能要如何才能符合上開條文中「自製之獵槍」的規範？另何謂「供作生活工具之用者」？我國司法實務有不同之見解，本文擬就上開問題分析司法實務之各種相異之看法，並提出個人之意見。

壹、前言:中華民國對原住民製造、持有獵槍管制之法規沿革

- 一、在國民政府接收台灣後，對於原住民使用獵槍，原無明文禁止之規定，惟對於槍枝之管理，依據民國35年所制定的「自衛槍枝管理條例」的規定，將原住民所使用的獵槍、魚槍列為乙類槍枝，需經過登記始得擁有，另內政部鑑於獵槍及漁槍乃原住民生活所需之工具，因此，對於原住民持有獵槍及漁槍而未登記者，均從寬處理。此外，在刑法第186條之公共危險罪中雖規定，未受允准而製造、販賣、運輸或持有軍用槍械子彈者，應處2年以下有期徒刑，惟在1970年代以前，對於持有獵槍之行為，只要該獵槍被認為無軍事上使用之價值，即不構成該罪，所持有的槍枝也不能以違禁物為由宣告沒收¹。
- 二、民國72年，因當時經濟快速成長，使社會結構發生重大變遷，不法之徒持各種槍枝刀械作為犯罪工具的情況時有發生，嚴重破壞社會秩序，危害個人生命、身體及財產的安全，然刑法第186、187條等關於製造、持有槍砲等之刑罰過輕，無法達到嚇阻管制之效，政府因而制定槍砲彈藥刀械管制條例，以期遏阻暴力犯罪發生。而關於原住民製造持有獵槍方面，則依該條例第14條之規定：「獵槍、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。」，換言之，依當時之規定，對原住民製造、持有獵槍，採事先許可制，原住民如未經許可製造、持有獵槍，則違反該條例第10之規定，而處以刑罰。嗣於民國86年，大幅修正該條例之規定，將原來15條條文增定為25條，並於第20條規定：「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。」，對於原住民製造、持有獵槍，雖仍採事先許可制，惟原住民如未經許可製造、持有獵槍，仍違反該條例第11條之規定，惟如係供作生活工具之用者，應減輕或免除其刑。後於民國90年再次修正該條例第20條第1項之規定為：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」，對於原住民製造、持有獵槍，依舊採事先許可制，將原住民未經許可製造、持有獵槍，作為供作生活工具使用者，僅處以行政罰，不再適用有關刑罰之規定。
- 三、現行槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項雖已明文對原住民製造、持有自製獵槍之行為除罪化，然因條文中之「原住民」應以戶籍登記資料或以血統及親子關係為認定之標準？原住民製造、持有之獵槍，其外型、構造及性能要如何才能符合「自製之獵槍」的規範？另何謂「供作生活工具之用者」？我國司法實務仍有不同之見解，故自民國90年修法之後，司法實務仍有諸多原住民製造、持有獵槍而遭起訴、判決有罪確定之案件，本文擬就上開問題分析司法實務界之各種相異之看法，並提出個人之意見。

貳、槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項所稱之「原住民」應如何認定？

茲舉一例說明之：甲之父親為漢人，母親為原住民，甲從父姓，惟甲從小在原住民部落長大，經常參與部落之慶典活動，甲成年後，親舅舅贈與一把自製的獵槍，讓甲得以在祭典時與部落成員一起上山打獵，甲未經申請核准而持有之，嗣甲為警查獲，並經檢察官以甲非原住民，違反槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項未經許可非法持有其他可發射金屬具有殺傷力之槍枝罪嫌起訴，在法院審理期間，甲改為母姓，並至戶政機關登記為原住民，甲得

¹ 參照王皇玉，文化衝突與台灣原住民犯罪困境之探討，台大法學論叢第36卷第3期第286、287頁。

否主張依槍砲彈藥刀械管制例第 20 條第 1 項免除其刑事責任，我國目前司法實務共同 3 種不同之見解：

- 一、形式認定說：甲之父親為漢人，母親為原住民，依原住民身分法第 4 條第 2 項之規定：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」甲於為警查獲時，係從漢族父親之姓氏，故未具有原住民之身分，縱令，甲於法院審理中，變更其姓氏為原住民母姓，而取得原住民身分，甲仍應依行為時戶籍登記之資料為準，認定為非原住民，不得依槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之規定免除其刑事責任²。
- 二、溯及既往說：我國於 90 年 1 月 17 日制定公布之原住民身分法，係為貫徹憲法上男女平等之精神，關於原住民身分之取得，已改採父母雙系血統主義，該法第 4 條第 2 項規定：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」，被告甲已於審理中改為母姓，依上開規定取得原住民身分，雖甲於犯罪時，尚未取得原住民身分，然親屬身分關係秩序，係以人倫秩序為基礎，乃因外在要求，而以法律加以秩序化，而成為國家或民族維持共同生活關係秩序之依據。原住民身分係因出生之自然事實而取得，所生之身分取得效果，乃根據身分共同生活關係之人倫秩序上之事實，而非在法律上有該效果發生之根據，甲於審理中既已取得原住身分，自應溯及出生時之效力，故甲得依槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之規定免除其刑事責任³。
- 三、血統及親子關係認定說：在槍砲彈藥刀械管制條例中並未就「原住民」加以定義，而我國關於原住民身分之規定，僅於原住民身分法中有所規範，原住民身分法第 1 條第 1 項規定：「為認定原住民身分，保障原住民權益，特制定本法。」又第 2 條規定：「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：一、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。二、平地原住民：臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者。」是依該條文之規定，對原住民身分之認定，均以臺灣光復前戶口調查簿中其本人或直系血親尊親屬是否登記為原住民為基準，縱本人原未登記為原住民，只要直系血親尊親屬中之一人在戶口調查簿登記為原住民，就認定其為原住民，換言之，對原住民身分之認定，係以是否曾經登記有案或是否與原住民有直系血親關係之血統為基礎，且並未區別其直系血親為父親或母親，亦未限制其直系血親均須為原住民，才得登記為原住民。復於該法第 4 條規定：「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分。原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。前項父母離婚，或有一方死亡者，對於未成年子女之權利義務，由具有原住民身分之父或母行使或負擔者，其無原住民身分之子女取得原住民身分。」依該法第 4 條的規定，父母均為原住民，子女當然取得原住民身分，父母有一方為原住民時，子女會因為姓氏等

²參照最高法院 101 年度台上字第 5302 號判決、台灣高等法院台中分院 100 年度上訴字第 658 號判決，台灣苗栗地方法院 99 年度訴字第 735 號判決，台灣高等法院高雄分院 101 年度上訴字第 171 號判決，高雄地方法院 100 年度訴字第 1399 號判決，屏東地方法院 96 年度重訴字第 20 號判決，102 年度原訴字第 24 號判決。

³參照最高法院 91 年度台上字第 5194 號判決、台灣高等法院 91 年度上更(一)字第 815 號判決，屏東地方法院 100 年度 454 號判決。

因素來決定其是否得依原住民身分法取得原住民之身分，然依該法第4條之規定，父親或母親有一方為原住民，子女只要依第4條的規定辦理，亦得取得原住民之身分，換言之，原住民身分之取得，原則上係以血統及親子關係為基礎，只要父親或母親之一方為原住民，子女實質上就是原住民，然在 第4條第2項，卻另以原住民姓氏做為取得形式上原住民身分之條件，造成子女實質上是原住民，然形式上卻未能登記為原住民，原住民形式上身分的取得變成是浮動性的，及對於原住民女性之不公平現象。當父母有一方為原住民時，其子女會因為更改姓氏及父母離婚或死亡等因素由原住民變更為非原住民，或由非原住民變更為原住民，另在我國現行社會常態，子女出生後，絕大多數為從父姓，在原住民男子與非原住民女子結婚時，子女大多從父姓而取得原住民身分，然原住民女子與非原住民男子結婚後，從父姓的結果，卻形成子女非未能取得形式上原住民身分之不公平現象。綜上，依原住民身分法第2條及第4條之規定可知，我國對原住民身分之認定，原則上係以血統及親子關係為基礎，只要父親或母親之一方具有原住民身分，子女實質上即為原住民，雖然在僅父親或母親之一方具有原住民身分時，有些子女因為姓氏等原因暫時未能取得形式上原住民之身分，然因其實質上為原住民，故在更改姓氏等情形後，自然可取得形式上原住民之身分。是以槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項有關原住民之認定，亦應以血統及親子關係為判斷標準，否則，如以形式上是否登記為原住民身分為判斷標準，將造成父母僅有一方為原住民之相同情況下，子女實質上雖為原住民，父親是原住民從父姓之子女，取得形式原住民身分，得依槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項之規定免除刑罰，母親是原住民從父姓之子女，因無法取得形式上原住民身分，而不得依該條規定免除刑罰之不公平現象，顯與憲法第7條之平等原則有違。是以不論甲有無於審理中變更其姓氏為母姓，甲之母親為原住民，依血統及親子關係判斷，甲實質上為原住民，應可依槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項之規定免除其刑事責任⁴。

- 四、個人認為應以第三說為可採，蓋於上開案例，假設甲另有一親弟弟，一出生即從母姓，依原住民身分法第4條之規定，出生後即得至戶政機關登記為原住民，2人從小一起在原住民部落長大，甲、乙之舅舅在甲、乙成年後，同時贈與甲、乙各一把自製獵槍，均未申請核准而持有之，則依第一說之見解，甲、乙為親兄弟，母親為原住民，僅因甲從非原住民之父姓，就不得主張依槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項免除刑責，乙從母姓，則可依槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項免除刑責，顯然有違憲法第7條之平等原則。再如依第二說之見解，如甲未具法律知識，在遭起訴後，不知要至戶政機關將姓氏改為母姓，則不得溯及於出生時取得原住民資格，則甲無法主張依槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項免除刑責，是以應採第三說以血統及親子關係為認定原住民身分之標準⁵。

⁴ 參照台灣高等法院高雄分院97年度上訴字第1096號判決、台東地方法院102年度重訴字第1號判決、第101年度訴字第253號判決、台灣高等法院花蓮分院103年度上訴字第3號判決、102年度上訴字第113號判決。

⁵ 學者鄭川如教授在其『原住民媽媽生不出原住民小孩？——「原住民身分法」中「姓氏綁身分」條款違憲』論文中表示，原住民身分法第4條之立法理由竟然是『原住民女子嫁給平地漢人後，不論是整個家庭氣氛或經濟條件，各方面都較一般原住民家庭高出很多，甚至有人認為和一般平地是一致的。』，於原漢通婚後，普遍化漢人以男子之姓傳承家族血緣為根深蒂固之信仰，故於漢人男子與原住民女子結婚的情況下，原住民媽媽將生不出原住民小孩，此種「姓氏綁身分」主義違反原住民婦女基於憲法第7條之男女平等原則、憲法增修條文第9條第5項之消除性別歧視原則。此外，台灣主要係由漢人組成之社會，由於漢人人口居大多數，因此法律上並未有任何關於漢族身分取得之條文，惟依據國籍法第2條第1款規定：「出生時父或母為中華民國國民」者，得中華民國國籍，因此，漢族身分取得係採「血統主義」，而關於蒙古族、藏族的身分取得，根據「蒙藏族身分證明條例」第3條第2項之規定：「親生父母之一方為蒙藏族者，得取得蒙藏族身

參、原住民持有、製造之獵槍，其外型、構造及性能要如何才能符合槍砲彈藥刀械管制條例「自製之獵槍」的規範？

槍砲彈藥刀械管制條例第4條第1款及第8條中雖有規範製造、持有「獵槍」之行為，然近年實務見解均認為，該條所指之「獵槍」係指由專業兵工廠所製造火力較強之制式獵槍，如為原住民所製造為供打獵用構造簡易之土造長槍，一般均認為係上開條文中所謂「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝」，然槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項規定原住民製造、持有「自製之獵槍」始得以免除刑事責任，該條所稱「自製之獵槍」其外型、構造及性能要如何才能符合槍砲彈藥刀械管制條例「自製之獵槍」的規範？實務有二種不同之見解：

一、以內政部公告之「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」第2條第3款之規定為準：

按槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項經90年11月14日修正為「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，處新台幣二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之」。稽之前者修正立法理由「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，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。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」及槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第15條第1項規定意旨，所謂「原住民製造、運輸或持有供作生活工具之用之自製獵槍」，自應以原住民本諸其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍，始符立法本旨（最高法院99年度台上字第5771號判決參照）。又內政部於87年6月2日曾就原住民自製獵槍之認定，以台（87）內警字第8770116號函釋表示：自製獵槍，指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射擊物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。而所謂射出物係指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈（最高法院96年度台上字第1674號判決亦同申此旨）。而該函釋係內政部於87年4月13日邀集相關單位討論所得之結果，嗣並依立法院修正本條例第20條附帶決議，沿用上述原住民自製獵槍定義，於100年2月11日以台內警字第1000870215號令公告，復於100年11月7日明訂在槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第2條第3款，其定義自87年函釋起即未再變更一節，亦據內政部101年9月6日內授警字第1010300734號函敘明在案⁶。則內政部關於「自製獵槍」之

分。」，亦採取血統主義，然而原住民族卻以「姓氏綁身分主義」取代「血統主義」，此種一國兩制似有違憲法第5條之民族平等原則。關於原住民族身分之取得，國際上係採「自我認定原則」，倘若台灣目前暫時無法由原住民族各行決定其民族成員之構成要件，至少應與台灣其他民族身分取得之方式相同，採取「血統主義」。

⁶ 槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第2條第3款於103年6月10日將自製獵槍之定義修正，認後膛槍亦屬自製獵槍：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。

定義，顯係與政府各相關單位廣泛討論而得之專業意見，非僅內政部單一之見解，自堪採為實務上判斷「自製獵槍」之標準甚明。而擊發口徑0.27吋建築工業用彈，其擊發原理與擊發子彈之方式相同，用之於自製獵槍可擊發建築工業用彈之槍枝，亦可擊發適用之「子彈」（具彈頭、彈殼及火藥），槍枝構造與傳統原住民自製之槍枝迥異，已屬槍砲彈藥刀械管制條例第4條第1項「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」，非原住民傳統自製獵槍，槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項所稱之「自製獵槍」，則無論是否為其生活所需，均無該免除刑罰規定之適用至明⁷。

二、凡非屬制式或固定兵工廠生產，而為原住民簡易自製槍枝即屬「自製之獵槍」：

(一) 按憲法增修條文第10條第11、12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。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，其辦法另以法律定之。」我國憲法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15條規定：「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、出生或其他身份而生之歧視。」「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。」少數原住民族之文化、語言、習慣、價值觀及社會規範自成特殊之體系，迥異於主流社會，過去外來的統治者經常憑藉其強勢的政經實力，採取壓迫及同化原住民族之政策，使少數原住民族之文化、語言及傳統習俗等逐漸的沒落、消逝，然原住民族之文化、語言及傳統習俗等乃人類社會珍貴之資產，一旦因同化而消逝，即無再行回復的可能，故上開2公約明文規定要保障國家內各民族之文化、語言及傳統習俗等。此外，原住民族基本法第30條規定：「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。政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。」因此本案應在憲法、兩公約、原住民族基本法肯定及尊重原住民族多元文化規範的前題下，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」之定義。

(二)我國槍砲彈藥刀械管制條例於72年6月27日制定公布以來，迄至86年11月24日前，雖已意識到原住民之生活文化異於一般社會主流，而有就「專供生活習慣特殊國民之生活工具」另訂管理辦法之授權，然對違反規定之「生活習慣特殊國民」仍施以刑罰制裁。嗣於86年11月24修正公布槍砲彈藥刀械管制條例，其中增列第20條：「原住民未經許可，製造、運輸、陳列

(三) 槍身總長（含槍管）須三十八英吋（約九十六點五公分）以上。

⁷ 最高法院101年度台上字第1563號判決，台灣高等法院高雄分院101年度上更(一)34號判決、台灣宜蘭地方法院95年度訴字第308號判決，台灣台中地方法院101年度訴字第1661號判決，台灣花蓮地方法院101年度訴字第331號判決參照。

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（指第19條有關強制工作部分）」之規定，其修法意旨為：「基於原住民所自製之獵槍係屬傳統習慣專供獵捕維生之生活工具，且其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，為恐原住民偶一不慎，即蹈法以第8條相加，實嫌過苛，爰增訂得減輕或免除其刑規定，並得排除本條例強制工作之適用」，依此說明可知，立法者所著眼者除原住民傳統習慣之維護外，原住民自製獵槍之殺傷力不及於制式獵槍亦為修法放寬之關鍵之一，至於槍枝之擊發方式應非考慮之重點。此次修法雖已較修法前寬鬆，然意義上仍是將原住民持有槍枝之傳統評價為犯罪行為。直至90年11月14日修正公布後之槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項規定：「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，處新臺幣二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」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）。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、壓迫之現象浮上臺面，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。

- (三)所謂之「槍砲」，依槍砲彈藥刀械管制條例第4條第1項第1款之定義，係指火砲、肩射武器、機關槍、衝鋒槍、卡柄槍、自動步槍、普通步槍、馬槍、手槍、鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍、魚槍及其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲，依此，有關槍砲定義之規範可概分為二類，一為火砲、肩射武器、機關槍、衝鋒槍、卡柄槍、自動步槍、普通步槍、馬槍、手槍、鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍、魚槍等列舉規定；一為概括規定，即法文所稱之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」，凡未合於上開列舉規定之槍砲即應歸類為概括規定所稱之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」。「自製之獵槍」既為槍砲彈藥刀械管制條例第20條所明定，自應可含於槍砲彈藥刀械管制條例第4條第1項第1款之定義範圍內。本案被告簡易自製之槍枝經鑑定為僅能發射彈丸的土造長槍，應未合於前開獵槍之定義，而應歸屬於「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」。觀諸86年11月24日修正公布槍砲彈藥刀械管制條例第20條之修法意旨：「基於原住民所自製之獵槍係屬傳統習慣專供獵捕維生之生活工具，且其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，為恐原住民偶一不慎，即蹈法以第8條相加，實嫌過苛，爰增訂得減輕或免除其刑規定，並得排除本條例強制工作之適用」，可知立法者係以自製獵槍與制式獵槍作比較，認為自製獵槍之殺傷力既然遠不及於制式獵槍，在考量原住民族狩獵文化中均有使用槍枝之傳統，予以減輕或免除刑事責任，進而於90年11月14日修法予以除罪化，因此，槍砲彈藥刀械管制條例

第20條第1項中所謂「自製之獵槍」，應認凡非屬制式或固定兵工廠生產，而為簡易自製槍枝即屬之，始符合立法原意。

(四)內政部雖於87年6月2日曾就原住民自製獵槍認定一事以臺(87)內警字8770116號函解釋稱：

「一、『自製獵槍』：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。二、『射出物』：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈。」，復延續上開函釋，於100年11月7日修正發布槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第2條第3款有關自製獵槍之定義為「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。」，有內政部101年9月6日內授警字第1010300568號函在卷足憑。然依經濟社會文化權利國際公約第15條規定：人人有權享受科學進步及其應用之惠，且證人即縣警局鑑識課警員於審理中證稱：傳統的原住民獵槍是從槍管依序放置火藥、填充物、彈丸，底火的部分是以底火片，經擊錘撞擊底火片後引燃火藥、填充物將彈丸射出。因傳統的底火片容易受潮，造成無法射擊，加上從槍管填充的火藥也比較容易引爆，而對持槍的人不安全，所以現在原住民獵槍才改用工業用彈，工業用彈裡面會裝填火藥及底火，但沒有彈頭，取代原來的底火片及火藥，引燃就可以將槍管內的彈丸射出，安全性比較高，且因為火藥都集中在工業用彈殼裡面，比較集中，比較不容易受潮，所以擊發的能量也比較高等語。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，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，一味地引用不合時宜之函令限制人民之權利。

(五)綜上，槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項所稱「自製之獵槍」應認凡非屬制式或固定兵工廠生產，而為簡易自製槍枝即屬之，本案被告所製造的土造長槍係以木質槍身及土造金屬槍管組合而成，又依卷附照片所示（見偵卷第20頁正反面），扣案土造長槍之外型簡單，結構甚為簡略、材質亦屬粗糙，且僅能擊發金屬彈丸，可認係非屬制式或固定兵工廠生產，而為簡易自製之槍枝無訛，應屬該條例第20條第1項所稱之「自製之獵槍」。此外，槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項僅明定：「自製之獵槍」，該條例本身對於「自製之獵槍」之定義並未明定，立法者於訂定該條例時亦未授權主管機關內政部就何謂「自製之獵槍」以行政命令加以規範，此由該條例第20條第3項規定：「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。」可知立法者授權中央主管機關定訂相關之管理辦法，其授權之內容，僅及於許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項，而不包含「自製之獵槍」的定義。況依罪刑法定主義之原則，就犯罪之構成要件或除罪之要件，本即不得由行政機關以命令定之或加以解釋，而需以法律定之。是以，槍砲彈

藥刀械管制條例本身已明確規定「自製之獵槍」，即已建構原住民自製獵槍之除罪化要件，無須且不得由主管槍砲彈藥之行政機關以命令或解釋另行規定。內政部於87年6月2日上開之函文及於100年11月7日修正發布槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第2條第3款有關自製獵槍之定義，就「自製之獵槍」的定義增加法律所無之限制，有違憲法多元文化之精神及槍砲彈藥刀械管制條例歷次修法所揭示之意旨，無拘束本院之效力，本院均不予援用⁸。

三、個人認為應以第二說為可採，並建議立法機關應對槍砲彈藥刀械管制條例第20條所謂「自製之獵槍」為明確定義。蓋之前司法實務所面對的問題僅是「後膛槍」是否屬於自製之獵槍的問題，大多數採第二說的地院及高院見解為「凡非屬制式或固定兵工廠生產，而為原住民簡易自製槍枝即屬『自製之獵槍』」，認為「後膛槍」屬於原住民自製之獵槍，且最高法院102年度台上字第5093號判決亦認為「此所謂『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」。現行原住民所製造之獵槍普遍均為僅可供一次射擊之槍枝，如日後，原住民製造獵槍之技術更加精良，得裝填多發子彈，以連發之方式射擊，是否仍屬槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項所謂之「自製之獵槍」？槍砲彈藥刀械管制條例之立法目的為維護社會秩序保障人民生命、身體之安全，又放寬原住民得製造、持有自製獵槍之修法意旨為，原住民所自製之獵槍其結構、性能及殺傷力遠不及制式獵槍及為維護原住民的傳統文化習慣。如原住民製造得連發之獵槍，該種獵槍之性能及殺傷力一定比目前僅得一次擊發的獵槍還強，會造成人民生命、身體之危險升高。再參諸開放一般人民得持有槍枝的美國，動輒發生校園槍枝喋血事件或大規模持槍濫殺陌生人事件，加害人所持有的槍枝都是得連發的槍枝。另我國近日發生的鄭捷在捷運殺人案，如鄭捷所持之兇器為得連發之槍枝，則該事件所造成的傷亡及社會的不安，恐更為嚴重。此外，經查詢近年來之法院判決，亦有原住民持獵槍觸犯殺人、恐嚇罪等案件⁹。是以個人建議，立法機關應就維持社會秩序、保障人民生命、身體安全與原住民製造、持有獵槍維護原住傳統習慣文化間尋求一平衡點，對槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項「自製之獵槍」為一明確的定義。

肆、何謂「供作生活工具之用者」？

一、關於此一部分，目前實務原則上傾向從寬解釋而認為：中華民國憲法增修條文第十條第十一項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」為落實憲法保障原

⁸ 最高法院102年度台上字第5093號判決，台灣台東地方法院101年度重訴字第4、5號判決、101年訴字第152、158、166、167、218、253號判決、102年度原重訴字第7號判決、102年度原訴字第7號判決，台灣高等法院花蓮分院101年度上訴字第196、246號判決、102年度上訴字第20、33、36、43、85、113、117、168號判決，台灣屏東地方法院99年度重訴字第11號判決、102年度原重訴字第3號判決，台灣高等法院高雄分院100年度上訴字第210號判決參照。

⁹ (1)原住民持有獵槍觸犯殺人罪(含未遂)案件:台灣南投地方法院100年度重訴字第3號判決、台灣高等法院台中分院101年度上訴字第148號判決，最高法院101年度台上字第2574號判決，台灣花蓮地方法院99年度訴字第226號判決，台灣高等法院花蓮分院99年度上訴字第281號判決，最高法院100年度台上字第1158號判決，台灣台東地方法院100年度訴字第86號判決，台灣高等法院花蓮分院101年度上訴字第50號判決，台灣花蓮地方法院94年度訴字第27號判決，台灣苗栗地方法院94年度訴字第85號判決。(2)原住民持有獵槍觸犯過失致死案件:台灣新竹地方法院102年度審易字第66號判決，台灣花蓮地方法院94年度訴字第245號判決，台灣台東地方法院100年度易字第73號判決。(3)原住民持有獵槍觸犯恐嚇危害安全罪:台灣花蓮地方法院91年度易字第49號判決，台灣苗栗地方法院101年度易字第382號判決，台灣花蓮地方法院102年度訴字第79號判決，台灣高等法院花蓮分院102年度上訴字第116號判決，最高法院103年度台上字第281號判決，台灣南投地方法院94年度簡上字第22號判決，台灣屏東地方法院94年度易字第42號判決，台灣台東地方法院103年度原交易字第9號判決。

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。而依同法第十九條之規定，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。槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一項即在尊重原住民族此一權利下，逐步將原住民為供作生活工具之用而製造或持有自製獵槍之行為，從刑事罰改為行政罰，以資因應。又狩獵係原住民族傳統維生方式之一，並與其祭典文化有關，原住民在狩獵過程中，可訓練膽識、學習互助精神及生存技能，亦得藉與族人分享狩獵經驗與成果，獲得認同，提昇在部落族人中之地位，故原住民族自製獵槍獵捕野生動物，乃其傳統生活習俗文化之重要內容。惟因社會整體發展急遽變遷，原住民族生活型態亦隨之改變，復因野生動物保育法獵捕規定之限制，難期其仍專以狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容，基於維護原住民傳統習俗文化及發展之考量，本條項「供作生活工具之用」之解釋，自應因應生活型態之改變而放寬，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限¹⁰。

二、茲有爭議處為：如原住民於持有自製獵槍之初，係為供狩獵之用，並依法向警政機關申請核准持有，也曾持該獵槍狩獵，然嗣後因細故與他人發生衝突，進而返家持該獵槍恐嚇他人稱：我要殺你了等語，使人心生畏懼，則持自製之獵槍恐嚇他人，是否仍可主張係供作生活工具之用，依槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項之規定免除其刑事責任？實務有2種不同見解？

(一) 肯定說：原住民為了供狩獵而持有獵槍，符合槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項免除刑罰之規定，於持有自製獵槍期間，與他人因細故發生口角，持獵槍對他人為恐嚇行為，乃於合法持有槍枝後之偶發行為，尚難以此反推認自始即非法持有獵槍或非為供作生活工具使用而持有¹¹。

(二) 否定說：槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項之規定，其立法意旨在尊重原住民原本生活習慣，並認原住民所自製之獵槍，其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，因此將此類行為排除在刑罰之外。故若與原住民之生活無關，而非供為生活上所需要之工具，甚具持供非法用途者，自無該條之適用。原住民雖持有獵槍之目的係在供狩獵之用，最初持有獵槍之行為，本不適用槍砲彈藥刀械管制條例之刑罰規定，惟於與他人發生細故後，基於恐嚇之犯意，而返家持獵槍，則在其萌生持槍恐嚇犯意後之持槍行為，既係供恐嚇他人犯罪之用，而與原住民生活無關，自無槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項規定免除刑罰之適用¹²。

三、依個人之見解，應以否定說為可採。按依照行為人意思維持及違法情狀的久暫為區別標準，可將犯罪分為狀態犯與繼續犯。狀態犯其構成要件的不法內涵在於招致違法狀態，是以行為一旦造成法定之違法情況，犯罪行為即屬既遂，並且通常也已完成，如傷害罪、損毀罪等。

¹⁰ 最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決參照

¹¹ 台灣高等法院花蓮分院 102 年度侵上訴字第 38 號，最高法院 103 年度台上字第 281 號

¹² 台灣南投地方法院 100 年度重訴字第 3 號，台灣高等法院台中分院 101 年度上訴字第 148 號，最高法院 101 年度台上字第 2574 號判決參照

而繼續犯則指行為所造成違法情狀的久暫，取決於行為人之意思的犯罪類型，因此，違反狀態之「招致」，固然是實現法定構成要件行為，違法狀態之「繼續」，同樣是實現法定構成要件之行為，這是其特殊的不法內涵，因此，行為人之行為招致該當構成要件的違法狀態時，犯罪行為即屬既遂，但直到行為人終止或放棄行為時，行為才算完成，行為人如未放棄犯罪之實施者，在繼續期間仍是犯罪之實行，如私行拘禁罪等¹³。而持有獵槍之持有行為，不論學說或實務見解，均認為係繼續犯¹⁴。是以原住民於持有獵槍之初雖基於狩獵之目的而得以免除其刑事責任，惟如在持有獵槍期間，基於恐嚇之犯意，返家持獵槍恐嚇他人，則持有獵槍之目的已改變為供犯罪之用而非供生活工具之用，此種情狀應不得再依槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項主張免除其刑事責任。

伍、結論

槍砲彈藥刀械管制條例於民國90年修正第20條之規定，將原住民未經許可製造、持有獵槍，作為供作生活工具使用者，僅處以行政罰，不再適用有關刑罰之規定，然因原住民身分法第4條關於原住民身分取得之不合理規定及對何謂「自製之獵槍」見解不一致，故於修法迄今，司法實務卻仍有許多原住民因製造、持有自製之獵槍遭起訴判決有罪確定之案件，依本文之見解，槍砲彈藥刀械管制條例第20條規定之「原住民」應採血統及親子關係認定說，只要父親或母親有一方為原住民，其子女不論從父姓、母姓或有無至戶政機關登記為原住民，實質上應認定為原住民。另所謂的「自製之獵槍」，應由立法機關就維持社會秩序、保障人民生命、身體安全與原住民製造、持有獵槍維護原住傳統習慣文化間尋求一平衡點，為一明確之定義。再「供作生活工具之用」應採最廣意之見解，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限。惟原住民於持有自製獵槍之初，係為供狩獵之用，如嗣後持獵槍犯殺人、傷害或恐嚇等犯行，則非供作生活工具之用，不得依槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項之規定免除其刑事責任。

¹³ 林鈺雄教授新刑法總則，第9版，第97頁

¹⁴ 林山田教授刑法各罪論，第3版，第286頁，行為人之持有行為，往往係長時間之繼續，且係出於一個持有行為。最高法院79年度台非字第264號判決，按持有槍枝罪，其持有之繼續為行為之繼續，而非狀態之繼續，亦即一經意圖犯罪而持有槍枝，該罪雖告成立，但其完結，須繼續至持有行為終了之時為止。

參考文獻：

1. 王皇玉，原住民持有槍械問題之研究，台灣原住民族研究季刊第5卷第1期。
2. 王皇玉，文化衝突與台灣原住民犯罪困境之探討。臺大法學論叢第36卷第3期。
3. 鄭川如，原住民媽媽生不出原住民小孩？—「原住民身分法」中「姓氏綁身分」條款的違憲分析，第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集。
4. 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臺灣原住民的狩獵權，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集。
5. 李建良，憲法變遷中的原住民權利—原住民族自治權的法理論述—憲政時代第31卷第1期。
6. 林山田，刑法各罪論，第3版。
7. 林鈺雄，新刑法總則，第9版。
8. 余建國，原住民傳統領域與自然資源權利之法效性，第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集。
9. 吳豪人，文化權做為一種複合性權利:以日本阿依努族文化權發展史為例，第一屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集。

析論原住民族基於傳統文化祭儀獵捕保育類野生動物除 罪化與否之爭議—從最高法院 102 年台上字第 3541 號判 決談起

許正次

公義聯合法律事務所律師

摘要

宋朝春等四名布農族原住民為部落小米祭而獵捕保育類野生動物山羌共 10 隻，經檢察官以違反野生動物保育法起訴，由第一、二審法院審理後各判處六個月有期徒刑，經上訴後遭最高法院 102 年台上字第 3541 號判決略以：野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項規定之立法意旨，係將原住民族基於其傳統文化、祭儀有獵捕、宰殺或利用野生動物必要，所為獵捕、宰殺或利用野生動物（包含一般類及保育類）之行為予以除罪化等語，撤銷原判決，發回原審法院即台灣高等法院花蓮分院更為審理後，四人獲無罪諭知之判決¹。

本文從前揭實際案例出發，觀察我國法院就原住民族獵捕保育類野生動物之判決，以法實證研究之方法(empirical analysis of legal issues)，析論法院對於原住民獵捕保育類野生動物之操作過程，解構從有罪到無罪之歷程與價值取捨。並將本案視為有關原住民採集狩獵傳統之原民三法中，繼森林法(司馬庫斯案²)、槍砲彈藥刀械管制條例(蔡忠誠案³)後，法院實務對原住民傳統文化重新詮釋並適用於現行刑事法律體系之第三塊拼圖，讓原住民族之採集及狩獵文化權與國家刑事法律體系之衝突與緊張關係，獲得初步的疏解與喘息。

¹ 台灣高等法院花蓮分院 102 年度上更(一)字第 23 號判決。

² 參見最高法院 98 年度台上字第 7210 號判決、台灣高等法院 98 年度上更(一)字第 565 號判決。

³ 參見最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決。

一、案例事實

宋朝春等四人均為布農族山地原住民，4 人為供小米豐收季慶典使用，未經主管機關許可，於民國 101 年 6 月 17 日 22 時 30 分許，由駕車一同前往臺東縣長濱鄉南竹湖山區持用自製獵槍共 4 枝（未經許可製造及持有自製獵槍供作生活之用部分因均具原住民身分不罰，俱另為無罪之諭知）及席格丁（工業底火，又稱席格釘或稱喜得釘）獵捕山羌共 10 隻。嗣於翌日（17 日）3 時 30 分許，4 人共乘上開車輦下山時為員警攔檢而當場查獲，並在上開車輦上扣得 4 人所獵捕之保育類野生動物山羌屍體 10 隻，案經臺東縣警察局成功分局報請臺灣臺東地方法院檢察署檢察官偵查起訴⁴。

二、司法訴訟之過程

- (一)被告四人於警詢、偵查、法院準備程序及審理時均坦承不諱，以共同犯野生動物保育法第四十一條第一項第一款、第二款之非法獵捕保育類野生動物罪，各處有期徒刑陸月，如易科罰金，均以新臺幣壹仟元折算壹日⁵。
- (二)被告等上訴，請求再依刑法第 59 條規定，減輕其刑，並給予緩刑宣告，遭第二審法院予以駁回⁶。
- (三)被告再上訴，最高法院以野生動物保育法第二十一條之一第一項之規定，乃將原住民族基於其傳統文化、祭儀有獵捕、宰殺或利用野生動物必要，所為獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，予以除罪化，包含一般類及保育類，將第二審判決撤銷，發回更審⁷。
- (四)更一審承襲最高法院之見解，認為原住民未經許可獵殺其他應予保育類動物山羌之行為，屬野生動物保育法第 21 條之 1 除罪化之範疇，應而撤銷第一審判決，另為無罪之諭知⁸。
- (五)檢察官不服更一審判決而上訴，現由最高法院審理中。

三、司法實務有關獵捕保育類野生動物之傳統論述

(一)價值衝突之認知：多元文化 VS 物種多樣性

「原住民族向來即有狩獵之習慣，在以往經濟、物質生活尚未發達之年代，狩獵係原住民族獲取食物來源之管道，時至今日，國民經濟生活已普遍提升，保育之觀念亦漸受重視，客觀環境之改變，已甚少有原住民族賴狩獵維生者。惟狩獵在原住民族之傳統祭儀中仍具有重要之意義，尤其原住民族之政、經地位長期處於弱勢，在主流文化的衝擊、同化下，狩獵文化作為原住民彰顯其自我意識及人格開展之象徵，即顯重要。此在肯認多元文化精神之我國，更是如此。然而，隨著保育觀念之抬頭，野生動物之保護亦屬重要之公共利益，基於維護物種之多樣性及自然生態之平衡，我國亦制定有野生動物保育法。是以，當原住民族基於其人格之自我實現而實施狩獵活

⁴ 台灣台東地方法院檢察署 101 年度偵字第 1305 號處分書。

⁵ 臺灣臺東地方法院 101 年度重訴字第 10 號刑事判決。

⁶ 臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 39 號刑事判決。

⁷ 最高法院 102 年度台上字第 3541 號刑事判決。

⁸ 臺灣高等法院花蓮分院刑事判決 102 年度上更(一)字第 23 號。

動時，即難以避免地與保育野生動物此一抽象之公益產生價值衝突，如何調和、取捨，即應由具民主正當性之立法者善加抉擇」⁹。

(二)價值衝突之立法選擇：

「按原住民族基本法第 19 條規定：『原住民得在原住民族地區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。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。』依其文義表面上觀之，似指原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的，而不具營利性者，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物；然該條文同時揭示「依法從事」，所依之法除原住民族基本法外，自應包括野生動物保育法。而野生動物保育法第 21 條之 1 規定：『臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項（指獵捕一般類野生動物之限制）、第 18 條第 1 項（指獵捕保育類野生動物之限制）及第 19 條第 1 項各款（指獵捕方式之禁止）規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。』依其文義，似亦指原住民族基於其傳統文化、祭儀而有獵捕之必要，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物。然原住民族違反第 21 條之 1 第 2 項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣 1 千元以上 1 萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰，野生動物保育法第 51 條之 1 亦定有明文；該條僅就一般類野生動物作有規範，而未包括保育類野生動物，是以未經主管機關許可獵捕、宰殺或利用保育類野生動物者，即應依野生動物保育法第 41 條受刑事制裁。蓋情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物尚須處以行政罰鍰，情節較重之未經許可獵捕保育類野生動物既無行政責任，倘又無刑事責任，豈不輕重失衡。

再者，野生動物保育法第 21 條之 1 之規定係於 93 年 2 月 4 日增訂公布，該條規定於立法院三讀通過時，立法者另作有附帶決議表示：『有關第 21 條之 1 第 2 項之許可辦法，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化，對一般類野生動物之種類、區域、及數量予以妥適訂定。』（立法院公報 93 卷 6 期 245 頁），亦可資說明野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項僅授權主管行政機關就原住民族獵捕、宰殺或利用一般類野生動物之相關許可事項訂定法規命令，而未包括保育類野生動物。農委會、行政院原住民族委員會據此，於 101 年 6 月 6 日頒佈『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』，依該辦法第 3 條、第 6 條第 2 項、第 9 條之規定觀之，被告宋朝春等四人如欲獵捕野生動物供小米豐收季慶典使用，除需事先提出申請外，獵捕區域、期間、方式及動物種類，均需符合該辦法第 6 條第 2 項之附表，惟被告等均未依該辦法提出申請。況且，依野生動物保育法第 4 條第 1 項規定，保育類野生動物可包括瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物 3 類，依同法第 3 條之定義規範，瀕臨絕種野生動物係指族群量降至危險標準，其生存已面臨危機之野生動物，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，則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。是以，應認立法者就原住民權益及野生動物保護之調和已作有決定，即原住民獵捕一般類野

⁹ 引自註 7。

生動物者，仍須經主管行政機關許可，未經許可者，施以行政制裁；至於未經許可獵捕保育類野生動物者，則應依野生動物保育法第 41 條以刑罰制裁之¹⁰。

四、以法學方法的操作，顛覆既有之有罪論述，讓除罪化之範圍包括「原住民基於傳統文化祭儀而獵捕保育類野生動物」之行為

(一)野保法第 21 條之 1 有關台灣原住民基於其傳統文化、祭儀得獵捕、宰殺或利用「野生動物」之範圍(即除罪化範圍)，包括「保育類野生動物」。論述如下：

1. 以文義解釋方法：

(1)司法實務亦認為法規範亦容許原住民獵捕保育類野生動物，諸如：「...按原住民族基本法第 19 條規定：『原住民得在原住民族地區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。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。』依其文義表面上觀之，似指原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的，而不具營利性者，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物；然該條文同時揭示「依法從事」，所依之法除原住民族基本法外，自應包括野生動物保育法。而野生動物保育法第 21 條之 1 規定：『臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項（指獵捕一般類野生動物之限制）、第 18 條第 1 項（指獵捕保育類野生動物之限制）及第 19 條第 1 項各款（指獵捕方式之禁止）規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。』依其文義，似亦指原住民族基於其傳統文化、祭儀而有獵捕之必要，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物」。¹¹

(2)另根據野保法第 4 條第 1 項規定：「野生動物區分為下列二類：一、保育類：指瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物。二、一般類：指保育類以外之野生動物」。依照法律文字用語及其通常之字義，「野生動物」之概念內涵即應包括「一般類野生動物」及「保育類野生動物」兩種，為前揭野保法立法定義所確認。故野保法第 21 條之 1 對於台灣原住民基於傳統文化或祭儀而獵捕野生動物之除罪化範圍，立法文字明確以「野生動物」為除罪化之對象，自不應限縮為「一般類野生動物」而排除「保育類野生動物」自明。

(3)按法律解釋，不得逾越文字可能合理理解的範圍。否則，超出文字可能之射程或合理範圍，已非法律解釋之範疇，跨入法律漏洞補充之法官造法之程度。**(不利於被告之目的性限縮，乃違反罪刑法定原則及禁止類推適用之基本刑法原則)**。

2. 以體系解釋方法：

(1)體系解釋係指以維持法體系的一致性與融貫性作為根據的解釋方法。根據野保法立法之體例，「野生動物」之概念包括「保育類」及「一般類」兩種，除法律有特別明文規定者外，均應包括「保育類」及「一般類」兩種保育類野生動物。例如：

●第 21 條第 1 項規定：「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

¹⁰ 同前註。

¹¹ 同前註。

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...」。

2第 24 條第 1 項、第 6 項規定：「野生動物之活體及保育類野生動物之產製品，非經中央主管機關之同意，不得輸入或輸出。...未經中央主管機關之同意輸入、輸出、買賣、陳列、展示一般類海洋哺乳類野生動物活體及產製品者，準用本法一般類野生動物之管理與處罰規定，並得沒入之」。

3第 37 條規定：「瀕臨絕種及珍貴稀有野生動物於飼養繁殖中應妥為管理，不得逸失」。

4第 41 條第 1 項規定：「有下列情形之一，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金：一、未具第十八條第一項第一款之條件，獵捕、宰殺保育類野生動物者。二、違反第十八條第一項第二款規定，未經中央主管機關許可，獵捕、宰殺保育類野生動物者。三、違反第十九條第一項規定，使用禁止之方式，獵捕、宰殺保育類野生動物者。」

(2)又依中央主管機關（行政院農業委員會）基於野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項授權規定，於 101 年 6 月 6 日訂頒之《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》，其第 6 條第 2 項關於原住民族基於傳統文化及祭儀需要，而獵捕、宰殺、利用野生動物之種類，其中除一般類野生動物外，列為「其他應予保育」之保育類野生動物「山羌」、屬「珍貴稀有」之保育類野生動物「台灣水鹿」、「台灣野山羊（長鬃山羊）」，亦包含在內。顯見主管機關亦認為原住民族傳統獵捕行為之客體，不限於一般類野生動物，亦包括珍貴稀有、其他應予保育之保育類野生動物，體系上始符合一致性之要求。

3. 以目的解釋之方法：

(1)86 年 7 月 18 日憲法增修條文分別增訂第 10 條第 9 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」及第 10 項：「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」，正式確認保障原住民族之傳統文化以促進文化多元之價值，並賦予憲法位階之優越地位。為此，另於 94 年 1 月 21 日制定原住民族基本法，落實保障原住民族基本權，促進原住民族生存發展之規範依據，其中第 19 條亦明定：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物」。

(2)83 年 10 月 27 日立法增訂野保法第 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：...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」，確認原住民族傳統文化之保存價值優先於野生動物保育之物種多樣性。

(3)另於 93 年 1 月 13 日，並將前揭規範單獨規定而增訂第 21 條之 1，就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，明文排除野保法之限制，確立保護原住民傳統狩獵文化優先保護之原則。

4. 以歷史解釋之方法：

為配合第 21 條之 1(原列行政院修正條文草案第 22 條之 1)之修正，由朝野協商達成共識：由原住民籍委員擬具第 51 條之 1 之修正草案，以規範原住民狩獵行為除罪化後，另以行政手段以為管制作為，以維行政秩序。而原先擬定之草案內容為：「原住民族違反第二十一條之一第二項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用野生動物，供傳統文化、祭

儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，本法有關刑罰之規定，不適用之」，將原住民狩獵行為採事前許可制，並輔以行政裁罰之方式為之，以符除罪化後之規範需求。惟經朝野黨團協商，前揭條文修改為「原住民族違反第二十一條之一第二項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰」，其原因為何，究屬立法疏漏，亦或刻意排除，已無法探究。惟第 51 條之 1 乃就未依規定經事前許可獵捕野生動物之行政管制規定，與何種行為應列入刑事處罰無關。若以行政裁罰之規制內涵，反面推論刑罰之處罰範圍，恐屬無據，核非適法。

5. 小結

綜上，以文義、體系、目的及歷史解釋之法學方法推敲野保法第 21 條之 1 之真意，應可確認立法者基於保障原住民族傳統文化，將狩獵行為全部除罪化，另以行政管制方式規範之。

(二)刑事處罰縱有立法疏漏，亦應採有利於行為人之解釋，禁止不利類推或漏洞填補

1. 原住民族傳統獵捕行為不具不法性

(1)我國野生動物保育法(下稱野保法)有關獵捕野生動物之管制方式與滅命規範分別為：「非基於學術研究或教育目的，獵捕一般類之哺乳類、鳥類、爬蟲類、兩棲類野生動物，應在地方主管機關所劃定之區域內為之，並應先向地方主管機關、受託機關或團體申請核發許可證」、「除有族群量逾越環境容許量或基於學術研究或教育目的且經中央主管機關許可者外，保育類野生動物不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用」、「獵捕野生動物，不得使用炸藥或其他爆裂物、毒物、電氣、麻醉物或麻痺、架設網具、使用獵槍以外之其他種類槍械、使用陷阱、獸鉗或特殊獵捕工具及其他經主管機關公告禁止之方法」等，野保法第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項分別就人民獵捕野生動物之行為進行規制，違反者施以刑罰制裁，然排除原住民傳統獵捕行為，前者刑法規範之不法構成要件進行正面表列，後者明文排除原住民傳統獵捕行為之不法性。

(2)再者，立法者為實踐憲法對多元文化之尊重，要求國家機關應積極維護原住民族傳統文化之發展，除制定原住民族基本法以落實並保障原住民族之傳統文化與生活方式外，更於森林法、槍砲彈藥刀械管理條例及野生動物保育法中將原住民族基於傳統文化及祭儀等之採集森林主副產物行為(森林法第 15 條)、供生活工具之用之持有自製獵槍行為(槍砲彈藥刀械管理條例第 21 條之 1)及基於傳統文化及祭儀所為之獵捕野生動物行為(野生動物保育法第 21 條之 1)均予以除罪化，表列比較如下：

類別	法律規定(價值定性)	例外允許	行政管制	
森	第 50 條	森林位於原住民族傳統領域	目的管制	程序管制

林 法	竊取森林主、副產物，收受、搬運、寄藏、收買贓物或為牙保者，依刑法規定處斷。 第 52 條 竊取森林主、副產物而有左列情形之一者，處六月以上五年以下有期徒刑，併科贓額二倍以上五倍以下罰金： (餘略)	土地者，<u>原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物</u>，其採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項之管理規則，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。(森林法第 15 條第 4 項)	傳統文化 祭儀 自用	許可制 國有林林產物處分規則 (102/12/06)
野 保 法	第 16 條 保育類野生動物，除本法或其他法令另有規定外，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺、買賣、陳列、展示、持有、輸入、輸出或飼養、繁殖。 第 18 條 保育類野生動物應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用 第 19 條 獵捕野生動物，不得以下列方法為之：...	第 21-1 條 1.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，<u>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。</u> 2.前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。	傳統文化 祭儀 非為買賣	許可制 未許可但符合目的，改採行政罰 第 51-1 條 原住民族違反第二十一條之一第二項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰
槍 砲 法	第 5 條 前條所列槍砲、彈藥，非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借、持有、寄藏或陳列。	第 20-1 條 原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，<u>本條例有關刑罰之規定，不適用之。</u>	供生活之用	許可制 (以自製獵槍為限)

2. 若野保法第 21 條之 1 未排除「保育類野生動物」係屬法律漏洞，亦不得進行目的性限縮而對行為人為不利之解釋或適用

- (1)所有的法律解釋，不得逾越文字可能合理理解的範圍，並不能偏離法律明顯可辨的基本價值決定或規範核心。如果逾越立法的基本價值決定或規範核心，強賦予法律明顯非立法者所欲之內容，則屬法律漏洞之填補，進入造法之階段。若基於物種多樣性之法益優於原住民族傳統狩獵文化之價值決定，認為野保法第21條之1就原住民族傳統獵捕「野生動物」之行為除罪化有射程太廣而未排除「保育類野生動物」之隱藏性法律漏洞者，亦僅能藉由修法之手段彌補漏洞，執法者不得藉由解釋方式「逾越文字可能合理理解的範圍」，限縮野保法第21條之1對被告有利之適用。
- (2)又刑罰係以國家強制力為後盾，且動輒剝奪人民生命、自由及財產權利之制裁手段，自應以嚴格之標準要求其規範內容之明確性，此即「罪刑法定主義」作為刑法規範基本原則之根本意義所在。又刑罰係國家最嚴峻的權力作用，縱有維持法秩序統一性之需求，仍禁止就刑罰之適用上進行類推，以避免人民遭受難以預測之損害。申言之，野保法第21條之1既然除罪化文義射程兼含「保育類野生動物」，執法者即不得另以保護物種多樣性之目的，限縮系爭條文之概念，進行對行為人不利益之法律類推適用，違反罪刑法定原則與類推適用禁止原則之刑法基礎。

3. 野保法第51條之1之規範性質、功能與疏漏可能性

- (1)按野保法第51條之1規定：「原住民族違反第二十一條之一第二項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰」。根據立法者之價值決定或規範核心偏重原住民傳統狩獵文化之前提下，系爭條文之疏漏有兩種可能：其一，本條文中之「一般類」三字即屬贅文，原住民未經許可獵捕野生動物均應受相同之行政裁罰，不限於一般類野生動物；其二，基於保育類野生動物之保護需求較一般類野生動物高，若施以相同之行政制裁恐違體系正義之要求(應處較重之行政罰)，則系爭條文就原住民族未經許可獵捕「保育類野生動物」之行為，應屬漏未規定。
- (2)前揭野保法第51條之1之目的與功能，乃為原住民族傳統狩獵行為除罪化後，另以行政管制之方法以為規範，並不具有憑以判斷立法者除罪化範圍之功能（除罪化範圍應以第21條之1為準）。因此，不論第51條之1解釋上屬於前揭何種規範漏洞，均不得以「原住民未經許可獵捕保育類野生動物並無行政裁罰」推論「原住民未經許可獵捕保育類野生動物不在除罪化範圍(或應處刑罰)」。
- (3)退步言，縱使第51條之1僅就「原住民未經許可獵捕一般類野生動物之行政裁罰」規範並非立法疏漏，而係立法者刻意以為之，執法者是否即得解釋限縮第21條之1之除罪化範圍，無視該條文文義射程包括「保育類野生動物」之事實？

五、最高法院 102 年度台上字第 3541 號判決確認原住民狩獵文化之傳統優先於物種多樣性之法益

- (一)最高法院 102 年度台上字第 3541 號判決撤銷原判決，理由略以：「...『保育類野生動物應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用。但有下列情形之一，不在此限：一、

族群量逾越環境容許量者。二、基於學術研究或教育目的，經中央主管機關許可者。』固為野生動物保育法第十八條第一項定有明文。然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，不受同法第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。此亦經九十三年二月四日增訂公布之同法第二十一條之一第一項所明定。該條第二項並規定『前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其中申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。』依此，即認台灣原住民族如基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，無論係一般或保育類野生動物，均無同法第十八條第一項規定之適用，僅課以其向主管機關申請核准義務，以為管理。而同法第五十一條之一規定『原住民族違反第二十一條之一第二項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新台幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰。』即係就其違反此申請核准義務者，課以行政處罰。雖該條項文字指稱『一般類野生動物』，似未包含保育類野生動物，然依中央主管機關農委會基於野生動物保育法第二十一條之一第二項授權規定，於一〇一年六月六日訂頒之『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』，其第六條第二項關於原住民族基於傳統文化及祭儀需要，而獵捕、宰殺、利用野生動物之種類，其中除一般類野生動物外，列為『其他應予保育』之保育類野生動物『山羌』、屬『珍貴稀有』之保育類野生動物『台灣水鹿』、『台灣野山羊（長鬚山羊）』，亦包含在內...。此似徵原住民族依野生動物保育法第二十一條之一規定，因基於傳統文化、祭儀需要，有獵捕、宰殺、利用野生動物，而依同條第二項規定，得申請許可獵捕、宰殺、利用之野生動物，並不限於一般類野生動物，保育類野生動物亦包含在內。...又依野生動物保育法第二十一條之一第一項規定，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，不受同法第十七條第一項，第十八條第一項及第十九條第一項規定之限制，原無區分一般類野生動物或保育類野生動物，乃原判決上開理由，僅以野生動物保育法第五十一條之一關於行政處罰規定，對保育類野生動物未予涵蓋在內，逕認所為係違反野生動物保育法第十八條第一項規定，而論以同法第四十一條第一項第一、二款之罪，此與野生動物保育法第二十一條之一第一項規定，將原住民族基於其傳統文化、祭儀有獵捕、宰殺或利用野生動物必要，所為獵捕、宰殺或利用野生動物（包含一般類及保育類）之行為，予以除罪之立法意旨，似有不符，難認為適法」¹²等語。

(二)系爭案件撤銷發回後，台灣高等法院花蓮分院遵照前揭最高法院之意旨，於更一審程序中判決被告等四人無罪。

(三)檢察官對於更一審所為被告無罪之判決不服，提起上訴，理由略以：「...主管機關依野保法第 21 條之 1 第 2 項授權制定之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，就保育類之野生動物亦同為許可獵捕、宰殺、利用之，顯有逾越母法授權範圍情事，應屬無效之法規命令。再查，原住民族為傳統文化、祭儀需要而獵捕、宰殺、利用一般類野生動物，尚須事前提出申請，並就獵捕區域、期間、方式及動物種類應符合系爭管理辦法第 6 條第 2 項規定，行為人倘有違反者，尚須依野保法第 51 條之 1 規定處以行政

¹² 最高法院 102 年度台上字第 3541 號判決。

罰；如認為原住民族未經許可亦可任意獵捕野生動物而不受處罰，則野保法所欲達成維護物種多樣性之立法目的，豈不落空。則依舉輕以明重之法理，原住民族基於傳統文化、祭儀需要，未經許可獵捕保育類野生動物，應屬野保法第 18 條第 1 項之違法獵捕保育類野生動物行為，應論以野保法第 41 條之罪，詎原審就此一法理，背於常人之法律認知，其判決結果當然有適用法則不當之違法」云云。

(四)系爭案件於最高法院審理中...

六、司法實務面對原住民傳統文化之態度

對於原住民涉及刑事案件，我國司法實務之態度從以往之「一視同仁、依法辦理」，漸漸轉變成「理解尊重、與時俱進」。其中最高法院一〇三年度台上字第九〇〇號判決之論述係最新也較具進步意識，內容係以：「...法律是社會生活的產物，執法人員自須體察社會脈動，秉持立法精神和整體法律秩序理念，與時俱進，法律生命於焉豐富而有活力，司法裁判（含檢察官之處分）因此適於社會正義，符合人民法律感情，刑事訴訟法第二條第一項關於『實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意』之客觀性義務規定，亦得藉此具體展現。世界各原住民族多處偏遠地區，接觸、利用現代物質、經濟、科技、教育等資源之機會，相對缺乏，形成弱勢族群，乃不爭之實情，我國參酌聯合國之『原住民族權利宣言』草案（按業於西元二〇〇七年九月十三日正式通過，現已非草案），早於民國九十一年十月十九日，由當時之陳水扁總統以國家元首身分，正式和台灣原住民族代表簽訂『原住民族與台灣政府新的夥伴關係』協定，更於九十四年二月五日公布『原住民族基本法』（自同年、月七日起生效施行），揭示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；實行原住民族自治；國家應寬列預算予以協助；提供優惠措施（按即保護性差別優待）；輔導文化產業及培育專業人才；尊重原住民族選擇之生活方式、價值觀；建立天災防護、善後制度等（以上分見第一、五、九、二十三、二十五及三十條）。提案立法委員周錫璋在其草案說明中，直指：九二一震災原住民地區嚴重受損，但政府之救災、重建工作，各機關各行其是，明顯瑕疵、亂象叢生，民怨不斷。全案審議通過時，另提案委員瓦歷斯·貝林發言：期許「原鄉與政府機關將不再發生衝突」；高金素梅表示：已往政府對於原住民，「除了憲法的保障外，從來沒有一部法律是保障原住民族，此後當予告別；曾華德委員慨稱：「原住民多年來都在尋求歷史的主體性，我們常感嘆：原住民不是不守法，而是執政的政府不給法」各等語。誠哉斯言！聞之心酸。現行刑事訴訟法第三十一條第一項第四款並增列被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者，未經選任辯護人時，應指定辯護人為其辯護；第五項規定，於偵查中未經選任辯護人者，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。又自第二次世界大戰以後，刑事實體法進步理念，已由傳統的國家主義價值觀，轉向個人主義價值觀，學理上稱為刑法謙抑思想，認為刑事罰是最後的手段，如依民法或行政法，已可達到維持社會正義的作用，原則上就無以刑罰相加之必要。此於普通刑法、特別刑法；輕罪、重罪之補充關係，於立法裁量抉擇時，同應考量；於司法實務適用上，則須恤刑。...。司法官追求個案正義，允宜深思...」等語，明確表達出原住民經濟、社會、文化等價值在台灣社會處於非主流之地位，在規範制定代表社會價值取捨之本質下，自然容易成為遭犧牲之角色。以往，原住民基於傳統文化進行狩獵或採集活動，直接面臨森林法、野保法槍砲法之刑事責任；而今，前揭傳統文化與原民價值在除罪化之過程中，已見溫暖的陽光，然面對各種陸續發生之個案，仍須執法者秉持包容多元文化之胸襟，持續追求個案正義。

七、最後一塊拼圖——代結語

紀駿傑教授在【從環境正義觀點看原住民的狩獵文化】一文中說道：「歷史是不可能走回頭路的，原住民的狩獵文化絕不可能再回到過去那樣的景況。然而，在新一代的保育觀念面臨從新檢討，而政府也有意局部放寬狩獵活動之即，或許是我們來向原住民學習傳統的保育觀與生態倫理，看看是否有那些元素可以被納入新的保育觀與法令裡。同時，我們也得要思索，在漢人將野生動物逼得奄奄一息之後，我們再來要求原住民與我們一起合作來做好保育工作，我們拿什麼來回愧原住民，拿什麼來補償他們所失去的呢？我們從這樣子的觀點來思考問題，才會符合環境正義的基本理念」。從 98 年間司馬庫斯案後，原住民利用山林資源之採集權利獲得尊重；自蔡忠誠案後，原住民持有獵槍進行狩獵活動之傳統文化得以延續；而最高法院 102 年度台上字第 3541 號判決確認原住民狩獵文化之傳統優先於物種多樣性之法益，補強了狩獵文化之完整性。森林法、槍砲法及野保法等三法，以往扮演者原住民傳統文化之緊箍咒，讓原住民之傳統採集文化與狩獵文化幾乎窒息。前揭最高法院判決，成為原民三法之最後一塊拼圖，讓我們得以初窺原民狩獵文化之完整輪廓，為台灣的多元文化發展注入一股新的力量。

司法機關對原住民自製獵槍-供作生活工具之用-

要件之見解

蘇建榮

財團法人法律扶助基金會臺東分會會長

一、前言

關於原住民自製獵槍之法律上爭議，紛擾全國數年，終在民國 102 年底，因眾多有心人之努力，凝聚共識，由最高法院 102 年度第 5093 號刑事案件，於特開言詞辯論庭後，拍板自為無罪判決。司法界初步取得使用工業底火之自製獵槍，仍在除罪化範圍內之共識。此一槍支結構部分爭議，雖仍有警政署法規上修改後續餘波，但相信最終解決之日已不遠。然原住民自製獵槍之除罪化規定，尚須符合「供作生活工具之用者」要件，否則仍不能適用而為有罪，故實有再進一步，探討目前法院對此「供作生活工具之用者」要件，其見解之寬鬆或嚴格程度究竟如何？始能調對住民自製獵槍之除罪化規定，已為完全之檢討分析而無遺漏。

二、二道「免死金牌」

解釋自製獵槍之除罪化規定「供作生活工具之用者」要件，首須依據當時修正理由：「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，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---」。換言之，「有其生活上之需要，持有生活必需品」，即可引用為進一步之解釋上依據。其次最高法院 102 年度第 5093 號刑事判決亦載明：「因社會整體發展急遽變遷，原住民族生活型態亦隨之改變，復因野生動物保育法獵捕規定之限制，難期其仍專以狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容，基於維護原住民傳統習俗文化及發展之考量，本條項「供作生活工具之用」之解釋，自應因應生活型態之改變而放寬，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限，然如溢出此範圍而使用自製獵槍，自不在此限。」其解釋之範圍放寬至以「本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有」，明白表示並非限縮「專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容」為限。

三、法院受理之案件

上開可供解釋符合除罪化規定之依據與見解，雖立法修正理由在前，可適用於所有案件。然最高法院判決之理由在後，非先前已判決或受理法院所得見，且在何種具體事實下，符合前述除罪化規定之依據與見解，仍有待彙整分析，以期適用除罪化規定時，更能進一步地明確化，避免法院見解過度歧異，影響法律之安定性與原住民受平等對待之權益，更能讓所有人皆能明確認知除罪化分際，知所趨避。以下即搜尋司法院網站民國 100 年起至 103 年止，四年內有關原住民自製獵槍之中，相關認定「供作生活工具之用者」要件之案件，整理其事實與判決理由如下：

（一）台灣台東地方法院

台灣台東地方法院於四年之間受理符合原住民自製獵槍案件，其是否合乎「供作生活工具之用者」要件，類型各異，茲分為不符合有罪部分、符合無罪部分，整理其關鍵性之理由如下：

1. 不符合供作生活工具之用者之要件判決有罪部分：

- (1) 平時以打零工維生，非以狩獵謀生，而其自應允收受土造長槍後迄至案發前（98年11月前，迄100年1月），均未曾使用，單純係因不滿他人之對待方式而起意取槍使用（100年度訴字第86號）。
- (2) 平時以務農維生，非以狩獵謀生，而其自拾獲土造長槍後，均未使用（102年11月21日拾獲，迄102年11月24日），單純係因不滿他人報警而起意取槍使用，恐嚇並傷害對方（102年度原訴字第39號）。

2. 符合判決無罪部分部分：

- (1) 排灣族原住民，持有其父親所留下土造長槍並用來打獵（101年度訴字第152號）。
- (2) 卑南族、阿美族平地原住民各自購買自製獵槍之成品或半成品（無槍托）再製作完成，僅遭裁處行政罰鍰。（101年度重訴字第2號）。
- (3) 排灣族原住民，為獵捕山豬及飛鼠，自行製造及持有獵槍（101年度重訴字第4號）。
- (4) 阿美族原住民自行製造獵槍，用於驅趕、獵捕果園中之山豬（101年度重訴字第5號）。
- (5) 阿美族平地原住民獵捕山羌及飛鼠，供自己及家人食用（101年度重訴字第8號）。
- (6) 卑南族原住民為供豐年祭打獵使用，自行製造獵槍（101年度重訴字第9號）。
- (7) 布農族山地原住民為獵捕動物供小米豐收季慶典使用，自行製造持有獵槍（101年度重訴字第10號）。
- (8) 太魯閣族山地原住民為獵捕野生動物供己食用，製造及持有自製之獵槍（101年度重訴字第11號）。
- (9) 阿美族原住民平時從事文化藝術教學工作，持有（未曾使用）自製獵槍，擬供作豐年祭狩獵之活動所用（101年度訴字第158號）。
- (10) 卑南族平地原住民以零工維生，持有父親遺留之土造長槍，用以驅趕破壞農作物之猴子（101年度訴字第166號）。
- (11) 排灣族原住民為驅趕破壞農作物之山豬而持有獵槍，無犯罪之意圖（101年度訴字第167號）。
- (12) 阿美族平地原住民製造並持有獵槍，用於獵捕吃食所種植橘子、香蕉、地瓜、玉米等農作物之山豬，或攜往林班地獵捕野生動物，且確實因打獵（白鼻心）遭查獲（101年度訴字第209號）。
- (13) 排灣族原住民持有父親生前交付，供打獵使用之獵槍（101年度訴字第218號）。
- (14) 排灣族原住民為參與傳統慶典之需要，持土造長槍進入山林狩獵野生動物；然其另獵捕保育野生動物有罪（101年度訴字第244號）。
- (15) 排灣族山地原住民為原住民豐年祭典及打獵維持生活，製造土製獵槍（102年度原重訴字第1號）。
- (16) 布農族山地原住民為參與重返部落活動，製造及持有自製獵槍（102年度原重訴字第4號）。

- (17) 卑南族平地原住民為豐年祭狩獵，製造及持有自製獵槍（102 年度原重訴字第 5 號）
- (18) 布農族山地原住民係為驅趕農地之山豬及打獵，製造自製獵槍（102 年度原重訴字第 6 號）
- (19) 卑南族、阿美族原住民為部落小米收穫季打獵，製造獵槍（102 年度原重訴字第 7 號）
- (20) 排灣族之原住民持先人遺留自製獵槍，驅趕破壞農作物之野生動物，獵捕後供已食用（102 年度原訴字第 7 號）
- (21) 排灣族之原住民持表兄所遺留自製獵槍，獵捕動物供家人食用（102 年度原訴字第 46 號）。

3. 未起訴部分：

100 年度易字第 73 號過失致死案件，因自製獵槍係合法申請，未起訴；100 年度訴更字第 1 號殺人未遂案件，未起訴自製獵槍部分，然判決認定不符合原住民自製獵槍要件，另行移送檢察官。

4. 初步結論：

綜上台灣台東地方法院有罪、無罪判決所述之理由，即如 101 年度重訴字第 11 號理由所載：「持自製的獵槍於慶典時、農閒或工作之餘進入山林狩獵及驅趕獵捕果園、菜園中之野生動物，仍為原住民族群體生活及對自我認同的重要行為。」原住民製造、持有自製獵槍之目的，非作為犯罪用途，而在於山林狩獵或驅趕捕獵破壞農作之野獸，均符合耕作生活工具之用者之要件，且不論是否已經實際使用，或僅備作使用。

（二）宜蘭地方法院：

1. 有罪部分：

原住民未有狩獵經驗，僅至父親輩仍在山上做陷阱，這一代已不再打獵，持有改造槍枝之行為，在紀念其原有者胞兄（102 年度訴字第 192 號）。

2. 無罪部分：

- (1) 泰雅族山地原住民持有先叔遺留打獵使用之自製獵槍，雖未曾使用該槍參加祭典，也不曾持之驅趕山豬、野鳥等動物，然其平時在山上務農，持有槍枝已有助其日常生活之維繫，並不侷限在現時供生活日常使用（100 年度訴字第 325 號）。
- (2) 泰雅族山地原住民製造獵槍，用以驅趕咬食農田作物之山豬（100 年度訴字第 440 號）。
- (3) 魯凱族之山地原住民拾得他人之自製獵槍，公餘持以獵捕野生動物（101 年度訴字第 152 號）。
- (4) 泰雅族山地原住民拾得破損土造長槍，修補後供作打獵之用，且未曾作非法使用（101 年度囑訴字第 1 號）。
- (5) 阿美族原住民以民木工為業，平日於岸邊浮淺、放網捕魚，取得魚槍係用於捕魚，有助於其日常生活之進展，無供犯罪使用之意圖（102 年度易字第 11 號）。

3. 初步結論：

以原住民身分持有自製獵槍、魚槍，有助於其日常生活之進展，且非供作犯罪使用，即已符合耕作生活工具之用者之要件，似乎實際如何使用或備作使用之目的，亦未更

進一步加以深究。不僅比台東地方法院認定標準，更為寬鬆；較諸其他法院，亦無出其右者。

（三）花蓮地方法院：

1. 有罪部分：

- （1）布農族之原住民任職餐廳師父，自網路上購買土造長槍欲予父親使用，惟已一年多未返家（100年度訴字第239號）。
- （2）布農族之原住民純為驅趕動物，並非基於布農族的文化傳統與特殊習慣而持有，亦非用以從事狩獵、祭典等活動使用（102年度原訴字第19號）。
- （3）布農族原住民持有土造長槍係用於平日狩獵及驅趕山豬以免農作遭破壞，非本於其文化傳統所形成之特殊習慣，因應生活中狩獵活動之目的而持有（102年度原訴字第21號）。
- （4）阿美族原住民持有土造長槍，純粹為驅趕害及其農耕之動物，並非基於阿美族之文化傳統或特殊習慣而持有，亦未用以從事狩獵生活、祭典活動使用（102年度原簡字第3號）。
- （5）太魯閣族原住民，向他人購買土製長槍而持有，其先前從事隧道臨時工，現於農場擔任種植西瓜之臨時工，均係從事臨時工作維持生計，非賴打獵為生（102年度原簡字第11號）。
- （6）布農族原住民受僱於工程行，從事土木工，現已無務農，持用土造長槍係用以打獵飛鼠添加菜色，未使用於布農族之祭典或活動（102年度原簡字第43號）。

2. 無罪部分：

- （1）賽德克族之山地原住民為驅趕啄食其田地農作物之鳥類，持有簡易自製之土造獵槍（99年度訴字第502號）。
- （2）農場農戶之太魯閣族原住民，為驅趕山豬，維護果園農作物，而持有土造長槍（100年度訴字第244號）。

3. 初步結論：

- （1）認定為驅趕破壞農作物之動物，持有自製獵槍，並非原住民之文化傳統或特殊習慣，不符合供作生活工具之用者之要件，乃法院認定標準中最嚴格者。
- （2）以下各法院之認定標準，寬不過宜蘭，嚴不及花蓮，毋庸一一再為初步結論。

（四）南投地方法院：

1. 有罪部分：

布農族原住民拾獲土造長槍，充為驅趕啄食所種植葡萄之小鳥使用，與一般農民使用之驅趕小鳥方式，如搭建網室、以線香定時燃放鞭炮或置立假（稻草）人等不同（102年度原訴字第19號）。

2. 無罪部分：

- （1）賽德克族原住民製造獵槍，係平常工作之餘，自行上山打獵使用（100年度重訴字第3號，殺人部分有罪）。
- （2）布農族原住民持有土造獵槍，係用於打獵以供作生活工具之用（原檢察官不起訴，

101年度聲字第187號)。

- (3) 阿美族平地原住民持有改造之土造長槍，係用於打獵而供做生活工具（原檢察官不起訴，101年度聲字第318號）。

(五) 屏東地方法院：

1. 有罪部分：無

2. 無罪部分：

- (1) 長時間居住山地部落之無業山地原住民，持有土製空氣長槍，供平日獵捕山豬使用（100年度訴字第865號）。
- (2) 排灣族原住民自製土造長槍，係用於狩獵山豬，並驅趕踐踏芋田之山豬（102年度原重訴字第2號）。
- (3) 排灣族原住民製造土造長槍，係供其狩獵老鼠及兔子之用（102年度原重訴字第3號）。
- (4) 排灣族原住民製造具殺傷力土造長槍，係供山上種植、收採作物時抵禦山豬及鳥獸之用（102年度原重訴字第4號）。
- (5) 排灣族原住民製造土造長槍，係供狩獵山豬與松鼠之用（102年度原重訴字第5號）。

(六) 高雄地方法院：

1. 有罪部分：

- (1) 布農族山地原住民，持有非自製而自不詳姓名知人處取得（或拾得）之土造長槍，獵捕保育野生動物長鬃山羊（100年度訴字第27號）。
- (2) 布農族原住民拾得（非自製）他人之土造長槍，攜往獵捕保育類野生動物山羌（102年度原訴字第14號）。

2. 無罪部分：

- (1) 排灣族原住民持有父親遺留土造獵槍，欲對付偷食種植田內芋頭之山豬（100年度訴字第1120號）。
- (2) 從事零工或幫忙農耕，無狩獵經驗之鄒族原住民，組裝土造獵槍，供狩獵增加家人肉類食用；布農族原住民持有狩獵使用之自製獵槍之子彈（102年度原訴字第13號）。

(七) 台中地方法院：

1. 有罪部分：

- (1) 排灣族原住民從小學起即遷居市區生活，現職為盲校教保員，拾得土製長槍後亦未曾使用於豐年祭或攜回部落打獵使用（101年度訴字第997號）。
- (2) 山地原住民為山間打獵需求，製作使用工業底火之長槍，不符合自製獵槍規定（101年度訴字第1661號）。
- (3) 排灣族之山地原住民，為打獵使用，由網路購得具有殺傷力之空氣槍，不符合自製獵槍規定（101年度訴字第2000號）。

2. 無罪部分：

- (1) 山地原住民為驅趕山豬做生活工具之用，持有使用工業底火之改造長槍，經檢察

官不起訴處分（101年度聲字第3840號）。

（2）阿美族平地原住民為管理水蜜桃果園，持有使用工業底火之土造獵槍驅趕動物（102年度原訴字第2775號）。

（八）台北地方法院：

1. 有罪部分：

（1）阿美族平地原住民，持有其弟生前遺留空氣槍，攜往捕獵飛鼠，不符合自製獵槍規定（100年度審訴字第266號）。

（2）泰雅族山地原住民，拾得制式霰彈換裝金屬彈丸之非制式霰彈（101年度簡字第3535號）。

2. 無罪部分：

泰雅族山地原住民持有土製獵槍，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，經檢察官不起訴處分（101年度聲字第2749號）。

（九）台灣高等法院：

1. 有罪部分：

原住民因與堂兄弟爭執，取得他人所有之自製獵槍，欲針對堂兄弟，途中因誤觸扳機，受此驚嚇而將之置回，不符合「供作生活工具之用」之要件（100年度上訴字第750號，原審桃園地方法院99年度訴字第628號）。

2. 無罪部分：

（1）泰雅族原住民持有自製獵槍，供獵捕飛鼠等自行食用或販售補貼家用，符合「供作生活工具之用」之要件（99年度上訴字第4077號，原審桃園地院刑事判決99年度訴字第628號）。

（2）泰雅族山地原住民為驅趕野獸，持有其叔生前遺留之自製獵槍，雖其現種植生薑務農，農暇時打零工，而持槍後不曾使用，亦未曾使用該槍參加祭典，然其於山上務農，持有槍枝有助其日常生活之安全維護，仍符合「供作生活工具之用」之要件（100年度上訴字第3665號，原審宜蘭地方法院100年度訴字第325號）。

（3）泰雅族山地原住民為獵捕驅趕菜園附近山豬，修復其叔父生前遺留之土製長槍（101年度上訴字第434號，原審宜蘭地院刑事判決101年度訴字第440號）。

（4）魯凱族之山地原住民，從事林班地內修枝、刈草工作，持有他人獨立完成或協力完成非制式簡易獵槍，工作之餘上山獵捕野生動物；嗣雖持之獵捕保育動物山羌，另犯他罪，仍符合供作生活工具之用。（101年度上訴字第2325號，原審宜蘭地方法院101年度訴字第152號）

（十）台灣高等法院台中分院：

槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項以供作生活工具之用之立法理由，未限制以打獵為其維生之唯一或主要方法。泰雅族原住民任職臨時工，製作工業底火自製獵槍供獵捕飛鼠，或自行食用或販售補貼家用，符合自製獵槍係供作生活工具用之除罪化要件，改判無罪（102年度上訴字第704號，原審臺中地方法院101年度訴字第1661號判決有罪）。

（十一）台灣高等法院高雄分院：

1. 無罪部分：

排灣族原住民製造、持有自製土造長槍、魚槍，從事狩獵山豬、飛鼠及魚類，供己或家人食用，係供作生活工具之用（100年度上訴字第210號，原審屏東地方法院99年度重訴字第11號）。

2. 有罪部分：

前開案件之更一審（101年度上更(一)字第34號），認為可擊發建築工業用彈，並不符合自製獵槍規定。然經上訴後，即如前所述，最高法院102年度第5093號案件特開言詞辯論後，認符合自製獵槍及供作生活工具用之除罪化要件規定，撤銷原判決並自為無罪判決。

（十二）台灣高等法院花蓮分院：

1. 有罪部分：

- （1）阿美族原住民，向他人購買土造長槍後藏放，嗣因與人互毆不敵，遂取出該槍射擊對方右膝受傷，不符合「供作生活工具之用」之要件（100年度上訴字第139號，原審花蓮地方法院100年度訴字第49號）。
- （2）布農族原住民已另持有向派出所辦理登記之土製獵槍，復由網路購物方式，購買以外接小型高壓氣體鋼瓶內之氣體為發射動力，可發射金屬具有殺傷力之空氣槍，做玩具使用，不符合「供作生活工具之用」要件（100年度上訴字第230號，原審花蓮地方法院100年度訴字第177號）。
- （3）自幼由離婚榮民父親撫養長大之太魯閣族原住民，現經營農業，種植青椒及蕃茄，沒時間亦不會打獵，為驅趕山豬，收受他人提供之土造長槍，與太魯閣族原住民的文化價值或習慣沒有關聯，亦非因太魯閣族的傳統，而持有系爭土造長槍，不符合「供作生活工具之用」要件（101年度上訴字第39號，原審花蓮地方法院100年度訴字第244號）。
- （4）阿美族原住民以從事邊坡工程粗工、鐵工維生，非以打獵謀生，亦不曾上山打獵，收受他人寄放代藏之土造長槍，並非供其於生活中從事狩獵所需之工具，與原住民傳統狩獵文化無關，不符合「供作生活工具之用」之要件（102年度上訴字第167號，原審花蓮地方法院102年度訴字第1號）。
- （5）平地原住民，平時以打零工維生，非以狩獵謀生，自應允收受土造長槍後均未使用，嗣純因不滿他人之對待，取槍恐嚇及射擊。其持有土造長槍，顯非供作其生活中從事狩獵、文化、祭典或技藝傳承等活動使用所需要（101年度上訴字第50號，原審臺東地方法院100年度訴字第86號）。
- （6）經營體育用品社之原住民，製造土造長槍販賣他原住民營利，非為己於生活中從事狩獵、祭典等活動所用（101年度上訴字第144號，原審臺東地方法院101年度重訴字第2號）。
- （7）體育用品社之原住民負責人，收受委託代價，製造土造長槍（不含木質槍托結構）售予他原住民營利，非為己於生活中從事狩獵、祭典等活動所用（102年度上訴字第198號，原審臺東地方法院102年度重訴字第2號）。

2. 無罪部分：

- (1) 太魯閣族之山地原住民，合法申請持有作為狩獵、文化、祭典等活動使用之土造長槍，雖另持之恐嚇他人，乃屬偶發行為，仍符合槍砲彈藥刀械管制條例第20條所謂「供作生活工具之用」之要件（102年度上訴字第116號，原審花蓮地方法院102年度訴字第79號）。
- (2) 阿美族原住民，持有岳父遺留之土造長槍，作為平日山區內獵捕飛鼠等使用，且確曾持往山區獵得飛鼠數隻，符合「供作生活工具之用」之要件（101年度上訴字第242號、102年度上更(一)字第21號，原審花蓮地方法院101年度訴字第96號）。
- (3) 布農族原住民數年前曾向警察局申請原住民自製獵槍許可，報廢後又自行製作土造長槍，供打獵或生活上使用（102年度上訴字第117號，原審花蓮地方法院102年度訴字第331號）。
- (4) 賽德克族之山地原住民從事農耕及狩獵工作，為驅趕侵害農作物之動物兼狩獵，拾獲土造自製長槍而持有（100年度上訴字第130號，原審花蓮地方法院99年度訴字第502號）。
- (5) 排灣族原住民獵捕山豬及飛鼠，自行製造及持有獵槍，無犯罪之意圖（102年度上訴字第33號，原審臺東地方法院101年度重訴字第4號）。
- (6) 阿美族原住民，製造獵槍以射擊危害果園之山豬，為原住民族群體生活及對自我認同的重要行為（102年度上訴字第20號，原審臺東地方法院101年度重訴字第5號）。
- (7) 阿美族原住民，製造土製獵槍上山狩獵鼯鼠等，供自己全家人食用（102年度上訴字第49號，原審臺東地方法院101年度重訴字第8號）。
- (8) 布農族山地原住民，非以狩獵為生，持自製獵槍，為供小米豐收季慶典使用及自己食用，前往山區獵捕山羌（102年度上訴字第39號，原審臺東地方法院101年度重訴字第10號）。
- (9) 太魯閣族原住民製造土製獵槍，上山獵捕野生動供已食用（102年度上訴字第103號，原審臺東地方法院101年度重訴字第11號）。
- (10) 原住民持有父親死亡所留自製獵槍，供打獵使用（101年度上訴字第196號，原審臺東地方法院101年度訴字第152號）。
- (11) 阿美族原住民平時從事文化藝術教學工作，持有自製獵槍，供狩獵或祭祀時使用（102年度上訴字第43號，原審臺東地方法院101年度訴字第158號）。
- (12) 卑南族平地原住民居住於交通不便之山區，持有父親生前遺留土造長槍，用於驅趕偷食農作物之猴子（102年度上訴字第85號，原審臺東地方法院101年度訴字第166號）。
- (13) 排灣族原住民於山上種植農作物，持有自製獵槍用於驅趕偷食作物之山豬（102年度上訴字第36號，原審臺東地方法院101年度訴字第167號）。
- (14) 阿美族平地原住民持有自製獵槍，使用於獵捕偷食所種植橘子、香蕉、地瓜、玉米等農作物之山豬，或攜往林班地獵捕野生動物（102年度上訴字第48號，原審臺東地方法院101年度訴字第209號）。
- (15) 排灣族原住民持有自製獵槍，符合原住民以自製獵槍打獵之文化，自有別於將槍

枝作為武器之其他族群文化（101年度上訴字第246號，原審臺東地方法院101年度訴字第218號）。

（16）阿美族平地原住民持有父親生前遺留之自製獵槍，攜往山區內打獵（102年度上訴字第113號，原審臺東地方法院101年度訴字第253號）。

（17）阿美族平地原住民持有叔父生前遺留之自製獵槍，用於驅趕破壞其農作物之山豬（102年度上訴字第168號，原審臺東地方法院101年度原訴字第7號）。

（18）排灣族山地原住民製造自製獵槍，原作為豐年祭典及為打獵維持生活使用；嗣於4、5年後雖偶然持槍恐嚇他人另行犯罪，仍受自製獵槍除罪化之保護（102年度上訴字第141號，原審臺東地方法院102年度重訴字第1號）。

（19）卑南族之原住民為豐年祭打獵使用，自行以銼刀、鑿刀、鑽檯等工具製造土造長槍（102年度上訴字第27號，原審臺東地方法院101年度重訴字第9號）。

四、判決理由之綜合分析

如前所述，認定是否符合「供作生活工具之用者」要件，依立法理由與最高法院判決之意旨，本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要内容者為限，即應認係供作生活工具之用。惟從上述各地法院實際案件之判決理由觀之，其寬嚴標準仍有差異，茲分一致認定有罪、一致認定無罪及爭議三部分，分析如後：

（一）一致認定符合供作生活工具之用，無罪案件之類型：

1. 類型化：自製或持有係使用於祭典、獵捕動物

2. 無罪案例

- （1）為原住民豐年、小米等祭典狩獵，製造或持有自製獵槍。
- （2）平日上山狩獵野生動物，製造或持有自製獵槍。
- （3）取得魚槍係使用於平日在岸邊浮淺、放網捕魚。

（二）一致認定不符合供作生活工具之用，有罪案件之類型：

1. 類型化：製造出售圖利；以購買、拾得、自他人處、受寄代藏等方式取得，未使用於祭典、狩獵；單純因犯罪而取用；拾獲後使用於獵捕保育動物。

2. 有罪案例：

- （1）以零工或務農維生，無狩獵經驗，購買或收受自製獵槍後未曾使用，因針對他人犯罪而取槍使用。
- （2）製造自製獵槍出售圖利。
- （3）從事粗工或鐵工，收受他人寄放代藏之土造長槍。
- （4）購買土造長槍後藏放，嗣因與人互毆不敵，取出該槍射擊對方。
- （5）已另有土製獵槍，復由網路購買以外接小型高壓氣體鋼瓶內之氣體為發射動力之空氣槍。
- （6）餐廳師父，自網路上購買土造長槍欲予父親使用，惟已一年多仍未返家。
- （7）自小學起遷居市區，現任盲校教保員，拾得土製長槍後亦未曾使用於豐年祭或攜回部落打獵使用。
- （8）未曾且已不再打獵，因紀念其原有者，而持有改造槍枝。

(9) 拾得或自不詳姓名知人處取得他人之土造長槍，使用於獵捕保育動物山羌、長鬃山羊。

(三) 對是否符合供作生活工具之用，認定不一致，有、無罪歧異案件之類型：

1. 類型化：僅使用於驅趕破壞作物之動物

2. 前三有罪後四無罪案例：

- (1) 由離婚榮民父親撫養長大之太魯閣族原住民，現經營農業，種植青椒及蕃茄，沒時間亦不會打獵，為驅趕山豬，收受他人提供之土造長槍。
- (2) 拾獲土造長槍，充為驅趕啄食所種植葡萄之小鳥使用。
- (3) 持有土造長槍，純粹為驅趕害及其農作之動物。
- (4) 持有父親生前遺留土造長槍，用於驅趕偷食農作物之猴子。
- (5) 為管理水蜜桃果園，持工業底火之土造獵槍驅趕動物。
- (6) 驅趕啄食其田地農作物之鳥類，持有簡易自製之土造獵槍。
- (7) 為維護果園農作物，而持有土造長槍驅趕山豬。

五、結語：

全國法院對於自製獵槍使用在於祭典、狩獵方面，均認符合原住民之文化傳統與生活習慣。而參酌其維生之職業特色，未使用自製獵槍於祭典、狩獵，且又無此經驗，其真正持有之意圖不明，或用於販賣取利甚至犯罪，一致認定與原住民之文化傳統與生活習慣無甚關連，不符合除罪化要件。爭議發生在於自製獵槍使用於驅趕破壞農作之動物類型案件，此同類型案件，有罪、無罪兩極化的結果，難免令人產生各地法院認定標準寬鬆不一之感。然細查部分有罪案件，其判決所載之理由，顯確對被告之生長過程、環境，從事職業之類別，及槍支之使用情形，作深入之調查，據以判別被告本人之特質與持有獵槍二者，與原住民之文化傳統與生活習慣之間，其關連性之深淺，惜因調查結果皆難獲致足夠之關連性，始認定為有罪。再者，單純由判決文字分析論斷，未真正實際參予案件調查，辯論、尤其根本未與被告本人見面、直接交談，遑論了解其人格文化特質，更難確實得知其持槍之真正動機與目的。其次，符合原住民之文化傳統與生活習慣，「供作生活工具之用者」要件，既為自製獵槍之使用，即包含被告個人之主觀因素在內，不僅此爭議類型，一致判決有罪或一致判決無罪所有之案例，亦皆如此。從而全國法院在「供作生活工具之用者」要件之認定，趨於個別化、差異化，應屬正確，非如「自製獵槍」純為客觀要件，不容為不同之判斷。最後，當然案件之個別化、差異化，是否大到足以為不同的判斷？法院是否已全面深入查明個別案件之差異性？獲得足以區別為不同之判決結果，始為爾後應進一步努力共勉之方向。

六、附論：

最高法院 102 年度第 5093 號刑事判決否定警政署自製獵槍管理辦法有關自製獵槍後膛槍規定後，警政署遂於 103 年 06 月 10 日 修正槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第三款有關自製獵槍之定義，從善如流地加入使用釘槍底火規定之文字，自有其正面意義，令人欣喜。茲將其修正內容摘錄如下：

『三、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。』

然綜觀其修正文，仍未能明瞭法院不採用其訂頒之管理辦法之真正理由，實不在於如何規定
自製獵槍應有之結構，而是法律未授權，根本不能加以規範。惜警政署仍本於其主管機關之立場，
堅持己見，不察法院早已視之為具文，令人不免有功虧一簣之感。

狩獵與槍彈——從若干立法過程談起

施育傑

臺灣高雄地方法院檢察署檢察官

壹、槍砲彈藥刀械管制條例：72年初次立法¹

一、立法說明²

在民國 72 年（1983）3 月 24 日，立法院第 1 屆第 71 會期時，內政、司法兩委員會首次審議「槍『礮』彈藥刀械管制條例」草案。當時的內政部長林洋港、警政署長何恩廷、法務部次長施啟揚均列席參加³。內政部長對當時為何要立法的說明，是以：「工商發達、經濟繁榮……社會上犯罪型態亦發生急遽變化，因為新的道德行為規範尚未建立，而舊有禮教秩序已遭遺棄破壞，所以近幾年來，槍擊、兇殺暴力犯罪事件時有發生」，從而，為了「維護國家安全社會秩序之政策」、「社會治安的急迫需要」等社會法益，且刑法第 186 條、第 187 條刑度過低，加上刀械兇器僅有「違警處罰，最高為七天拘留，無法收到查禁實效」，因此有必要採行「重刑重罰原則，藉以戢止野心分子不法之徒暴戾之氣」⁴。

二、委員會討論過程

在委員會的討論時，大多針對是否加入「無正當理由」的文字調和並與刑法體系一致⁵、該條例是否破壞刑法體系及立法必要性⁶、刑度是否適當⁷、條例名稱及構成要件文字⁸等問題，少部分則有提到「反統戰」的作用⁹。後續的討論中，也有提到關於「打鳥、打獵應該登記後放鬆管制」¹⁰、「魚槍是用來補魚的，不是用來殺人的。論殺傷力，菜刀比魚槍更強……為了漁民捕

¹ 本文後述有關立法歷程均可在立法院法律系統搜尋獲得。為節省篇幅及閱讀方便，本文後述引用立法院公報部分，除第一次引用全註之外，後述相同者均僅標明卷／期別之阿拉伯數字。但因委員會與院會仍有不同，因此在院會時標明（院）。例如：「立法院公報，第 72 卷，第 41 期委員會紀錄」=「72/41」；「立法院公報，第 72 卷，第 36 期院會紀錄」=「72/36（院）」。

² 下述立法討論歷程收錄於：立法院公報，第 72 卷，第 41 期、第 45 期、第 46 期、第 53 期委員會紀錄。

³ 72/41，第 129-130 頁。

⁴ 72/41，第 130 頁。

⁵ 72/41，第 131 頁（黃天福委員）。

⁶ 72/41，第 134 頁、第 137 頁（張德銘委員）；72/45，第 120 頁（許榮淑委員）。

⁷ 72/41，第 133 頁（吳望伋委員）、第 135 頁（張德銘委員）；72/45，第 121 頁（蔡讚雄委員）；72/46，第 116 頁（杭嘉驥委員、潘廉方委員）；72/37（院），第 19 頁（洪玉欽委員）。

⁸ 72/41，第 133 頁（溫士源委員）、第 135 頁（張德銘委員）、第 137 頁（李志鵬委員）；72/45，第 116 頁（牛踐初委員）、第 117 頁（王夢雲委員）、第 118 頁（趙石溪委員、黃河清委員）、第 119 頁（蘇邱鎮委員）；72/46，第 114-115 頁（溫錦蘭委員）、第 115 頁（林聯輝委員）、第 116 頁（潘廉方委員）、第 117-121 頁（趙石溪委員、溫士源委員、李志鵬委員、蘇秋鎮委員、林通宏委員）；72/37（院），第 26 頁（雷淪齊委員）。

⁹ 72/45，第 115-116 頁（牛踐初委員）。

¹⁰ 72/45，第 116 頁（李明相委員）。

魚及孩童在海邊抓魚的樂趣，第 9 條規定還須斟酌」¹¹，的看法，但並不是針對原住民的傳統或習慣問題。

第一次提到「山胞」，是內政部長回應立法委員質詢「玩具槍」的問題時¹²，答稱：「有關魚槍和山胞射獵所需的獵槍，經過申請後，即可發照，准其所有」¹³。但沒有太多問答。直到第二次聯席審查會（4 月 2 日）時，立法委員林通宏質詢稱：

「……如本條例通過施行，則山胞都要被關起來，因為自古以來，山胞都是自造刀槍，如本法公佈施行，刀槍均須經許可才能製造、使用，則山胞都會被關起來。尤其本條例第四條包括獵槍、魚槍，山胞每家都有一、二支，平地山胞使用魚槍的更多，本法第八條……處罰都很重，希望政府能考慮山胞固有的習慣，而不要損害到山胞的權益。日據時代山胞抗暴都是使用刀槍，政府是否亦擔心將來發生此種情形？本席敢保證，由於政府對山胞的愛護、輔導，改善他們的生活，此種事件絕不會發生。本席建議第四條中魚槍、獵槍刪除，第八、九、十二條的處罰儘量輕一點，最好能改為罰金」¹⁴。

內政部長對此則是回應：

「山地同胞的佩刀不在本條例管制之內，獵槍、魚槍等在自衛槍枝管理條例中屬乙類槍枝，有從寬受理登記之規定，對於山胞持有獵槍、魚槍而未登記者，一定會從寬處理，因為這些都是山胞生活的必需品。政府絕不懷疑山胞的忠貞問題，只是法律之前人人平等，且為防平地同胞鑽法律漏洞，故不得不將之列入」¹⁵。

三、院會討論過程與立法結論

（一）排除條款的提出

但到了院會之後，當時送交審議的草案仍然沒有加入考慮特殊生活習慣或「山胞」的排除條款¹⁶。直到第二次的廣泛討論，才有立法委員提到：

「本法對於名詞的定義解釋，『槍礮』之中包含獵槍、空氣槍，這些都是山胞維持生活所必需，至於魚槍則是漁民賴以維持的生活，在本條例欲加以管制是否有當？」¹⁷

並且也有立法委員直接提出¹⁸：

「本席建議增訂第十四條，條文字：『山胞生活所需械彈，其管理辦法由內政部另定之』……。」

「……山胞生活環境特殊，自古即依靠獵槍、漁槍；弓、箭、長矛、弩、及山刀等生活，我們視之為武器而卻是他們謀生的工具，一日不可或缺，故我們應該對之加

¹¹ 72/45，第 122 頁（蔡讚雄委員）。

¹² 72/41，第 132 頁，黃天福委員：「魚槍、水槍在外國係屬娛樂性質用具……許多具有娛樂性質的玩具槍亦將被列入管制……。」

¹³ 72/45，第 132 頁。

¹⁴ 72/45，第 122 頁。

¹⁵ 72/45，第 124 頁。

¹⁶ 立法院公報，第 72 卷，第 36 期院會紀錄，第 31 頁以下。當時行政院長為孫運璿。

¹⁷ 72/36（院），第 8 頁（林鈺祥委員）。

¹⁸ 72/36（院），第 10 頁（華愛委員）。

以保障，讓山胞過正常的生活……。

「山胞生活所使用的武器，原本就已有管理辦法。由警察單位執行，並未發生過什麼問題。而日據時代江山胞的武器由警察統一管制、運用，亦未發生過什麼問題，再者山胞人口很少，大多奉公守法，故只要有效加以掌握，嚴格管制的話，就不會有問題」。

此後，先前仍持刪除意見的林通宏委員也表示¹⁹：

「……本席對於第四條第一款有關獵槍與魚槍的問題，已先後提出十幾次的意見，但始終未被審查會所採納，因此本席今天再以沉重的心情向各位呼籲……山胞們依然維持其固有的特殊文化和特殊的生活方式。山胞之生活以漁、獵為主，所以漁槍與獵槍是山胞主要的謀生工具，而不是殺人的兇器……

「在山胞本身而言，隨身不帶刀就不是男人，會遭人恥笑。山胞的刀、漁槍、獵槍，就如同讀書人的筆、農人的鋤頭、畫家的畫具一樣……

「本席這次到美國、巴西等地訪問，在美國國會中尚且見到配槍的印第安人，族見美國對印地安人之尊重，在巴西則更不用說；為何在我們這個具有古文明的國家中，不能尊重山胞的漁獵生活方式？為何不能使其過無憂無慮的生活？」²⁰

（二）保留及反對意見

而在院會討論時，也有採取認為用「許可程序」作為管制要件應屬適當的意見。例如：

「……職業上所需之麻醉槍、空氣槍、獵槍等，如要使用怎麼辦？本條例第六條規定……『申請登記』就是依法為之，也就合於第二條『依法令規定配用者』之規定」²¹、「本法乃是許可主義，無論持有或使用均需經許可……只要到主管機關辦個手續，登記一下」²²。

同時，也有直接反對開放予「山胞」的意見²³：

「剛才聽了林委員通宏為山胞的進言，本席十分同情林委員的立場」。但本席反對山胞持有之獵槍不在管制之內。目前，中央山脈中的許多奇珍異獸，如山豬、小鹿、山羊、臺灣熊等均瀕絕絕種邊緣，若不管制山胞的獵槍，則無疑是變相鼓勵山胞們狩獵的特權，此與現行禁止狩獵的規定相違……。」

也有表示²⁴：

「……目前槍枝販賣事實嚴重故希望林委員能支持行政院送審的這個法案。……林委員提到很多國外的情形，當然中華民國與美國等其他國家的情形不太相同，因我們面對最大的壓力便是隔海的敵人，因此槍礮、彈藥、刀械一定要有一個嚴格管制的辦法，非如此，不足以保障我們社會的繁榮，經濟的安定」。

¹⁹ 72/37（院），第 21-22 頁。

²⁰ 附議此一看法者：72/37（院），第 27 頁（冷彭委員）。類似理由但非由原住民觀點者，例如：72/37（院），第 13 頁（蘇秋鎮委員）：「何況本法亦不宜搬回大陸施行，因為新疆、蒙古的同胞都擁有武器自衛的習性……」，並認為該條例破壞刑法體系，關鍵在於警察單位姑息養奸。

²¹ 72/37（院），第 19 頁（林庚申委員）。

²² 72/37（院），第 19 頁（牛踐初委員）。

²³ 72/37（院），第 25 頁（郭榮宗委員）。

²⁴ 72/37（院），第 25 頁（楊寶琳委員）。

（三）妥協與結論

這些爭執，一直到雷淪齊委員提出：

「可將槍礮規定為『可發射金屬或具子彈具有殺傷力之各式槍礮』即可。因這樣一來，不是連獵槍、魚槍都包含在內嗎？本席所提的文字修正，林委員通宏也很同意。因此一文字彈性很大，也較易為人接受。且依本席所提的修正，只不過省略空氣槍、瓦斯槍和麻醉槍，而這些槍都不足致人於死，麻醉槍不過讓人流淚罷了」²⁵。

其後，林通宏委員即稱²⁶：

「本條如果照雷委員的意見修正，本席就沒有異議。……

「其次……請問郭委員，這些山胞對大家有無構成任何傷害？況且中央山脈野獸極多，不致被山胞獵殺完畢。……山胞約佔花蓮人口的四分之一左右，我們應該為他們的生活多加考慮才是。剛才召集委員……認為只要經過許可，便可使用槍枝，然而問題在於山胞們就是不願意前往登記，否則何以由日據時代至今，山胞仍然不願依照『平地山胞原居住地建築基地清理規則』登記？因為他們認為臺灣的土地原本就是他們的，為什麼還要登記？同樣的，他們認為獵槍乃是他們日常謀生的工具，為什麼還要登記？這是一個觀念問題。

「本席認為獵槍的使用須經主管機關許可此一規定固然很好，然而執行上會有困難，不如不要將魚槍與獵槍列入」。

即便如此，然而直到後來的院會討論，對於「山胞」的問題，除了少數仍然在討論時偶爾發聲，則幾乎是沒有聲音了²⁷。轉折點則是在華愛委員直接提出修正第 14 條動議，主張「山胞生活所需獵槍、魚槍等謀生工具，其管理辦法，由臺灣省（市）政府另定之」²⁸。對此動議，華愛委員雖然不在場，但因蘇秋鎮委員、楊寶琳委員認為仍需討論眾多條文，因此該條文保留討論²⁹。之後的院會，由吳延環委員等（20）人提出的修正動議，其中也包含第 14 條：「獵槍、魚槍等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」³⁰，其後院會無異議並三讀通過³¹。

貳、後來的修法與配套——89 年之前

一、重刑化與減免條款

（一）74 年修法³²

從本文所附的「槍礮彈藥刀械管制條例及相關法令演變」表格，可以發現在立法之後的 20

²⁵ 72/37（院），第 26 頁。

²⁶ 72/37（院），第 26-27 頁。

²⁷ 例如：72/40（院），第 20 頁（林通宏委員，主張保留魚槍）。

²⁸ 72/40（院），第 25 頁。第 14 條原為施行日之規定。

²⁹ 72/40（院），第 26 頁。

³⁰ 72/45（院），第 19 頁、第 21 頁。

³¹ 72/45（院），第 19 頁、第 24 頁；72/46，第 8 頁。

³² 下述立法討論歷程收錄於：立法院公報，第 74 卷，第 24 期、第 26 期委員會紀錄；第 73 卷，第 104 期院會紀錄；第 74 卷，第 2 期院會紀錄。

年內，分別歷經了 74 年、79 年、85 年、86 年、89 年的修法。其中，74 年的修法是因為行政部門主張治安日漸敗壞，因此將意圖販罪而製造、販賣、運輸相關槍礮者的刑罰提升至死刑³³。當時，內政部長在答詢時並指出：

「……警察被槍殺的數字，今年（按：發言日為 73 年 12 月 15 日）一年中警察在執行勤務時被歹徒用槍枝殺害的已有六人」，書面答詢則記載：「查警察人員自七十年一月一日至七十三年十一月三十日止被歹徒殺害殉職者，共計十二人，（其中以槍殺者九人，以其他兇器殺害者三人。）被歹徒用刀槍或其他兇器殺傷者二百九十二人」³⁴。

而對於槍枝的統計，內政部長亦指出當時「自衛槍枝」的管理情形：

「……甲種自衛槍枝已登記合法的有 494 枝，乙種 4,945 枝，山地獵槍 1,800 枝，空氣槍 839 枝，魚槍 650 枝」³⁵。院會時，行政院長俞國華指出：「……本條例公布施行以來，非法槍械案件，仍未有效防制，至 73 年 6 月底止，臺灣地區警察機關查獲之非法槍械計手槍 563 枝、鋼筆槍 227 枝，獵槍 136 枝、空氣槍 90 枝，魚槍 240 枝，合計 1,256 枝。另法務部調查局……破獲走私大批槍械入境案，查獲非法手槍 126 枝、衝鋒槍 5 枝、手榴彈 2 枚、子彈 1,860 發……警察因公殉職者 12 人，受傷者 219 人…」。

從上述行政部門的數據看起來，當時對於治安的需求和印象的敗壞，似乎並非空穴來風。從而，這次的修法，在兩次審查會及不算太多次的院會後，就通過了行政部門的提案³⁶。整體的過程，並沒有任何人提到「山胞」的議題。

（二）79 年修法³⁷

79 年時，原本程序委員會排定交內政、司法委員會聯席審查³⁸，但因為是在延長集會時間的審議，為了立法進度的關係，由立法委員提出逕付二讀後直接三讀通過³⁹。當時的修法，是針對該條例增加自白、自首可以減免刑度的條款，以及將檢舉獎金制度化（第 13 條之 2、第 13 條之 3），草案總說明這樣記載：「...走私槍械案件仍多，槍械犯案續增，為根絕該等為害治安最

³³ 73 年至 74 年時，內政部長吳伯雄、法務部長施啟揚，參 74/24，第 119 頁。委員會審查時，贊成（包括主張更多條文嚴罰）者：吳望傑委員（74/24，第 120 頁）、李志鵬委員（74/24，第 123-124 頁）、林庚申委員（74/24，第 124 頁）、王夢雲委員（74/24，第 124 頁）、趙石溪委員（74/24，第 124-125 頁）、王涵生委員（74/24，第 125 頁）、張鴻學委員（74/24，第 125-126 頁）、李宗仁委員（74/24，第 126-127 頁）、楊寶琳委員（74/26，第 4-5 頁）；似持贊成但主應審慎者：林聯輝委員（74/24，第 122-123 頁）似持反對（包括要求行政部門說明）者：江鵬堅委員（74/24，第 120-122 頁）、第 128-129 頁；74/26，第 6-7 頁）、費希平委員（74/24，第 122 頁）、鄭余鎮委員（74/26，第 3-4 頁）。

34 74/24, 第 130 頁

35 74/26, 第 4 頁

36 仍持反對意見（包括要求行政部門說明）者：江鵬堅委員（73/104（院），第 111-113 頁、第 117-119 頁、第 123-124 頁）、張俊雄委員（73/104（院），第 113-114 頁）、鄭公鎮委員（73/104（院），第 114-115 頁）、余陳月瑛委員（73/104（院），第 114-115 頁）。表決刪除死刑的提案時，共 5 人附議，但看不出有誰（74/2（院），第 12 頁）。而除了技術性的修正提案外（表決未通過，其餘均皆贊成行政部門的修法。

³⁷ 下述立法討論歷程收錄於：立法院公報，第79卷，第52期、第院會紀錄

³⁸ 79/52 (院)，第2頁。

39 79/52 (院), 第 24 頁 (陳水扁委員)、第 24-25 頁 (李勝峰委員)、第 25 頁 (趙少康委員、盧修一委員)、第 26 頁 (劉文雄委員)；反對意見：79/52 (院), 第 26 頁 (鄭余鎮委員)。³⁹贊成修法者例如：79/52, 第 56 頁 (林鈺祥委員、朱鳳芝委員)、第 57 頁 (丁守中委員)、第 58 頁 (劉興善委員、廖福本委員)。三讀通過：79/53, 第 51 頁。

鉅之犯罪工具，並有效遏止走私槍械及鼓勵民眾報繳、檢舉私槍……」⁴⁰。這一個提案獲得多數立法委員支持，理由包括：

「對於挽救當前日益惡化的治安相信有其正面的意義。」⁴¹

「本案如能早一天通過或早一小時通過，對黑槍的遏止就多一天、多一時發生功用……過去黑槍的查緝，往往到最後都無法查下去，因為犯法者都會向警方提供一些不知道在何處的人，譬如『綽號黑牛者』等等，本案修正的內容中，只要犯法者能將所持有的槍砲彈藥刀械的來源或去處交代清楚，就可以減免其刑」⁴²。

「治安機關在辦案的過程中，很少能循犯法者所提供之線索找到其持有槍砲彈藥刀械的來源，警察多數是在地上撿到槍械彈藥，所以，常有刑警向本席抱怨，本條例對知道槍砲彈藥刀械來源或有這方面線索者，願意向警方自首，都無減刑或獎勵的規定，以致於刑警即使抓到他們，他們也不會透露任何消息或線索，甚至會極力湮滅證據，今天本案的提出，是針對現實需要所作的進步修正」⁴³。

更有立法委員提出執行面的問題與建議附帶決議⁴⁴：

「行政院增訂……立意甚佳，惟究竟能否解決黑槍氾濫問題呢？本席特於中午時間請教了一位本身持有槍械的專家，他認為絕不可能會有人因此而報繳槍枝或供述來源，因此，本席在精神上支持這兩條條文。去年選舉期間，本席也曾請教部分人士，為何警方老是在公園或垃圾堆撿到槍，而本席常常早上五點多到公園去，卻從未撿到過槍？後來才發現那些槍原來是警方買來的。因為警政單位往往施壓於所屬各單位，規定每個月必須繳出多少枝槍來，而各個小單位找不到槍，只好向黑道購買，因其平常與黑道均有連繫，黑道被迫買槍，但因唯恐被捕，不敢直接交槍，只得與警察約定何時至某一垃圾場或公園取槍，所以警方往往撿得到槍。……本席建議作成附帶決議如下：『查警政單位於取締黑槍時，常有於公園、垃圾場或偏僻地區拾獲槍枝之業績，並給與拾獲警員高額獎金，此後此種行政措施必須徹底廢除。』⁴⁵……警方每年查獲黑槍的數量非常龐大，74 年一年查獲了 50 餘枝，去年高達 2,000 餘枝，而槍枝的來源主要是走私……。」

當時針對治安的問題，同樣有立法委員認為：

「本席願就當前治安問題的嚴重提出一緊急呼籲，最近本席接獲很多臺北縣選民的投訴，謂目前臺北縣勒索之風日熾，例如板橋地區已經有二十幾家醫院接到電話與信件的勒索……本席以為郝柏村院長在組閣之前，就對外宣稱其所領導的乃是治安內閣，如此治安內閣上臺已逾一個月，整個社會不安的情事並未因此而稍歇，反而有擴散的趨勢……」⁴⁶。

「最近幾年來社會治安日益敗壞，問題不是出在本院所定之法不夠完善，而是在於執行單位在執行上發生偏差……」⁴⁷

⁴⁰ 79/52（院），第 55 頁。

⁴¹ 79/52（院），第 24 頁（陳水扁委員）。

⁴² 79/52（院），第 24 頁（李勝峰委員）。

⁴³ 79/52（院），第 25 頁（趙少康委員）。

⁴⁴ 79/52（院），第 55-56 頁（林正杰委員）。

⁴⁵ 該附帶決議並經無異議通過。參 79/53，第 51 頁。

⁴⁶ 79/52（院），第 25 頁（盧修一委員）。

⁴⁷ 79/52（院），第 26 頁（劉文雄委員）。

然而，在社會治安需求、糾正警察部門的前提以及朝野幾無異議的氣氛下，對於原住民的問題並無討論，也沒有人質疑從 72 年「槍砲彈藥刀械管制條例」的「排除條款」，究竟實務操作狀況如何。

二、「配套」——85 年關於「生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法」的爭議⁴⁸

85 年，當時針對槍砲彈藥刀械管制條例的修正，包括潛水協會請願「勿將潛水刀列入管制」⁴⁹、彭百顯委員等 24 人版⁵⁰、行政院版⁵¹、曹爾忠等 16 人版⁵²，謝啟大等 30 人版⁵³，所要審查的法案共 4 案（請願案納入參考）。該次的修正，焦點集中在模型槍枝，因為只要經過改造就等同於一般的槍枝。其他的修正討論，則包括對於刀械的管制範圍問題⁵⁴，以及關於該條例第 14 條「生活習慣特殊國民之生活工具」的討論。

針對「生活習慣特殊國民之生活工具」，謝啟大委員等 30 人版主要是要求將「管理辦法」應該在該條例修正公布後 6 個月內定之⁵⁵：

「現行條文第 14 條，獵槍、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。據本席了解，本條已規定了 12 年，截至目前為止，此一管理辦法上未訂定，雖然此種生活型態以原著民（按：應為原住民之誤）居多，但也並不全限於此，有許多人仍要靠此維生，而中央主管機關怠於立法，所以本席修正……以合法保障人民的權利。

「此法已施行 12 年卻尚未訂定本條文管理辦法。只因他們人數少，你們便一直漠視；卻也造成原住民生活的不便，也使其權益一再受損。因此，在此翻（按：應為「番」之誤）連署時，原住民委員全部簽署也表示有需要」。

也有立法委員聲援上述的立場⁵⁶：

「在 12 年間，由於你們未制定辦法，有多少漁民被政府判罪？而他們只是因製作魚槍補魚，作為謀生工具。……這些年來，凡因為你們未訂定辦法而誤蹈法網者，都是你們為官者所造的罪孽！……」

「……政府官員怎麼可以 12 年不製訂（按：制定）相關辦法，卻又動不動拿此條例抓人判刑？……你們應抱著贖罪的心情訂定……。」

然而，對於管理辦法的訂定範圍，立法委員也表示⁵⁷：

「此外，據本席瞭解你們要訂立的是原住民使用獵槍與魚槍的管理辦法；但本席已在立法理由明白表示並非只有原住民才使用魚槍或獵槍，如果只規定原住民的使用，其他有生活需求的使用者便無法列於管理辦法中做管理、受保障。本席再次強調第 14 條的管理辦法不可限於原住民適用，以防掛一漏萬」。

當時警察機關列席的副署長對於第 14 條的管理辦法能否如期訂定，是採取肯定態度⁵⁸。但

⁴⁸ 立法院公報，第 85 卷，第 35 期（內政及邊政、司法）委員會紀錄。當時行政院長連戰，列席委員會分別為內政部主任李本仁、警政署副署長余玉堂、法務部司長謝文定。

⁴⁹ 85/35，第 391 頁、第 393 頁，針對（金屬）模型槍改造槍枝管制，修改第 4 條的定義。

⁵⁰ 85/35，第 391 頁。

⁵¹ 85/35，第 392 頁，針對第 13 條之 2 的減刑條款。

⁵² 85/35，第 392 頁，針對第 13 條之 2 的減刑條款。

⁵³ 85/35，第 392 頁，針對第 6 條及第 14 條。

⁵⁴ 85/35，第 393 頁（謝啟大委員）。

⁵⁵ 85/35，第 393 頁、第 395 頁（謝啟大委員）。

⁵⁶ 85/35，第 399-400 頁（陳癸淼委員）。警政署副署長當時表示沒有人用魚槍綁架、殺人或搶劫犯罪（同註頁數）。

⁵⁷ 85/35，第 396 頁（謝啟大委員）。

對於相應管理辦法的訂定，警政部門表示：

「今年四月，我們邀集了 8 位原住民立委探討此條文，本署亦將初步草案報內政部。內政部也將召開法規研討會探討此案⁵⁹；

「這個管理辦法，其實當初法案通過時內政部便已開始起草，後來也在內政部與警政署間也周旋了好久。因為考量此辦法訂出後，可能與自衛槍枝管理條例有所抵觸而將其延擱……目前此辦法之草案已經訂出，正在內政部審議中……我們在訂定此辦法時十分慎重，當初我們曾考量所有原住民、漁村漁民所使用之各類魚槍及獵槍式樣，想比照槍砲彈藥管制條例以圖列方式表示。但我們蒐集到的樣式竟無相同者，實在難以規範；因此也難以圖列方式訂定此辦法。最後，我們以概括的方式，足以概括原住民、漁民等生活特殊國民之需要」⁶⁰。

當然，不論在什麼年代，都會有治安上的考量。例如，也有立法委員質詢警政署副署長關於「發生僑務委員挾帶黑槍」、「彭委員紹瑾遭人以刀械砍傷」等事件⁶¹，也有質疑自首效果不佳、查緝黑槍不力⁶²。總之，在這一次的討論過程中，該條例第 14 條並沒有太大的爭議，於是該條修正「獵槍、魚槍專供生活習慣特殊國民之生活工具者，其管理辦法，由中央主管機關於本條例修正公布後六個月內公告之」在第一次審查時無異議通過⁶³。院會時，各黨並同意增加「刀械」二字，以避免掛一漏萬⁶⁴。

⁵⁸ 85/35，第 395 頁、第 400 頁。

⁵⁹ 85/35，第 399 頁（副署長余玉堂）。

⁶⁰ 85/35，第 400-401 頁（警政署保安組組長吳長寬）。

⁶¹ 85/35，第 397 頁（李慶華委員）。

⁶² 85/35，第 397-398 頁（高惠宇委員）。相較之下，「刀械」的管制範圍和模型槍的入法管制，討論則顯得熱烈許多。對於刀械的管制範圍，舉例來說，有認為「……有許多民眾向我們請願……還有登山協會、救難協會等，紛紛向本院請願……現在藍波刀、匕首都是違禁品，但是事實上，登山、潛水及救難等，都必須攜帶一些維護自身安全的刀械，比如潛水時，潛水刀就是必備的裝備，但當潛水人員攜帶整套裝備，或出國參加潛水活動或外國潛水團體來台參加活動時，只因為攜帶了一把刀，就認為攜帶違禁品，而被起訴、判刑。這類案件幾乎全部起訴，一部分被判無罪，一部分仍判有罪，甚至有的家庭並因此而破裂，父親因此精神崩潰」（85/35，第 393 頁，謝啟大委員）；「……為了避免以改造金屬槍枝規定不周，所以修正為改造槍較妥」（85/35，第 394 頁，謝啟大委員）。

⁶³ 85/35，第 406 頁。

⁶⁴ 85/40，第 300-302 頁。該條文直至 90 年方才刪除。

主題三：

本國原住民狩獵權實務討論、評釋

【會議實錄】

主持人：原住民族委員會全文盛族群委員

鍾副主委、臺上的各位貴賓、各位鄉親、各位好朋友午安，因為上午我沒有參加，來不及參加，中午到，所以在座的朋友可能不認識，我就先自我介紹。我是來自南投，是布農族的，那麼現在是原民會的族群委員，在這邊，今天跟明天，我們研討會這個議題，其實我有一些小小的感受，利用一點點的時間跟各位做一個分享。

我印象中小時候，大概還在念幼稚園的時候，我舅舅帶著我徒步到中央山脈的丹大遺跡打獵，那是我最快樂的時候，同時我也看到我們的族人，在族人被遷迫到我們現在的地利村的時候，族人都是自己興建的房屋，那麼，大家、族人共同來為我們的族人建屋，建材都是來自就地取材，砂石也好，或是卵石也好，甚至於是木材，都是就地取材。印象中，好像還沒有因為做這樣的一個行為，族人受到起訴或者是刑責的處罰，這麼多年來，我看到很多的族人，特別森林法或者是野生動物保育法，甚至於水保法，很多的族人涉案，我也看到各級的民代，對這些族人的一個陳情、訴求真的是沒辦法處理，真的很難過。

其實，我一直在思考一個問題，我們部落族人很多酗酒的問題，常常讓我們外界的朋友說：因為原住民的天性，原住民本來就喜歡喝酒。但是，追根究柢，坦白講，這些都是社會帶來的一種壓力，很多的族人有太重的挫折感，他們生活在沒有正義、讓他們能發展自信心的社會跟國度，我想今天跟明天，這樣的研討會，辦了五年了！我總是期盼與會的所有發言，還有我們學界、法界朋友的一些建議，能夠真正落實在以後制定我們原住民族相關法規的時候，落實下去，甚至已經制定的部分，是否還有空間做一些修正，以上是我的感言。

好，那麼今天要介紹我們臺上的來賓，針對我們今天的第三個議題：本國原住民狩獵權實務討論、評釋。這裡面有三個討論的議題、有發表的文章，第一個是「我國司法實務對槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項見解之分析」，發表人是馬培基庭長，與談人是我們的謝煜偉教授。第二個是「析論原住民族基於傳統文化祭儀獵捕保育類野生動物除罪化與否之爭議--從最高法院 102 年臺上字第 3541 號判決談」，發表人是許律師，許正次律師，與談人是我們邀請林孟皇法官。第三個「司法機關對原住民自製獵槍-供作生活工具之用-要件之見解」，發表人是蘇建榮會長，與談人是施育傑檢察官。為了爭取時間，我們就請第一個發表人：馬培基。

跟各位報告，因為馬庭長他票買好了，所以，剛剛他跟我講，這個議題最後，他要提前十分鐘離開，所以，有關他的部分，有需要做解釋的，就盡量把握時間，好，我們有請馬庭長。

與談人：國立臺灣大學法律學院謝煜偉助理教授

主持人，還有發表論文的馬庭長，還有在座的各位先進、各位朋友，大家好、大家午安！我把握這個簡短的八分鐘的時間，來講一下關於這個議題的簡短的想法。

首先，馬庭長的文章非常清楚地交了三個重要的問題，第一個是原住民身分的認定，在槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項原住民身分認定的問題。他採取血統及親子關係這樣的說法，而不認為說應該要按照這個原住民的身分法跟管理辦法所提到的這個方式來認定，是採用比較實質的觀點，關於這一點來說，我個人是完全贊同這個馬庭長的意見。

第二個議題是提到自製獵槍的解釋，那這個部分也是一樣，就是自從最高法院102年臺上字5093號判決出來後，似乎看起來是採取一個比較放寬的認定方式。那當然，最重要的爭點就是今天以喜得釘作為一個發射締過的一種，然後是從後膛來裝置的這樣的槍枝結構的所謂的槍枝是不是可以符合自製獵槍的要件。那在最高法院的判決做出之後，某程度似乎誠如馬庭長所說的，是到了一個段落，但是，這個問題將不會就此結束，因為，會不斷會有新的自製方式，以及自製出來的槍枝結構，會去挑戰實務對於自製獵槍的定義，也因此，在馬庭長的文章中很清楚地指出說應該交由立法者，透過一個更明確定義的方式來解決這個問題。那基本上，我對於這樣的結論是採取認同的態度，只不過，在立法之前，實務上面，在如何操作自製獵槍的法律解釋的時候，其實，我們現行的實務已經有發揮一定的作用，那就這個部分，我個人認為在還沒立法之前，我們能夠做什麼？這是我比較關心的地方。

那第三點關於工作生活工具之用的這個部分，馬庭長主要的這個主張，特別是提到工作生活之用，它有分為採取主觀目的的管理，以及客觀利用狀態兩種不同的觀點，那特別提到說如果今天是在持有獵槍之初，雖然是基於狩獵的目的，但是如果是在這個期間有恐嚇的犯意，或者是其他犯罪的目的而使用的話，那在這樣的情況之下就不能主張免除刑事責任。那可以說是他將工作生活工具之用的部分，把它解釋比較純偏向是所謂主觀目的利用，那關於這點，我個人是有點不太相同的看法，我會認為說，其實工作生活工具之用，它其實某種程度上也可以從它一般的客觀利用狀態來加以定義，也就是說，還是有機會來進行除罪。

好，這是關於馬庭長的文章當中三個問題，我認為是比較重要的地方。那接下來，我就針對所提到的這幾個問題來進行一些我個人的一些補充，或者是我自己的一些想法。那我們可以知道就是在連同早上的討論，可以發現到一個很有趣的現象，就是實務上，特別是第一線的執法人員他們會非常重視許可及管理辦法，就是那個槍枝的許可及管理辦法。

那與會者都有提到就是在2011年的時候做出的修正，然後，在今年的6月又作了一次修正，那我們可以發現到在2011年的那個時候的修正的管理辦法裡面，它提到了幾個第二條的名詞定義，它包含提到：第一個，原住民是指原住民族身分法第二條所定之原住民，然後，自製獵槍它就是特別提到說必須是傳統習慣專供獵捕維生之生活工具，然後，它有從它的結構以及性能來依序地定義說必須要有黑色火藥，由槍口裝填於槍管內，然後再規定了它的填充物必須是玻璃片或彈丸……等等的固體物，那我們可以知道這個許可及管理辦法它其實只是母法授權來針對槍砲彈藥刀械管制條例第二十條，它的這個許可申請及條件、期限……等等的許可管理辦法，它其實嚴格來講並不是授權於內政部去制定一個關於管制條例第二十條的自製獵槍的這個要件的解釋，也不是去制定一個關於管制條例第二十條的原住民行為人的管制解釋。

所以，很多會去混淆這個許可和管理辦法以及母法之間的關係，但是，非常清楚的就是這個

許可及管理辦法第一條告訴我們，它只是被授權規定行政機關它的許可的條件以及管理的條件而已，換句話說，關於這些管理及許可辦法，它所講的定義都只不過是被還原回管制條例第二十條第一項裡面的未經許可的許可那兩個字而已。所以，我們從這個角度來看，管制條例裡面所謂的自製獵槍跟許可及管理辦法裡面的自製獵槍根本就是不同的東西。所以，我們不需要一直再去牽扯說管理辦法或許可辦法它規定了什麼，那如果違反了那樣的一個規定所製作出來的槍枝，它又必然會跑到管制條例第二十條裡面的非自製獵槍，其實這樣的想法是一個非常錯誤的。34'38

所以，我們可以把一個軸線畫出來分成三個不同的場域：第一個場域就是該當於這個槍砲彈藥刀械管制條例裡面，比如說：第四條的定義的槍枝會違反第八條……等等，這樣的一個刑事罰的領域。第二個，在中間的領域是行政罰的領域，這個領域是不符合這個管制條例第二十條第一項裡面的規定，同時，也沒有取得那個許可。這是一個中間的規定。那第三個、最旁邊的這個場域是符合了許可及管理辦法裡面定義下來，其又獲得了許可之後不會受到行政罰，也不會受到刑事罰的一個合法的領域，所以，如果我們今天來看的話，就算今年六月的許可及管理辦法制定了一個看起來開放的、實際上還是很保守的一個自製獵槍的定義，就算符合那個管理辦法，所造出來的獵槍，它還是有機會可以跑到中間的這個場域。而這個中間的這個場域的自製獵槍的定義則是要委由司法者來認定。那這個時候，司法者除認定了，就要尊重最高法院它最近的見解來去決定什麼叫自製獵槍。那我們就可以從這個觀點來看的話，第二十條管制條例，第二十條第一項的自製獵槍，它是一個複合型的要素，也就是說它一方面是準確犯罪事由，那在另一方面又是行政罰的構成要件，這個時候會發生一個牴觸的問題，可是這是限制於我國立法技術的關係。沒有辦法，它只能夠用一個擇一的方式，不是你，就是我，這樣的一個方式來認定，但是，其實在刑法的基本理論來看的話，一個要件它同時又是主確要件，同時又是一個裁罰的一個構成要件的時候，它必然會有一個內在矛盾跟衝突，這個問題必須要透過進一步的修法解決，但這不是我現階段能夠處理的問題；但是，我至少可以知道有辦法，而且有必要要將許可及管理許可裡面的定義跟管制條例第二十條裡面的定義作一個區隔，那這樣的話，其實就可以回應早上、上午場，我記得應該是錢建榮法官，他有提到一個問題，以及還有這個許華偉檢察官在文章中提到的一個問題，似乎可以獲得一個解決，也就是說其實這時候行政罰的罰鍰的這樣一個認定，有機會可以透過一種回流的方式，也是說，在實務上面，可能認為它欠缺刑事罰的要件的時候，這個時候再回過頭來認定說有沒有可能成立行政罰，那這時候行政罰的構成要件非常清楚的，就是管制條例第二十條第一項，這個部分我們就不需要再跟內政部的許可及管理辦法一直糾纏不清，那這個許可及管理辦法它要怎麼訂就怎麼訂，但是，我要說的就是這個許可及管理辦法，它所講的定義充其量只不過是那個未經許可的要件的判斷而已，那我們還是要在司法實務上面要有對自製獵槍的這個定義權。

我其實還有準備一些東西要講，但是時間有限，我最後再花一點點時間講就是關於那個獵槍的定義的問題，其實我個人間單的理解就是它不應該跟隨著管制條例第四條的那個獵槍定義來走，它應該是供狩獵所用就可以了，那這個早上其實也有些討論者有提到，這也是為什麼在最高法院的這個 102 年的判決做出之後，然後，我記得在 103 年臺上 43 還是 44 號判決，它有特別提到長槍這個定義，我個人是非常反對把這個長槍的定義放進去。然後為什麼，因為只要你是供狩獵之用，就算是空氣鎗，它也是鳥禽狩獵所用，這個在黃茂榮大法官的協同意見書裡面，他也講到空氣鎗的大法官解釋裡面就有提到，那如果從這點來看的話，就不應該侷限於所謂的長管的散彈

槍，這樣的一個刻板印象，其實，你說殺傷力比較弱的空氣鎗，它本身只要是能夠供作鳥禽狩獵之用，它為什麼不能夠該當於那個自製獵槍的範圍？我要講的就是，因為在 102 年臺上 5093 號判決之後，馬上有一個針對改造空氣鎗的一個判決，而這個判決，它是判決有罪的。那就可以知道，其實最高法院，你看似好像它改、它好像開放了一些想法，但實質上，它有些地方還是沒有辦法非常能夠達到尊重原住民傳統狩獵文化這樣的一個精神。我先講評到這邊，謝謝。

與談人：臺北地方法院林孟皇法官

各位與會貴賓，大家午安。那很榮幸地來這邊擔任與談人，這是我參加的第二次，那我非常謝謝這個許律師，他非常坦然，一個多月前就拿到論文，不像上一次，前兩天拿到。第一個，就是非常謝謝許律師。不過，他剛剛有提到了這個案子尚未確定，所以，意味著他給我帶來一個困擾。我們法官，身分受到很多拘束，那我前陣子收到法界對法官倫理的研究，就它寫了一本法官倫理的書，我本來一直認為法官參與學術的研討會，應該是最可以講最多的，沒想到那本書裡面說，法官參與學術研討會對於系爭的個案，應盡量不要評論，應該說是要拒絕接受的，那我想說我今天要怎麼辦？所以，這個我基本上不太去談個案的情節，反正，他簡報也很精彩，所以，以下就盡可能，我自認不牴觸法官的倫理規範的前提下來討論。

我覺得許律師的題目真的是挑得很好，其實這個判決非常精彩，不管是檢察官的起訴，還有他的上訴互告，或者是法院的判決。我本來以為今天…因為這個議題是非常有趣的，它比較是在講法釋義的問題，沒想到許律師報告非常精彩，加了很多東西，為什麼說這個判決非常精彩，其實大家都只看到最高法院的判決，其實，以這個個案的判決來講，原來的一、二審雖然它就被告，我想野生動物保護法的部分判有罪，可是它就槍砲那部，其實它的論述會比剛剛我們一直在講最高法院 102 年那個判決要來得精彩，談得非常多，也對原住民的狩獵文化……等等有很多闡述，所以，建議各位回去可以上網下載，把許律師有提的那些案號的判決把它 download 下來，好好地看一遍。

我兩年前跟陳采邑律師還在談那個「阿力力」事件，說為什麼法院已經傳了原住民的學者專家來當證人，可是判決理由一個字都沒有寫。

兩年前，我們司法實務界是非常不敢寫這個東西，沒想到，兩年後再來參加這個研討會，我看到好幾個判決，尤其臺中地院，那個馬庭長他們臺中地院，好多的判決，甚至在原住民判決，就我來看，有兩公約是個進步的指標，可是不只是針對兩公約，它其實談的非常多的東西，那這個判決是個經典。不過，回到這個個案本身，我想作為一個讀者，我想看今天報告人的一些報告應該是再做一個調整，我還是有個建議，就是說他的文章裡面看不出來到底是他自己的見解還是法院的判決，其實他的文章裡面引了一大半以上都是法院見解，可能是因為他個人參與，那是他的見解被法院採納，他認為是他的見解，可是，就一個讀者來看，我覺得那個脈絡最好可以讓我們可以更清楚一點。

那這個個案，我覺得許律師應該再去提這個案子，目前在最高法院，檢察官上訴提到三個理由，第一個理由就是那個林務局所訂的辦法，它有提到山羌，山羌是保育類，剛剛許律師的報告已經跟大家提了，就是按照第五十一條之一，它是針對一般類，為什麼可以針對保育類訂在裡面？檢察官上訴理由是說那是一個無效的命令，法院不能用那個無效的命令。第二個，他說應該要申請大法官解釋，當然我個人認為這兩點，我是認為站不住腳，不過我們實務工作者，很多人常會

誤以為大法官(解釋)才能解決所有問題。可事實上，這個個案就是全部由法律解決，所以，法律怎麼解釋就要談法釋義學，這個判決大概跟很多不立意解釋或體式解釋什麼的……等等，檢察官上訴的第三個理由，他講到了舉重以明輕，意思是說第五十一條之一既然是講一般類，那保育類就是要用刑法來制裁，這個是檢察官的論點，那法院跟一審判決的論點是說，就是剛剛許律師所提的我這裡可能是法律漏洞，他說這裡應該是法律漏洞，法律裡面有規定，按照我們刑事審判強調，叫罪刑法定，因為它罪後審判性，所以它強調罪刑法定，它說不能類推適用，那不能類推適用，像剛剛許律師提的，應該針對第五十一條之一罰行政罰。保育類，全然、不必然跳到這個所謂的刑法，它可能像剛剛許律師提的罰得更重，就是罰更多錢。

所以，這個法律漏洞的爭議，我想其實你就從刑法理論來看，舉例是這樣子說…我們刑法你要去到底有沒有刑法的必要性，還有就是到底要不要入罪的妥當性……等等，是當前，是刑法釋義學還有刑法政策上的一個兩大指導原則，想想看，剛剛提到了一個罪刑法定原則，最後刑法的最後手段性原則，基本上，我認同許律師剛剛提的，它應該…即便你要罰，你未經許可去打了保育類，可能是更重的行政罰，而不會必然地跳到刑法那邊去，這個是補充的說明。

那再來也就是說，剛剛許律師的簡報是非常精彩的，其實他的文章是有點無趣。他提這個判決，你要讓讀者看到原住民的狩獵文化，為什麼我們要去保障這樣的狩獵文化，其實更一審的判決寫得清楚，我念一下，我沒有看過這個東西，我真的不知道。它說布農族小米祭是：「為了使傳統農作「小米」文化深層植入各個社區發展，乃計劃活動期間男人必須先上山打獵，下山快到社區時定要吼幾聲，婦女則要準備已釀好的小米，迎接自家的男人幫忙迎接獵物煮食，和社區族人一起分享，此時報戰功、八部合音在社區裡歌聲環繞……等等」，看到這個東西，我才知道原來所謂的傳統文化祭儀，它的特殊性就是在這裡。我覺得如果文章能把這些東西再加進去，可能會讓人覺得：「喔！我們為什麼對於原住民傳統文化、所謂狩獵文化我們要予以這樣的保障。」

最後一點，補充一下，就是剛剛許律師文章裏面有提到我們司法態度的轉變，他說我們是從一視同仁、依法辦理，到目前的理解與尊重與日俱進，那其實，我上網去搜尋，我們真正好像有基於傳統祭儀去狩獵的，被法院判刑、司法實務上處理的，只有兩件，那有可能是它判決沒有寫，我記得好像高雄地院在 90 年間有一件，就是布農族打耳祭的那個案子是判有罪，緩刑。那看起來，這一件隔了十幾年後，目前改判無罪。確實獲得剛剛許律師提的，現在法院比較能夠理解跟尊重。不過，我看了去年浦忠勇先生，在第四屆研討會他提到習俗與犯罪，他有提到說我們原住民對於狩獵的文化，我看了非常感動，顯然不是我被誤解，他提到說「獵場是我的身體」，還有一個老人家要往生了，他希望吃一口野生動物的肉，我認為現在的法律處理不到這一塊，尤其是原住民基本法那十九條有規定說自用，自用是規定在原住民基本法，我們顯然這個規定裡面是不能自用的。

所以，我想我們對於原住民的狩獵文化，現行法制可能還有很多需要努力的空間，這是做一些回應，謝謝各位。

與談人：臺灣高雄地方法院檢察署施育傑檢察官

在場的貴賓、朋友，大家好！我想到了最後一場，你們也累了。那先謝謝我們馬千里代理會長給我們非常精闢地講解，那他講完之後，我不知道我要講什麼了，因為他一個人身兼導讀、發表跟與談，所以，基本上我完全贊同他的看法。有點糟糕，因為好像都被講完了，但是，我後來

又想到一些事情：第一個，剛剛林老師、孟皇老師有講到未定讞的判決在這個位置之上，都有一些顧忌。這一篇(文章)裡面，我根本不知道哪些是定讞、哪些是沒有定讞的，所以，這要從何論起？我認為，我從這篇、在看這篇文章的時候，我先講第一個，附錄的部分，剛才附錄的部分看起來似乎蘇會長跟謝教授我看起來立場是相近的，那下一個問題就是以後的問題，法律如果沒有禁止的話，可不可以用這個去當作以後處罰的理由？包括說起訴審判，或是說…在去年第四屆的時候，我發表一篇文章，那時候有幾個老師就有提到說那可不可以用機關槍掃射啊？那可不可以用狙擊槍啊？這樣到底行不行？這個是有待思考，當然這個蘇會長附論這邊，他雖然一開始說有正面意義，令人欣喜，但是後面好像又打了一耙？，所以看起來比較不像是令人欣喜，比較像諷刺，那在來倒過來看結語的部分，蘇會長這篇文章整理了很多很多的案件，其實我研究所就念四年，我這四年體悟到蒐集資料是件非常難、非常苦的事情，那麼，蘇會長這篇文章蒐集這麼多判決，在結語這邊，我認為非常有價值、有意義的部分是什麼呢？在第五行開始，大家可以看到在細查部分有罪案件判決理由這裡有寫：確認被告之生長過程環境、從事職業之類別、使用槍枝情況做深入調查，看起來、看過去很通順，但我覺得我有比較深的體悟，從去年到今天，去年我在發表文章回來的時候，我一直在想、一直在找文獻，為什麼我從第一屆發表到現在，好像什麼東西都沒動？多了一個喜得釘，其他都沒有動？到底原因在哪裡？我後來想想想…想了很久，我覺得是一個重點，就是我們把別人生命放在什麼地方？

一般的檢察官、法官我們會說在量刑事項重罪刑法定，第五十七條說：對於一個人量刑，要看他的犯後態度、他和被害人之間的關係…這些，我們把別人的人生放在量刑輕重上面，但是在對原住民的案件裡面，我們應該把它放在構成要件的考慮範圍，也就是說，一個人的生活或者是說一個人的人生，我們可能實務上有太多的案件了，我聽說，這未經確實，我聽說我今年職務調動後，手上有近兩百件沒有結。如果一個月再怎麼近六十到八十，各位，是我的話，我如果被人告，我當成被告，他兩天就要結一件…人家是一天就要結三件，我不敢相信這個例子，我相信各位也是一樣。

現行實務上，我們有太多太多無解的東西，但是，回到這個文章來，我們要把人生放在什麼地方？在原住民的這些案件裡面，有包括，不管是槍炮也好、野生動物保育也好，我去年寫過一些東西，森林法也好，我們到底要把他人生放在什麼地方？我這邊提出的主張就是在構成要件的呈示，應該要調查這個人的人生，就是這麼簡單的事情。而這個資源要讀多少？我提一個看法，少年事件處理法的少年調查其實也是類似這種情況，它是會為了保護少年而做，在原住民的生活方面，我認為也是應該一樣的出發點，所以，我這邊請大家如果有看這個論文集的話，一百二十五頁以下，我們要看什麼多一個發表人？不是，是我另外去寫一個與談稿。個與談到其實很深，我們來與談比較深入的，我們先來看一下這個法律的生命到底是怎麼一回事，其實，大家若有先看到，或是回去再看，我直接講結論，這個法律，我覺得是有點無心插柳，柳成蔭。這個第一頁，頁數第一百二十五頁，內容很多，提到…反統戰的作論，包括說這個很多很多…因素，如果翻過來，我這邊幫大家整理，第一百二十六頁這邊，如果大家看完…因為那個時候，好像就是…我都已經講好了，要讓…那時候叫山胞，家裡都有一兩支，魚槍更多，不可以做這個規定，最好是個魚槍要刪除。結果到最後、到現在呢？我為了一個民國七十幾年的法律一直到現在變成好像原住民文化、祭儀……等等，一些東西都摧毀殆盡了，這是我覺得非常令人在探討這段法令的時候，有很多…不管是念法律也好，不是念法律也好，都會覺得這種情況似乎應該要改變了。我這邊直

接提出我的看法，我認為槍砲跟原住民使用、製造或者是持有，都應該要全面除罪化，老實說，現在的刑事偵查動能…我是檢察官，以檢察官的立場來講，刑事偵查的動能不應該耗在這些事物上面，我覺得是非常無聊，我直接這樣講。我在三年前，在最高法的這個判決還沒出來之前，我在三年前就已經引用過兩公約，還有就我自己解釋就散彈槍的部分就直接作不起訴處分。但是，因為，我不知道這會不會上網，拿出來又違反規定，我又很麻煩，所以，沒有附在裡面，但是，我的意思是說不只是我，很多檢察官跟我有相同立場，就是這種東西其實不會…包括說我們今天論文集整個看看去，或者檢察官，還有包括很多發表的檢察官，他使用的、他引用這個德國的武器法，作比較趨向除罪化的一個見解，這個我是贊同的。其實，槍砲條例沒有設立之前，刑法第一百八十六條，大家知道持有這些什麼爆裂物、軍用，多重的罪嗎？大家如果去查查看，感覺一下，到現在是不一樣。

好，最後兩點，我提供兩個看法，第一個，這個馬代理會長剛剛非常磁性的聲音幫我們講解這個東西，我剛剛雖然說完全贊同，但是，我這邊要另外提出、並不是不贊同，我再綜合前面幾位，再提出一個我個人的看法，為什麼會有這個看法，我先講一下自己的經驗，我唸研究所的時候，黃茂榮大法官，剛剛也有提到，我有跑去修他的課，我是刑事法組，他那時開了一堂課叫債法專題，結果就搞到沒有人去修，人家說研究生要去修啊！去修，他又不開，我去的時候，發現只有我一個研究生，他只好跟大學部一起開。結果，黃老師他跟我說：「這樣好了，你來打大學部的分數，我來打你的分數。」我就說：「好。」到學期末的時候，大學部的每個人都九十幾，因為我都給很大，但是，我自己的分數，我忘記了。所以重點是說，其實很多部落的法律，不一定要 follow 我們國家的法律，其實可以開放購買授權，直接從法律…讓部落自己去訂他們的法律，讓他們遵守，在國家不要違反太大的禁止規範的時候，其實，國家真的不需要打制，例如、像是說：要砍頭，這個偷錢要砍頭，國家說這樣子不行。另外一個，我要講我自己探討的東西，在前面的，我做一個總結。

我們看到這個地圖，有講到山地國跟漢民族，有什麼不同的國和國、部落關係，其實我講一個很簡單的，假設今天聯合國說：「臺灣的原住民要獨立，我讓你加入聯合國。」我保證明天開始，臺灣非原住民會自願投到原住民。就這樣，謝謝。

主持人：原住民族委員會全文盛族群委員

好，謝謝我們施檢座的與談。那麼的確我們很多的族人會感覺莫名其妙，好像觸法都覺得莫名其妙，跟他們講說：「你到底有沒有罪？」他說：「他承認，但是他沒有罪」就是這樣，所以，從我們的族人的過去傳統習慣的那種思維跟理念來看，確確實實，他會認為說他受到不平等的待遇。

我們這邊大約還有十五分鐘的時間，那我們提供與會的朋友來提出問題，臺上幾位貴賓來作回應，我們開始。

好，那個穿藍色衣服的小姐。

提問人：財團法人法律扶助基金會臺東分會陳采邑律師

大家好，我一直聽到我自己的名字，那個我解釋一下我那個統計數字，是基本上判決有罪的，大概就是 102 年以前的案件，那 103 年有兩件，那一件是花蓮地方法院判決，但是，另外它是

簡易判決處刑，所以她沒有律師來幫他做主張，那可以認罪、緩刑兩年，但是他要提供兩百多小時的勞動服務。所以目前看起來這樣子的見解，好像在地方法院，我不確定說是怎麼樣？因為臺東地方法院是有一個少年，十八歲以下年輕人也是因為山羌被抓，那也只是訓誡，所以，目前看起來目前 103 年是有兩件是有結果，那還在觀察中。那我有一個疑問就是說因為祭儀的部分，這四位布農族，他們很勇敢，大概就是因為祭儀部份被抓，那我的統計數字看起來，大部分都是自用，就像專員講的，其實，用申請的方式，我覺得好像跟部落傳統的慣習是不一樣，所以大部分都是因為自用被抓。那自用能不能用 102 年臺上字第 3541 號判決的見解，我是不知道，但是不是可以就教於許律師？謝謝。

- (1) 大部分的野動法刑事案件都是因為「自用」野生動物，而非因祭儀或文化，故因「自用」而獵捕野生動物是否適用 102 年臺上字第 3541 號判決？
- (2) 又野動法第二十一條之一當初立法院立法有附帶決議必須遵守原住民飲食文化可否依此主張？

發表人：許正次律師回應

那個其實在打這個案件的更一審，同一個時間，我也打另外一件自用獵捕山羌，另一隻，同一個法官、同一個庭，那個有罪、這個無罪。所以，意思說，他們嚴格限制說要根據那二十一條之一的除罪化規定是傳統文化及祭儀。他說你不是傳統文化，也不是祭儀，自用啊，不符合除罪化的規定要件，就這麼簡單。所以說，到底二十一條之一的傳統文化能不能再擴張解釋？如果能擴張解釋說自用、原住民自獵山羌也是傳統文化，對不對？這樣就有可能涵蓋在那個傳統文化的概念底下。

提問人：財團法人法律扶助基金會臺東分會陳采邑律師

我記得第二十一條之一修法的時候，在立法院有個附帶的決議是說要注意原住民的飲食文化，那我不知道這部分是不是在法院裡面有去討論、判決業務有去注意到這件事情？我記得立法院的附帶決議裡面是有，只是法院好像沒有這部分的論述？

發表人：許正次律師回應

對。因為那個部分會變成說，就像他在跟原基法理面所謂傳統文化祭儀自用、非營利，有些概念法令會選擇性地要不要，但是理由是什麼，不知道。就像人家說為什麼原基法有，但是槍砲法、森林法、野保法卻是選擇性地適用？像野保法只寫兩個：傳統文化、祭儀，自用不在，如果採法律解釋，就變成你要擴張阻卻違法事由的適用，這個不是不行，做得到。但目前法院實務是沒有去做這種，他認為既然自用沒有被明定，作為阻卻違法，就不在裡面，那要不要擴張傳統文化的概念，目前是沒有看到。

提問人：陳先生

你好，我本來想請教馬培基馬庭長，那剛好他提早離開。那在場有很多專家法律學者，我想請教就是說，剛剛有提到這個持槍的身分是以原住民為主，那如果說今天其實我們都知道有些研究報告說，百分之八十以上的臺灣人都有平埔族的血統，那我是不是也可以，如果有興趣，也可

以去製造槍枝，然後去打獵？如果是真的要，法律可以規定說那以前就不算，我們從哪個時代開始，那這樣做下去不是一個很清楚的做法，我想請教專家學者說法律是怎樣定義，假設我本身真的那個血統，我是不是可以跟原住民一樣？如果我們搬到原住民部落去，我們是不是也跟原住民一樣享有權利？

那第二個就是說，持槍、製槍的部分，我是覺得說將來這是個臺灣的產業，其實跟文化的部分可以互相結合？例如：韓國的造船、遊艇的產業，它可以兩個都並存，可以發揚光大，可是現在我們臺灣是海洋王國，結果變成是遊艇不會製造、不會用，弄到把這個產業都打死。還有一個法律規定的部分，其實是我們要尊重法律，還是要法律、文化還有經濟可以並存、並榮，我們不是要一個大法律規定在那邊，是死的。可是，如果將來的法，我知道我們的法是崇高無上，可是跟不上時代的時候怎麼辦？我們還是要尊重這個法律，去慢慢拖、慢慢拖，然後把臺灣的國力打下來嗎？其實，我們的一個文化也好，經濟也好，整個國力，我們把它幾乎是綁死的，那這個部分，我希望學者專家能不能給我們很好的一個…不管是槍枝也好，或找是有關原住民攜拾漂流木部分，難道也是一個違法嗎？它是一個根本文化的重要性質，可是今天有漂流木，他可以解決我們很多的環境問題，可是國家、法律上它們是違法，要判刑的。我們法律上跟實際上一直是互相矛盾，而且是跟不上時代的，那我們的法令要怎麼走？其實這個法律走到現在，從這邊看起來，為什麼原住民不能光大自己的小米酒，那喝那個臺酒製造的米酒。因為我們規定完住民就是不能私釀太多，造成文化的流失。我是希望能夠從這邊看到整個原住民文化的一個…法律是不是能夠讓文化、正個經濟活絡起來，而不是只有看到槍枝這個部份，謝謝。

(1) 平埔族血統可否自製槍枝？如何判定得自製槍枝之身分？從何時起算、判定？

(2) 法律應該是要幫助文化、經濟，而不是將之綁死，法律跟現實一直相互矛盾，跟不上時代，那法律到底要怎麼訂定？

發表人：許正次律師回應

我先回他剛剛身分的問題，上一場，大家有沒有注意那個管組長說只有他是漢人，采邑當場抗議說：「我也是。」他也是漢人，但是，漢人跟原住民怎麼分？其實，我們知道原住民是一種概念，當然你可以說有法律概念、有文化概念，就變成說：采邑他變得比原住民還原住民，但是他血統裡面恐怕…你說有我們法律定義的十四族的嗎？恐怕沒有。那我本身，一半是阿美族的血統，一半是漢人的血統，但是當我沒有去變更為母姓的時候，法律就說我是漢人。所以，你要看是從文化定義還是從法律定義去訂的，那剛剛馬庭長他提的第三說，他說不能單從於法律來界定，還包括從血統來定義，那到底血統論是不是一個定義原住民的好方法，那就變成你的血跟我的血到底誰的血比較濃就對了？那恐怕不是這個問題，可能就變成…現在有一種觀點是說有沒有認同、有沒有一種是從認同角度的…就是說如果用認同來定義原住民，我看采邑已經是。可是，如果用血統來看的話，第一個要看原民會的態度，它現在是平埔族不定成我們法律上的原住民，所以意思是說，原住民的概念，在法律的觀念是浮動的，在文化的概念，千變萬化，認為說到底是以前所謂的山地原住民、平地原住民、平埔族……等等，要建立到哪裡這個光譜那都可以？當然不是，那是一個概念的問題。我提到說，漢人也不是一個完整的概念，它裡面可能有其他內涵，什麼客家人、閩南人、河洛人……等等，意思是說應該是採一個功能性的解釋，像剛剛馬庭長講的那個東西，它不是採單純法律上的角度去詮釋說，如果持有獵槍的，後來變一半為原住民，一半非原

住民，卻可以是適用不同的除罪化的規範，那就是一個功能化的取向來定義一個動態的概念。好，簡單回應到此。

提問人：中原大學財法所鄭偉廷先生

主持人、與會各位貴賓還有在座各位先進，大家好！我是中原財法所的研究生。我問的問題可能有點偏離主題，我們知道現在好像是九個法院吧？有專業原民法庭，也就是說讓法官去受訓，學習原住民的知識，然後希望他們再遇到這類問題的時候，可以更好地去緩和原漢之間的法律衝突，那我想請問：施行到現在，這個制度有它的效果在嗎？謝謝各位。

與談人：臺北地方法院林孟皇法官回應

那個原民專庭，好像是在去年一月設立的，我們看了一些數據…我想說你要成為原住民法院的法官，司法院它會要求你要去受訓，所以我們那個法官學院每年都會辦進修，那我們再進修是跟原住民團體合作，像我自己，我沒有辦過原住民案件，可是我有一年就是去司馬庫斯，我們就是那邊跟他們當地的原住民一起聊天，知道他們的祭儀……等等這些。那聽說好像有另外一場，那一年我沒有參加，聽說要去了解是不是真的有山豬走路…，我沒有去參加那場，我不知道，因為法官以前沒有意識到這個問題，不知道，那你現在你是專庭的法官，你必須去進修、必須去了解原住民文化，所以看起來，這一、兩年的一些判決很多看起來會比較充分意識到原住民的情況，你會發現判決好像跟以前的，像我們剛剛許律師講的那一件，在以前是很難想像的，現在看起來是不同的結果。我覺得也讓法官有這個機會，而且它有規定要進修，我們在體制內也做一些改革，這樣讓…在座各位法界人士可能知道，我常常在法官論壇貼一些原住民的東西，然後，當然還是有一些法官是比較從漢人的觀點，他認為要一視同仁，為什麼原住民要特別優惠？那在座一些法界同仁應該知道我在裡面被罵得很慘，可是，越來越多人認同、支持，所以，我想這是大家一起合作，那可能我們以前做得不夠好，不過因為成立專庭，它有一些配套……等等，應該是慢慢會看出情況，這是我的一點回應，謝謝！

提問人：陳先生

剛剛還有一個，我想再補充一下就是說，將來在我說，按照祖靈的習俗或是傳統習俗，需要…可能是部落會議裡面開會要打幾隻，那其實在我印象中原住民對天地也好，或是大自然都非常地尊重、非常地環保、非常地愛惜大地，如果說他發現所謂的數量在減少，或是說已經瀕臨絕種，如果說祖靈還是…按照習俗，還是要打幾隻的話，他會不會繼續去打？這個第一個我想是要去講的，那這個部份。

第二個問題我想就是說，法律將來是允許原住民按照習俗，開放他們去打獵的時候，其實實際上的情況是，很多原住民朋友是不太喜歡打稀有動物，可能是啦，那很多都是商人、漢人要透過他們去打，因為漢人可能不能直接進入他們的區域去打獵的，那這個問題是不是有辦法去考量進去，因為有些不是他們需要的，而是很多透過第二個、第三個管道他們去說…我們很多考量沒有很仔細的時候，只是說表面上，原住民的文化要傳統文化，可是很多都是沒有限制去的時候，這個很多的商人…他都會透過原住民去打很多的稀有動物，這樣會打得蠻兇的，那這個部份，我不知道專家學者有一個什麼樣的看法？謝謝。

發表人：許正次律師回應

我先回應那個打瀕臨絕種的，好不好？那我剛剛的結論就變成說如果二十一條之一的第一項是說野生動物不管保育類、一般類全部除罪化，就直接可以打瀕臨絕種的這些動物，對不對？可大家聽一下這個概念在權衡上會有點不太能夠接受，如果是說你剛剛說臺灣黑熊剩幾隻，布農族這幾個人呢，意思是說有沒有能把它細緻化，因為保育類有三種：瀕臨絕種、珍貴稀有以及其他一般易於保育的。就像說大家討論到說那個山羌要不要把牠降等的問題，從牠其他易於保育降到一般類，臺灣獼猴是最近準備要處理牠的問題，也就說從其他易於保育是不是要降為一般類，那是說如果對於保育野生動物的保護，的確是我們很重要的法意。當它跟所謂原住民狩獵文化相競合、衝突的時候，那是不是怎麼退讓，是整個保育都退嗎？還是說盡量不要打？那打到的話，有沒有不法意識的問題，還是在處理上要切割說瀕臨絕種不打，珍貴稀有不打，其他易於保育，山羌……等等還是可以打？這是立法技術的問題，但重點是獵人他要先翻法條，這個是哪一種，那個要帶圖鑑，才知道說是哪一種，恐怕這個東西是立法技術的問題，但是，價值決定很重要，到底我們要在這兩個：狩獵文化、野生動物保育、物種多樣性之間做權衡，其實這個是很難去細緻化的一個方法，那大家就集思廣益，來想辦法。

與談人：國立臺灣大學法律學院謝煜偉教授回應

我再回應一下，我覺得那個獵場的規範或是狩獵文化其實我們一直想說國家法規介入，可是，其實所謂的除罪或者是除罪化、阻卻犯罪，它其實根本的想法是說國家法規跟原住民自治或者是傳統文化尊重，對於利益關係衝突的時候，在什麼樣的條件之下，國家法規要退讓，那這時候退讓，並不是說這個行為他要完全放任讓個別的行為人去做，不要去處理而已，而是說，這時候應該要有另外一個像檢察官最後有提到，其實是一個原住民自治的問題，它有一個辦法能夠去強化他們所謂一個狩獵的規範或者是一個獵場文化的習俗，如果能夠達到一個這樣的情況的話，其實國家法規它本來就不應該要有這個介入的舉動才對。所以像是人的管制，上午也有提到，要不要開放自製槍枝、狩獵，還會提到人的管制，但是，其實我們在談人的管制的時候，一直都還是抱有一個傳統的國家強力管制、介入的想法，可是，如果今天我們能夠透過某種國家提供一部份的資源跟組織，但是實際上，它人管制的條件，它的許可辦法、規定以及審核都是由這個獵場的共同的人來去制定，然後來去遵守、執行，其實它某種程度上，國家法規就不需要在這種情形下頻頻伸出它的觸角，那其實，這個國家法規的介入的概念或者是不干涉的這個概念也會展現在剛剛來賓提到原住民身分定義的問題，因為我們這個地方要強調的是原住民，這個是犯罪主體的問題，那犯罪主體的問題，它是不是一個要牽扯到比如說福利的保障、權利的保障，這個原住民身份法的概念，其實是可以脫鉤的，這也是我為什麼會贊成那個馬庭長的意見是說，應該要從實質角度來看，但不管是什麼樣實質角度來看，它終究是一個國家法規透過它規範上的力量去制定一個事實，這個事實的制定以及分類的基準，它依舊帶有國家法規介入的色彩，這個部份是沒有辦法去做個綜合？處理，我們只能夠在其他的要件上面，盡可能讓國家法規不要那麼過度地去強硬地去進行干涉，我覺得這個部份才能夠去達到原住民基本法最重要、對於原住民文化尊重的精神。謝謝。

國立屏東科技大學野生動物保育研究所裴家騏教授回應：

非常抱歉，我是裴家騏，在屏東科技大學教書，我自己是做野生動物保育的，我只有一個 comment 針對文化多樣性跟生物多樣性這件事情。

我覺得大概不能講說文化多樣性會比生物多樣性更重要，因為很多的生物多樣性，其實很多的文化多樣性是奠基於生物多樣性。所以，我覺得未來可以這樣子講，就是說，原住民文化多樣性會超越野生動物保育，因為我們今天講的很多案例，都是講山羌，山羌其實是一個到處都是的野生動物，那牠也不會因為某一個文化而消失。我們今天如果講雲豹的話，那就不一樣了，如果今天排灣族人堅持要獲得新的雲豹背心，如果頭目還是堅持要的話，那這個就是一個文化多樣性跟生物多樣性的衝突了，因為，它有可能會造成生物的滅絕，所以，我覺得未來在談原住民狩獵跟生物多樣性或者是野生動物的保育關係的時候，講野生動物保育會比講生物多樣性的保育要好，因為野生動物保育牽扯到生物的滅絕，可是，生物多樣性的損失通常牽扯到物種的滅絕，所以會不太一樣，但是文化多樣性卻是很重要，它跟野生動物保育是不衝突的，甚至在某些時候可以說它是超越野生動物保育，是可以這樣講。可是，生物多樣性保育，我會有點保持我的態度。

主持人：原住民族委員會全文盛族群委員

好，謝謝教授的高見，跟我們分享、給我們回應。今天非常地感謝大家堅持到最後，也要感謝我們臺上的貴賓，謝謝大家！我們最後就到這邊結束。謝謝！

主題四：

外國原住民狩獵權實務討論、評釋

主持人：原住民族委員會 雅柏甦詠・博伊哲努副處長

➤ 兩人權公約中原住民狩獵權保障之內涵——以聯合國人權委員會決定為中心

發表人：鄭川如助理教授（天主教輔仁大學法律學系）

與談人：戴興盛副教授（國立東華大學自然資源與環境學系）

➤ 加拿大 Métis 原住民族狩獵權（Right to Hunt）之探討：從 Powley 案到 Hirsekorn 案

發表人：林三元法官（臺灣高等法院臺中分院）

與談人：馬潤明律師（大成台灣律師事務所）



論兩人權公約中原住民狩獵權漁業權的內涵

鄭川如

輔仁大學法律學院法律系助理教授

摘要

《公民與政治權利國際公約》與《經濟社會文化權利國際公約》為聯合國於二次世界大戰之後，所訂定的最重要的基本人權文件之一，過去四十多年以來，經過絕大多數聯合國會員國的施行，兩人權公約已然成為普世人權價值，而台灣（政府）終於也在 2009 年透過國會立法將兩人權公約內國法化。兩人權公約的立法雖已過了五年，然而，台灣司法與行政機關對於人權公約裡的權利概念仍然不甚了解（或是了解錯誤），以致於人民的基本人權持續地被國家（政府）所侵害，特別是關於原住民的狩獵權與漁業權。透過分析人權公約的內容以及人權委員會所做出的相關決定，本文希望能夠提升台灣對於兩人權公約的理解，進而保障原住民的基本人權。

關鍵字：原住民、兩人權公約、公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約、狩獵權、漁業權、文化權、土地權

壹、前言

台灣的原住民族，¹在二十世紀初期以前，一直是過著獨立於外、自由自在的生活。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。對於原住民族來說，狩獵代表的意義不僅僅是族人蛋白質的主要來源以及與其他人交換物品的流通貨幣，狩獵活動亦是構成原住民特殊文化的一大部分（例如：鳥占、與山林共存的智慧與生命觀...等）。

然而，隨著外來殖民政權的到來，原住民失去其傳統領域，其千百年來生存的方式（狩獵、採集、游火耕），也被統治者所禁止。²喪失傳統的獵場與耕地，原住民被迫改變其生活方式，至平地尋找工作。由於教育程度較低，原住民大部分皆從事低階勞動的工作，³然而，隨著 1990 年代政府開放外籍勞工，原住民所從事的工作逐步被外籍勞工所取代，⁴因此，許多原住民遂（不得已）放棄平地的的工作而回鄉過著傳統的生活（狩獵、耕作），傳統的狩獵、耕作雖然無法給予部落原住民如平地般富足的生活，但足以使一家人溫飽。然而，由於法令的禁止，族人經常因違反《森林法》、《野生動物保育法》與《槍砲彈藥刀械管理條例》而遭起訴。為了解決原住民為了生存而導致觸法所面臨的無耐，許多學者嘗試從文化的角度原住民的犯罪行為解套。⁵

2009 年 3 年，立法院通過《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》（以下簡稱施行法），將二人權公約內國法化，⁶依據該法第 8 條，倘若台灣相關法律（命令）違反兩人權公約的內容，則國內應進行相關的修法，以符合人權公約的內容。⁷此施行法似乎給了過著傳統生

¹ 受限於篇幅字數限制，本文所指涉的原住民族，係指日治初期居住在高山的原住民族，也就是現在中華民國政府所承認之原住民族群，而不包括平埔族群。

² 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，頁 118-124，2012 年春季號。

³ 2010 年，原住民就業之行業別以營造業（建築工）最多，占 17.1%，其次為公共行政及國防強制性社會安全者（例如：軍人、警察...），占 14.8%，再來是製造業者，占 14.3%。參考行政院原住民族委員會委託，全國意向顧問股份有限公司，《99 年原住民經濟狀況調查》，2011 年 1 月。

⁴ 根據內政部統計處，至 2013 年 6 月底，在台外籍人士（不含大陸人士）共計 65 萬人，而外籍勞工中以印尼籍占 44.0%，越南籍占 23.7% 及菲律賓籍占 18.8%，換句話說，在台工作的印尼籍、越南籍、菲律賓籍外勞總數已達 56 萬人，多於目前全台灣原住民總人數（53 萬人）。內政部統計處，102 年第 30 週內政統計通報（102 年 6 月底在我國之外籍人士統計），http://www.moi.gov.tw/stat/news_content.aspx?sn=7629

⁵ 王皇玉，〈文化衝突與台灣原住民犯罪困境之探討〉，臺大法學論叢第三十六卷第三期，頁 255-304。

⁶ 理論上，國際條約在國內產生法效力有二種方式，一是於代表權人簽約後直接生效（一元論），一是於代表權人簽約後再由國會批准（二元論），台灣的法律制度屬於後者。然而，兩人權公約在台灣產生內國法效力的方式，都不是使用前述的方式，而是另一種方式，即以「國會另外立法」的方式使人權公約在國內產生法效力。原因為何？台灣（中華民國）早在 1967 年締結兩人權公約，當時在聯合國還具有中國代表權的台灣（中華民國）政府，於代表權人簽約後，國會一直未批准，以致於兩人權公約一直未產生內國法的效力。直到 2009 年，總統與國會再次考慮批准兩人權公約。然而，台灣（中華民國）自 1971 年退出聯合國後，就不是聯合國的會員國，因此，喪失簽署聯合國國際公約的權利。然而，世界上並沒有任何一條法律或律法禁止聯合國非會員國自己立法，提升其國內的人權標準。因此，許多人權推動者，一直在思考如何將國際公約帶入台灣。其中一個非常聰明的方式，就是直接訂定「施行法」，將該國際公約直接變成國內法。

第一次成功的案例，於 2007 年 2 月 9 日，立法院通過《消除對婦女一切形式歧視公約施行法》，將原本屬於國際公約的《消除對婦女一切形式歧視公約》（The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women，簡稱 CEDAW）的內容，直接變成國內法。

接者，在 2009 年 3 月 31 日，立法院又通過《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》，使兩公約所揭示保障人權之規定，產生國內法律之效力。（第 2 條）換句話說，台灣從此也受兩人權公約的拘束。然而，值得一提的事，由於台灣（中華民國）非聯合國會員國，當 2009 年 6 月 8 日台灣政府意圖將兩人權公約批准書送至聯合國秘書長處存放（deposit）時，聯合國以「承認中華人民共和國代表為中國在聯合國內之唯一合法代表」（依據聯合國大會 2758 號決議）為由，拒絕接受台灣存放兩公約的批准書，換句話說，聯合國不承認台灣簽了兩人權公約。然而，聯合國的動作並不會影響人權公約在台灣的效力，原因在於，台灣的立法院是透過「另外立法」的方式，使兩公約的條文內容成為國內法律（就像立法院通過的其他所有法律）。

那麼，這二者最大的差異在哪裡呢？最大的差異在於台灣的人民能否向聯合國人權理事會申訴。按兩人權公約的主要目的在於保障世界上每一個人的基本人權，其具體作法是透過一個申訴機制（任擇議定書），當人民的基本人權被侵害時，人民可以向人權理事會申訴，接著人權理事會會糾正國家的行為。由於聯合國人權委員會只接受簽署國人民的申訴，因台灣（政府）非聯合國會員國，無法簽署人權公約，台灣人民自然也無法向人權理事會申訴。

⁷ 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，第 8 條，「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主

活的原住民一條可能的活路。因此，本文想要探討的是，究竟原住民的傳統生活方式（狩獵、捕魚）是否有被人權公約所保障？又其以什麼樣的方式獲得保障？是否有任何限制？

為回答上述問題，本文首先探討兩人權公約中有關原住民狩獵漁業權的法源及內涵，接著分析人權委員會在過去幾十年中所累積的關於原住民狩獵漁業權的案件。此內容或可成為未來台灣原住民主張其狩獵權與漁業權的法律基礎。

貳、兩人權公約中之原住民狩獵權

《經濟社會文化權利國際公約》（International Covenant on Economic, Social and Culture Rights, 簡稱 ICESCR）與《政治公民權利國際公約》（International Covenant on Political and Civil Rights, 簡稱 ICCPR）為聯合國大會於 1966 年 12 月 10 日通過之國際人權公約，與「世界人權宣言」（Universal Declaration of Human Rights）合稱「國際人權法典」（International Bill of Human Rights），為國際社會上最基本也是最重要的人權基準。⁸

原則上，「世界人權宣言」主要在闡述基本人權範疇，而 ICESCR 及 ICCPR 則進一步將各項人權內涵細緻化。⁹然而，即便如此，對於因簽署兩人權公約而對該國人民負有維護其基本人權的國家（政府）而言，兩人權公約的條文內容仍然是過於抽象而使得國家（政府）無從遵從。為了進一步釐清權利內涵，聯合國經濟社會文化委員會（Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 以下簡稱經社文委員會）與人權委員會（Human Rights Committee）在過去幾十年間，陸陸續續為 ICESCR 以及 ICCPR 中的重要條文內容進行解釋，而這些解釋通稱為「一般性意見書」（general comments）。理論上，這些「一般性意見書」非兩人權公約的正式條文，不具有法律上的效力。然而，因為人權委員會在審酌申訴書（complaint）¹⁰時，會將其作為判斷國家（政府）是否違反其義務的標準，因而使得「一般性意見書」具有「實際上」的法律效力，因此，當我們在敘述兩人權公約的權利內涵時，應將之一併考慮。

仔細研讀兩人權公約的條文內容，我們看不到任何與原住民狩獵權或漁業權有關的內容，然而，當我們進一步研究針對條約條文所作的解釋（一般性意見書），我們可以發現，兩人權公約裡確確實實有關於原住民狩獵權、漁業權的保障內容，而其權利主源來自於 ICESCR 第 15 條第 1 項(a)款之「人人有權參與文化生活」以及 ICCPR 第 27 條之「少數民族的文化權」。以下分述之。

一、ICESCR 第 15 條第 1 項(a)款之「人人有權參與文化生活」

ICESCR 第 15 條第 1 項(a)款規定，「人人有權參與文化生活」，此權利內容看似清楚明瞭但又過於抽象，到底何謂「人人」？何謂「參與」？何謂「文化生活」？而對於原住民來說，這個條文又具有什麼意義？

（一）「文化生活」（cultural life）

首先，關於文化生活的定義？對於經社文委員會來說，文化是一個「歷史的」、「動態的」和「不斷演變的」的生命過程，因此，文化生活並不僅僅包括過去的人類表現，還包括了現在以及將來的

管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」

⁸ 廖福特主編，《聯合國人權兩公約》，序言，財團法人台灣新世紀文教基金會&台灣聯合國研究中心，2014 年 8 月。

⁹ Id.

¹⁰ 依據《公民與政治權利國際公約任擇議定書》（Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights），當人民發現自己基於兩人權公約的權利被國家（政府）所侵害時，在窮盡國內一切救濟程序仍得不到適當地救濟時，他可以直接向人權委員會（現已改制為「人權理事會」Human Rights Council）提出申訴（complaint）。

人類表現。¹¹

又文化是一個「廣泛的」、「包容性」的概念，它包括了「人類生存的一切表現」。¹²因此，文化生活包含了舉凡生活方式（way of life）、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、體育和遊戲、生產方法或技術、自然和人為環境、食品、服裝、風俗習慣和傳統等範疇。¹³

（二）「人人」（everyone）

傳統上，法律的權利主體是「個人」，而人權公約裡每一個基本人權的保護主體也是「個人」，¹⁴因此，每一個「個人」都可以依據此條文主張其權利。然而，雖然個人是主張權利的主體，然而，某些基本權利，我們無法想像單憑一個人的實行可以將該權利具體化，舉例來說，理論上，每一個人都有信仰（任何）宗教的自由，但一個宗教的形成，一定是由某一個數量以上的群體一同去實踐，該宗教才有可能存在，因此，宗教權本質上也是一種集體權（collective right）。文化權亦同。

所謂文化，是指「生物在其發展過程中逐步積累起來的跟自身生活相關的知識或經驗，是其適應自然或周圍環境的體現，是其認識自身與其它生物的體現。...廣義上的文化包括文字、語言、建築、飲食、工具、技能、知識、習俗、藝術等。」¹⁵通常，這些東西不可能由一個人單獨形成，而是由一群人共同形成（而我們會稱擁有上述共同要素的人們為「一個民族」），因此，文化權不僅僅是個人的權利，文化權本質上也是一種集體權（collective right）。

體認到文化權的特殊性（個人權&集體權），經社文委員會在一般性意見書中，說明了當人們想要實踐此權利時，人們可以選擇以下三種方式去實踐，即（1）作為個人（as an individual）；（2）與其他人聯合（in association with others）；或（3）在一個社區或團體內（within a community of group）參與文化生活。¹⁶

（三）「參加」（to participate）或「參與」（take part）

那麼，參加或參與文化生活又是什麼意思呢？根據經社文委員會，參加或參與文化生活，不僅僅只有「參與」（participation in）這個「動作」，還會包含二個相互關聯的組成要素，一是「接近」或「使用」（access to），二是「為文化生活作出貢獻」（contribution to cultural life）。¹⁷而這三個要素，各自又是什麼意義？

所謂的「參與」，不僅僅只有出席某個文化活動之意，它還包含了很多社會與政治面向。依據經社文委員會，「參與」意謂著每一個人（作為個人、與其他人聯合、或在一個社區或團體內）有權自由地選擇自己的身份（identity）、認同（或不認同）一個（或多個）社群、改變前述的認同、參加政治生活、從事自己的文化活動以及用自己選擇的語言表達自己。並且，每一個人都有權尋找和發展文化知識和表達方式，並與他人分享、採取創新行動以及參與創新活動；¹⁸所謂的「接近」或「使用」，不僅僅只是人們有權接觸其文化此單一面向，根據經社文委員會，「接近」的概念還包含著每一個人（作為個人、與其他人聯合、或在一個社區或團體內）都有權利透過教育和資

¹¹ ICESCR, general comment 21, para.11.

¹² ICESCR, general comment 21, para.11.

¹³ ICESCR, general comment 21, para.13.

¹⁴ 1182

¹⁵ <http://zh.wikipedia.org/wiki/文化>

¹⁶ ICESCR, general comment 21, para.9.

¹⁷ ICESCR, general comment 21, para.15.

¹⁸ ICESCR, general comment 21, para.15(a).

訊認識和理解自己或他人的文化、獲得充分尊重文化特性的優質教育和訓練、透過任何資訊和通信技術媒介學習表達的方式和傳播方式、從文化遺產和其他個人和社群的創造中獲益、以及追尋使用文化產品和資源（例如：土地、水、生物多樣性、語言或特殊體制）的生活方式（way of life）。¹⁹（此與原住民狩獵權漁業權有直接關聯性）

而所謂的「為文化生活作出貢獻」，係指每一個人都有權利涉入（involved in）創造社群的精神、物質、知識和情感的表達方式。²⁰

因此，「人人有權參與文化生活」的權利內涵，要比一般人的傳統想像（例如：過年包紅包、初一十五拜拜、媽祖過境...等）還要廣泛許多。那麼，對於原住民來說，狩獵與捕魚等行為，是否為其「文化生活」的一部分呢？

（四）「人人有權參與文化生活」對原住民的意義

如上所述，「接近」或「使用」文化生活的概念，包括了追尋使用文化產品和資源（例如：土地、水、生物多樣性、語言或特殊體制）的生活方式（way of life），特別是對原住民而言，更是如此。如同經社文委員會在一般性意見書所述，原住民的生活方式與土地、領土和自然資源有著密不可分的关系，而其與大自然的關係、與其傳統領域（ancestral lands）的關係，形塑了其特殊的文化價值觀（cultural identity）。倘若原住民喪失其既有的生活方式（包括他們的生存手段）與自然資源，那麼原住民最終也會喪失其文化特殊性（cultural identity）。²¹因此，參與文化生活的權利，對於原住民來說，亦包括用傳統的方式（即狩獵、漁獵、採集、耕作）過生活。換句話說，原住民狩獵權、漁業權為 ICESCR 第 15 條第 1 項(a)款的權利內涵之一。

又由於原住民使用傳統的生活方式生活勢必與土地有著高度關連性，因此，依據經社文委員會的要求，國家（政府）必須要尊重和保護原住民擁有、開發、控制、和使用其公社土地、領土和資源。²²而當這些土地未經原住民知情同情的情況下，被其他人所居住或使用時，國家（政府）應採取必要措施將這些土地與領域返還給原住民。²³

除了 ICESCR 第 15 條外，另一款與原住民狩獵權漁業權有關的條文，為 ICCPR 第 27 條。

二、ICCPR 第 27 條「少數民族之文化權」

ICCPR 第 27 條，為兩人權公約裡，唯一直接針對少數民族²⁴作出規定的條文，根據第 27 條，「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。」²⁵由於台灣的原住民族亦屬少數民族，因此，此條可以作為其文化權、語言權、以及宗教權的主要權利依據。而原住民狩獵權，係附屬在文化權的範圍，因此，先來介紹少數民族文化權的內涵。

¹⁹ ICESCR, general comment 21, para.15(b).

²⁰ ICESCR, general comment 21, para.15(c).

²¹ ICESCR, general comment 21, para.36.

²² ICESCR, general comment 21, para.36.

²³ ICESCR, general comment 21, para.36.

²⁴ 「少數民族」（minorities）與「原住民族」（indigenous peoples）是不同的概念。「少數民族」，係從「人口數量」上來判斷，當該民族在該地區，處於相對少數的狀態，就會被稱為少數民族。而原住民族，係從「一定時間內的移動狀況」來判斷，當該民族長久以來（時間上經常不可考）一直居住在某個特定區域（該區域可能範圍很廣），我們就會稱呼他們為「原住民族」。因此，有些民族可能是少數民族但非原住民族（例如：居住在美國的西班牙裔人），有些民族可能是原住民族但非少數民族（例如：非洲許多國家），而有些民族既是少數民族又是原住民族（例如：美加紐澳的原住民族、以及台灣的原住民族）。

²⁵ ICCPR, article 27: "In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language."

（一）ICCPR 第 27 條「少數民族之文化權」的內涵

關於第 27 條文化權的權利內涵，基本上與 ICESCR 第 15 條第 1 項(a)款的「文化生活」相同，此不再贅述，另外補充關於少數民族之文化權之其他概念如下：

1. 個人權

如同兩人權公約中所有其他的條文，ICCPR 第 27 條也是屬於（少數民族內）個人的權利，第 27 條賦予少數民族內的「每一個人」（individual），去主張其享受固有文化、信奉其固有宗教、使用其固有語言的權利，因此，它是一個屬於個人的權利，²⁶當少數民族內的個人發現國家（政府）侵害其文化、語言或宗教的權利時，該個人可以向人權委員會提出申訴。

2. 集體權

如同 ICESCR 第 15 條第 1 項(a)款「人人參與文化生活」的權利，文化權本身具有「集體」（collective）的性質，因此，ICCPR 第 27 條也是集體權。少數民族，作為一個群體，有權共同去主張其享受固有文化、信奉其固有宗教、使用其固有語言的權利。

然而，礙於人權公約的屬性以及任擇議定書的規定，當該民族想要向人權委員會共同提出申訴時，必須列出「每一個申訴人」的姓名，作為共同申訴人，而不能以「該族群」作為一個申訴主體。

3. 文化權→維持傳統生活方式的權利→狩獵權漁業權

依據人權委員會所述，文化可以以很多不同的方式呈現，包括一個與土地資源使用有關的特定生活方式（a particular way of life associated with the use of land resources），因此，對於原住民來說，文化權的範圍會包含一些諸如捕魚或狩獵等傳統活動。²⁷

雖然 ICCPR 第 27 條的敘述方式是屬於反面敘述（例如：其權利不得剝奪之），但這並不代表只要國家（政府）對原住民族的文化權不加以積極侵害即可，相反地，為了滿足此條義務，國家（政府）必須要採取積極的保護措施，去確保此項權利的存在與行使。不僅國家要保護原住民文化權不被國家（政府）行為所侵害，同時也要保護原住民文化不被其他人的行為所侵害。²⁸同時，當國家的行為或政策有可能侵害到原住民族基於第 27 條的權利時，必須要建立一個機制，確保原住民族可以有有效的參與（effective participation）該決策過程。²⁹（關於建立此有效參與機制的重要性及必要性，我們可以在歷年人權委員會的相關決定中看出來，詳細內容容後敘述。）

4. 保護少數民族文化權的目的

依據人權委員會的意見，保護少數民族文化權的目的，在於確保其文化得以存活和持續發展，從而加強整個社會的結構。³⁰換句話說，給予少數民族其文化、語言、宗教特別的保護，是為了整體社會的共同利益，而不是為了給予特定人特殊權利。因此，第 27 條並不會與第 26 條與第 2 條第 1 項相衝突。³¹

²⁶ ICCPR, general comment no.23, para.1.

²⁷ ICCPR, general comment no.23, para.7.

²⁸ ICCPR, general comment no.23, para.6.1. "Although article 27 is expressed in negative terms, that article, nevertheless, does recognize the existence of a "right" and requires that it shall not be denied. Consequently, a State party is under an obligation to ensure that the existence and the exercise of this right are protected against their denial or violation. Positive measures of protection are, therefore, required not only against the acts of the State party itself, whether through its legislative, judicial or administrative authorities, but also against the acts of other persons within the State party."又參考 Awi Mona（蔡志偉），〈原住民族文化權〉，頁 348，收錄於廖福特主編，《聯合國人權兩公約》，財團法人台灣新世紀文教基金會&台灣聯合國研究中心，2014 年 8 月。

²⁹ ICCPR, general comment no.23, para.7.

³⁰ ICCPR, general comment no.23, para.9.

³¹ ICCPR, general comment no.23, para.2.

ICCPR 第 2 條第 1 項：「本公約締約國承允尊重並確保所有境內受其管轄之人，無分種類、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、出生或其他主張民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分等等，一律享受本公

三、 小結

原住民狩獵權與漁業權的法律依據，主要根據 ICESCR 第 15 條第 1 項(a)款的「人人有權參與文化生活」以及 ICCPR 第 27 條的「少數民族的文化權」。根據經社委會以及人權委員會在一般性意見所述，文化（culture）包括「特定的生活方式」，而對原住民來說，就是與其土地與自然資源有特殊關聯的生活方式，即狩獵與捕魚。因此，為了維護與保障原住民的文化權，國家（政府）必須要確保原住民族可以繼續在其傳統領域上從事狩獵以及／或捕魚活動。

然而，原住民在國有土地上（非保留地、保留區）的狩獵捕魚活動是否為人權公約保障的範圍內？原住民狩獵權漁業權又是以什麼樣的方式獲得保障？是否有任何其他限制？其具體權利內涵為何？這些問題或許可從歷年來人權委員會所做出的相關決定得出。

參、 人權委員會關於原住民狩獵漁業權之決定

自兩人權公約於 1966 年於聯合國大會通過、1976 年 3 月 23 日正式生效以來，人權委員會已接獲上百件的申訴案，截至目前為止，與原住民狩獵權漁業權直接相關者，共有五個案件：（1）Ivan Kitok v. Sweden（1988）；（2）Lubicon Lake Band v. Canada（1990）；（3）Länsman et al. v. Finland（1994）；（4）Jouni E. Länsman et al. v. Finland（1996）；以及（5）Apirana Mahuika et al. v. New Zealand（2000）。以下先陸續介紹各個案件的案件事實、申訴人主張、國家方主張、人權委員會的決定以及案件評析（部分案件），然後再總結人權委員會關於原住民狩獵權漁業權之權利內容與其限制。

一、 Ivan Kitok v. Sweden（1988）

（一） 案件事實

Ivan Kitok 是一個住在 Sörkåitum 村莊的瑞典薩米人（the Sami people），其家族在該地區進行馴鹿畜牧活動已超過一百年了（馴鹿畜牧為薩米人主要的生活方式）。

為了改善以飼育馴鹿作為主要生計的薩米族人的生活條件，並且保障馴鹿畜牧業能夠永續經營，瑞典國會在 1971 通過《馴鹿畜牧法》（Reindeer Husbandry Act）。依據該法，只要是屬於薩米族部落成員（community membership），就有權使用該區域的國有財產或私人土地以進行馴鹿畜牧活動（還有狩獵及漁獵活動）。然而，進行馴鹿畜牧業需要很大的空間與自然資源，而瑞典可供進行馴鹿畜牧業的牧場有限，因此，目前馴鹿的畜養總數被限制在 30 萬頭，而只有不超過 2,500 位的薩米族人可以以馴鹿畜牧維持生計。在此前提下，《馴鹿畜牧法》規定，只有取得部落成員的薩米族人，有馴鹿畜牧權。

而什麼樣的人屬於部落成員呢？依據《馴鹿畜牧法》，部落成員包括：（1）有資格從事馴鹿畜牧業的人，其在該社群的牧場內從事馴鹿畜牧業；（2）有資格從事馴鹿畜牧業的人，其在村莊的牧場內從事馴鹿畜牧業，以此作為終身職業，並不曾轉換至其他主要經濟活動；（3）有資格從事馴鹿畜牧業，其為符合前述（1）或（2）之資格者的丈夫或兒女，且與該符合資格者同住，若上述符合（1）或（2）之資格者已死亡，其為存活之丈夫或該人之未成年子女。³²而此部落成員資格，係由薩米部

約所確認之權利。」

ICCPR 第 26 條：「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。」

³² 9.6.

落族人自行認定。

Ivan Kitok 因投入其他專業達三年以上而喪失其部落成員的身分，進而喪失馴鹿畜牧權。Ivan Kitok 於 1980 年開始進行相關訴訟，在 1985 年 6 年最高行政法院敗訴後，於 1985 年 12 月向人權委員會提出申訴。人權委員會在 1987 年 3 月決定受理本案件，並在 1988 年作出最後決定。

（二） 申訴人主張

申訴人 Ivan Kitok 主張，其家族進行馴鹿畜牧已超過一百年，因此其具有從祖上傳下來的「公民權利」(civil right)，可進行馴鹿畜牧業，也有權在 Sörkåitum 薩米族村莊享有土地和水。但瑞典取消其部落成員資格，使其無權繼續進行馴鹿畜牧的活動，因此，Ivan Kitok 主張瑞典政府違反《公民政治權利國際公約》第 1 條及第 27 條的規定。³³

（三） 國家方主張

依據瑞典政府說明，馴鹿畜牧業與薩米族的文化密切相關，甚至是薩米族文化的一部分，因此，1971 年的《馴鹿畜牧法》，其目的是為了保障和維護薩米族的文化及馴鹿畜牧業。然而，馴鹿飼育的牧場有限，為了不危及到馴鹿畜牧的本質和其產業，不得限制薩米族人投入馴鹿畜牧的數量，這麼做是為了薩米族人整體的利益考量。而且，是薩米族人決定誰可以進行馴鹿畜牧，誰不可以，而非瑞典政府。³⁴

本案發生的衝突是介於薩米族人 Ivan Kitok 和其他薩米族人之間，而非 Ivan Kitok 和國家之間，因此，瑞典政府認為其並未違反公約第 27 條。

（四） 人權委員會決定

瑞典《馴鹿畜牧法》以維護及保障薩米族人的傳統生存方式（馴鹿畜牧）為由，對能夠參與馴鹿畜牧的薩米人提出了條件限制，使得原本種族上屬於薩米族的人，因為這個法律，而被宣告不是薩米人。³⁵委員會認為，在認定部落成員身分時，假若完全不考慮其客觀的族群標準(ethnic criteria)，就認定其非薩米人，這樣的作法，似乎與《馴鹿畜牧法》的立法目的不相稱(disproportionate)。況且，Kitok 本人一直與薩米社群保持聯繫，並希望在自己經濟許可後回去做全職的馴鹿畜牧者（主觀意願）。³⁶

委員會依據 *Lovelace v. Canada* 一案所建立的判斷標準（若要限制少數族群中個人的權利，必須要有：①合理且客觀的理由，且②其限制對於該少數族群整體的存續和福祉是必要的。）認為，由於申訴人 Kitok 仍然可以放養其馴鹿、狩獵與捕魚，因此委員會認為瑞典政府並未違反公約第 27 條的規定。

（五） 評析

本案例中，Kitok 因為《馴鹿畜牧法》的規定，被部落宣告喪失部落成員(membership)身分，也因此喪失馴鹿畜牧的資格與權利。本案爭點在於，國家（政府）能否以維護少數族群整體存續與福祉為由，剝奪族群內個人的身分以及限制其參與族群內的傳統生活。

這裡其實存在二個不同層次的問題，第一個問題在於國家（政府）能否以維護少數族群整體存

³³ Ivan Kitok v. Sweden, Communication No. 197/1985, CCPR/C/33/D/197/1985(1988). Para.1-2.

³⁴ Ivan Kitok v. Sweden, para. 4.1-4.3.

³⁵ Ivan Kitok v. Sweden, para. 9.7.

³⁶ Ivan Kitok v. Sweden, para. 9.7.

續與福祉為由，限制族群內個人參與族群內的傳統生活？第二個問題在於國家（政府）能否以維護少數族群整體存續與福祉為由，剝奪種族上原本屬於該族群的個人的民族身分？

人權委員會對於本案作出的決定與推論過程似乎過於粗糙，其在一開始先認為國家不能單純只以其是否有持續進行馴鹿畜牧來決定其部落成員身分，必須要考量申請人客觀的族群標準以及主觀的意願，且認為此作法與《馴鹿畜牧法》的立法目的不符。接著，委員會引用 *Lovelace* 案所建立的比例原則，在未將涵攝過程充分說明下，直接宣告瑞典政府並未違反公約第 27 條。最後，補上一句與涵攝過程無關的事實（即 *Kitok* 事實上仍然能在該區進行畜牧、狩獵、捕漁）。

換句話說，委員會並未回答本案中的二個爭點。關於第一個爭點，國家（政府）能否以維護少數族群整體存續與福祉為由，限制族群內個人參與族群內的傳統生活？委員會似乎認為，因為 *Kitok* 事實上仍然能在該區進行畜牧、狩獵、捕漁，因此對於 *Kitok* 本身的限制應該不會太大。然而，筆者以為，*Kitok* 在該區進行畜牧、狩獵、捕漁等行為，係違反《馴鹿畜牧法》，*Kitok* 任何時候，都可能被禁止參與族群內的傳統生活，此時，其基於公約第 27 條的權利是否被國家侵害，仍不得而知。

委員會也未回答本案的第二個爭點，即國家（政府）能否以維護少數族群整體存續與福祉為由，剝奪種族上原本屬於該族群的人的民族身分？由於本案申訴人的主張主要距焦在其參與傳統生活方式的權利被剝奪，而未提及喪失薩米部落身分對他的影響，因此，委員會也不打算處理此議題。然而，筆者以為，以誰可以進行傳統經濟活動來去決定一個人的族群身分，是本末倒置的行為。概一個人的民族身分，所代表的不僅僅是他的血緣（來源），還包括其背後所表徵的文化、風俗習慣、信仰、語言。因此，判斷一個人的族群身分，應以其客觀（血緣、文化、生活方式、風俗習慣、信仰、語言...）以及主觀（族群認同感）要素綜合考量。倘若此人非屬該族部落成員，則其自然不能參與該族的傳統經濟活動，倘若此人屬該族部落成員，再來進一步討論是否要限制其參與傳統經濟活動的權利（如果此限制是對於該少數族群整體的存續和福祉是必要的），較為恰當。

二、 *Lubicon Lake Band v. Canada* (1990)

（一） 案件事實

本案的申訴人為居住在加拿大亞伯達省的 *Bernard Ominayak*（酋長）以及盧博肯湖族（*Lubicon Lake Band*）。盧博肯湖族為加拿大印第安人，說克里（*Cree*）語。自古以來，居住在亞伯達省北方，由於地處偏遠，族人一直過著自給自足的生活，維持其傳統的文化、宗教與政治結構。³⁷

雖然加拿大聯邦政府曾立法（*the Indian Act of 1970, Treaty 8 of 1899*）保障該族族人的傳統生活，但亞伯塔省政府依然授權私人石油及天然氣公司開發當地資源，破壞當地環境、威脅當地族人的生存。³⁸於是，申訴人在 1982 年 2 月 16 日向亞伯達省地方法院（*Court of Queen's Bench of Alberta*）提起訴訟，要求法院頒布禁制令（*interim injunction*），暫時禁止石油與天然氣公司在該族狩獵以及設陷阱捕捉的傳統領域進行開發。地方法院在 1983 年 11 月 17 日作出決議，否決申訴人的請求。³⁹後申訴人上訴至亞伯達省上訴法院（*Court of Appeal of Alberta*），上訴法院在 1985 年 1 月 11 日駁回上訴。⁴⁰於是，申訴人於 1984 年 2 月向人權委員會提出申訴，而委員會在 1990 年 3 月作出最後決定。

³⁷ *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984 (26 March 1990), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/45/40) at 1 (1990). Para.2.2.

³⁸ 29.1.

³⁹ 3.5.

⁴⁰ 3.6.

（二） 申訴人主張

關於可受理性，申訴人主張，其已窮盡國內一切的救濟方法仍不得救濟。原因在於，雖然加拿大憲法規定，聯邦政府擁有關於印第安人以及印第安土地的絕對管轄權（**exclusive jurisdiction**），然而，加拿大聯邦最高法院（**the Supreme Court of Canada**）卻在 1986 年 10 月決定所有位於加拿大各省境內的原住民土地權問題，改由各省法院管轄。於是，申訴人曾經在 1987 年 3 月 30 日，將加拿大聯邦政府列為共同被告，然而，地方法院卻拒絕申訴人的申請，換句話說，申訴人已經無法從加拿大聯邦政府方面尋求救濟。⁴¹

另外，關於申訴人及其族人所受到的侵害，過去十幾年來，亞伯達省政府一直不斷地發給私人石油及天然氣公司開採權，即便在申訴人向人權委員會提出申訴的這幾年，省政府仍然不斷地核發開發許可，讓石油及天然瓦斯公司不斷地開採當地的天然資源（開發範圍達一萬平方公里）。這些開發行為，嚴重地破壞族人賴以為生的環境及經濟根基，使族人再也無法作為一個民族繼續生存下去。⁴²另外，當地婦女流產、死產，以及生出畸形兒的比例，也從以前的近乎 0%到現在的 100%，這些開發行為，對族人的生命及生存造成了威脅。⁴³

基於上訴理由，申訴人主張加拿大政府侵害其基於公約第 1 條 1 至 3 項的政治自決權以及其資源使用的權利。

（三） 國家方主張

國家方主張，第一，亞伯塔省北方的經濟開發行為並未造成對 **Lubicon Lake Band** 族人的傳統生活方式無法修復的傷害；第二，本案所涉及的土地，也是亞伯塔省幾個印第安部族爭議中的土地；第三，雖然 **Lubicon Lake Band** 需要負擔地方法院敗訴的訴訟費，但政府已給了他 150 萬加幣的特惠金，讓其支付該筆訴訟費用；第四，**Lubicon Lake Band** 仍然能夠透過有效的司法及行政協調，解決其提出的問題，換句話說，申訴人尚未窮盡國內一切救濟方法，人權委員會應不予受理本案。

（四） 人權委員會決定

首先，人權委員會於 1987 年 7 月作出初步決定，受理此案，因為申訴人基於公約第 27 條的權利有可能被違反。⁴⁴同時，要求國家方提出臨時保護措施（**interim measure of protection**），以防止對申訴人造成無法挽回的傷害。⁴⁵

委員會說明，雖然申訴人的請求權基礎是公約第 1 條，然而，依據任擇議定書，委員會只有權審酌申訴人基於公約第 6 條至第 27 條的個人權利，⁴⁶因此，本案的爭點為，加拿大政府（亞伯達省政府）允許私人石油公司在亞伯達省北部的開發行為是否違反申訴人基於公約第 27 條的權利。

由於申訴人所遭受到的歷史不平等（**historical inequities**），以及開發行為的確危害 **Lubicon Lake Band** 族的文化及生活方式，委員會認為，加拿大政府違反申訴人基於公約第 27 條的權利。⁴⁷

（五） 評析

人權委員會關於本案的決定寫的非常簡略，此決定書裡，沒有列出其判斷是否違法的法律依據

⁴¹ 16.5.

⁴² 3.2.

⁴³ 16.2.

⁴⁴ 14.

⁴⁵ 29.3.

⁴⁶ 32.1.

⁴⁷ 33.

為何，也沒有將法律涵攝至特定事實的過程寫出來，同時，我們也不知道委員會從哪一點判斷開發行為已經危害 Lubicon Lake Band 族的文化及生活方式。筆者以為，人權委員會之所以會判國家方違法（此案件為所有關於原住民狩獵權漁業權的決定中唯一一個判國家方違法的案件），係因國家方「從頭到尾」矢口否認其侵害印第安族人的文化及生活方式，並不斷地在訴狀中否定對方所說的一切，因此，把委員會惹怒，因此，決定採用申訴人的觀點，判定國家方違法。

三、 Läsman et al. v. Finland (1994)

（一） 案件事實

本案的申訴人為 Ilmari Läsman 和其他 47 位 Muotkatunturi 牧人委員會以及 Angeli 地方社群的成員。申訴人為居住在芬蘭北方 Angeli 以及 Inari 地區的馴鹿畜牧業者。

1989 年，芬蘭中央森林局 (Central Forest Board, 簡稱 CFB) 與一家名為北極石業公司 (Arkkinen Kivi Oy) 的私人公司簽定為期四年的契約，允許該公司在 Etela-Riutusvaara 山的山腰上進行砂石採集。而該砂石採集區域位於申訴人傳統的馴鹿畜牧區內。⁴⁸

申訴人曾對拉布蘭省行政局 (Lapland Provincial Administrative Board) 和最高行政法院提起上訴，最高行政法院在 1992 年 4 月 16 日將其上訴駁回。因已窮盡國內的救濟方式而無效，申訴人於是在 1992 年 6 月向人權委員會提出申訴，而委員會最後在 1994 年 10 月 26 日作出決定。

（二） 申訴人主張

申訴人主張，北極石業公司進行採集砂石的地方 — Etela-Riutusvaara，為薩米族古時的聖地，以前，薩米族人都是在這裡進行馴鹿屠宰，雖然現在薩米族人已經不在那裡進行馴鹿屠宰，但 Etela-Riutusvaara 仍然是薩米族人的聖地。⁴⁹

另外，北極石業公司為了進行砂石運送，興建了道路，而這個道路會通過他們的馴鹿畜牧區，斜長岩（北極石業公司採集的砂石種類）的採集和運輸，干擾了他們的馴鹿畜牧業，並且破壞他們因應自然環境而架設的複雜圍籬系統。

又，申訴人主張，進行砂石採集及運送的土地雖為國家所有，但那並不影響薩米族人基於公約第 27 條的權利。因此，申訴人主張，芬蘭政府的作業，侵害了薩米族人（基於公約第 27 條）的文化權。⁵⁰

（三） 國家方主張

國家方肯認公約第 27 條對少數民族文化權保障包括對於少數民族傳統生活方式的保障，但認為並非所有經濟開發行為都會構成對公約第 27 條的違反。⁵¹

國家方認為，中央森林局在 1989 年 10 月與北極石業公司所簽訂的契約，只允許該公司在一塊 10 公頃的區域內採集砂石，且其可採集的砂石不得超過 200 立方公尺。依據該契約，公司必須將鑿洞的邊緣修復，且不能破壞地貌。⁵²相較於 Muotkatunturi 牧人委員會所使用的全部畜牧區域（2,586 平方公里），該公司採集砂石的規模很小。另外，該砂石採集區離主要道路只有 4 公里，對於 Muotkatunturi 放牧場的承載能力而言，應該是微不足道的，國家方認為土地的使用方式對當地馴鹿

⁴⁸ Läsman et al. v. Finland, CCPR/C/52/D/511/1992(1994). Para.2.1.

⁴⁹ Läsman et al. v. Finland, CCPR/C/52/D/511/1992(1994). Para.2.6

⁵⁰ Läsman et al. v. Finland, CCPR/C/52/D/511/1992(1994). Para.2.5-2.7

⁵¹ 7.10.

⁵² 7.5.

畜牧業不會帶來任何負面的影響，因此，國家方並未違反公約第 27 條的義務。⁵³

（四）人權委員會決定

本案的爭點為，在 Riutusvaara 山所進行的砂石採集，其影響是否重大到確實讓申訴人無法在該區域繼續行使其文化上的權利（即馴鹿畜牧業）。⁵⁴

委員會認為，依據公約第 27 條一般性意見第 7 段，少數民族或原住民有權保護他們的傳統活動，例如：狩獵、捕魚或（如本案中的）馴鹿牧畜，且當國家採取相關的措施（例如：經濟發展、道路開發...等）時，必須要確保會受影響的少數民族可以有效的參與決策過程。⁵⁵

委員會認為，本案中，當國家在決定是否許可採集砂石的過程中，的確有考量到 Muotkatunturi 牧人委員會和其他申訴人的利益，且在過程中也有諮詢過申訴人，而進行中的砂石採集對該地區的馴鹿飼育也沒有造成負面的影響。⁵⁶因此，委員會認為，芬蘭政府的行為，並未違反公約第 27 條的義務。

然而，最後，委員會也進一步提醒芬蘭，倘若准許 Angeli 地區大規模的採礦活動，且由獲得開發許可的公司再行擴展，那麼，此舉很有可能會侵害申訴人基於公約第 27 條的權利。

（五）評析

本案的爭點在於國家的開發行為是否侵害當地薩米人（少數民族、原住民）的文化權（馴鹿畜牧）。

人權委員會在仔細地審酌申訴人以及國家方所提供的資料後，判定國家的開發行為（透過私人公司所為）並未（嚴重）侵害到申訴人的傳統生活方式，且在過程中，也曾諮詢過申訴人，因此，判定國家方並未違反公約第 27 條。

從本案的決定可知，少數民族進行傳統經濟活動的地區，即使是國有地，仍然受到公約第 27 條的保障。而國家方，並非不能在該區域進行開發，當國家認為有需要在該區域進行開發時，必須同時考量當地少數民族的傳統經濟活動受影響的程度，以及在開發過程中，必須向少數民族諮詢並取得其同意。

四、 Jouni E. Länsman et al. v. Finland (1996)

（一）案件事實

申訴人 Jouni E. Länsman 等人為居住在芬蘭北方的薩米族人，且均為 Muotkatunturi 牧人委員會的成員。長久以來，申訴人一直在該區維持著馴鹿畜牧的傳統經濟活動。

自 1994 年 10 月開始，芬蘭中央森林部（Central Forest Board，簡稱 CFB，後改制為國家森林與公園廳，National Forest and Park Service，簡稱 NFPS）開始在 Muotkatunturi 牧人委員會所有的一塊約 3,000 公頃的區域進行伐木活動和興建道路，而該區域也是他們主要的冬季畜牧區。⁵⁷為了阻止 NFPS 繼續在該區進行伐木，申訴人向 Inari 初審法院（Inari Court of First Instance）提起訴訟，後於 1993 年 8 月判決敗訴後繼續上訴至 Rovaniemi 上訴審法院，上訴審法院於 1994 年 6 月 16 日判定申訴人敗訴。因已窮盡國內一切救濟方式而無效，申訴人因此於 1995 年 8 月 28 日向人權

⁵³ 7.6.

⁵⁴ 9.5.

⁵⁵ 9.5.

⁵⁶ 9.6.

⁵⁷ 2.1.

委員會提出申訴，委員會最後於 1996 年作出決定。

（二） 申訴人主張

雖然芬蘭政府許可進行伐木的區域（3,000 公頃），只佔 Muotkatunturi 牧人委員會進行馴鹿畜牧活動的一小部分（255,000 公頃），但該部分卻是申訴人進行冬季畜牧的主要地區。而 Muotkatunturi 牧人委員會的所有馴鹿中，有 40% 的馴鹿是在這個區域進行飼育。⁵⁸政府許可的伐木活動，已經嚴重影響申訴人的馴鹿畜牧活動，申訴人發現，馴鹿群不會去使用已伐木過的伐木區，也不會去使用伐木區之間的「森林處女地」。為了繼續飼育這些馴鹿，申訴人就要花費額外的工作時間與開銷。⁵⁹又申訴人主張，伐木的負面影響並非立即可見，而是數年甚至數十年後才會顯現出來。例如，在嚴酸的冬天，厚實的結冰層會讓馴鹿無法在雪地中挖掘出地衣而餓死。⁶⁰申訴人擔心，政府正在進行中的伐木活動以及已經核定但即將在未來幾年進行的伐木活動，會嚴重影響馴鹿的生存，進行侵害申訴人的文化權。

再者，由於馴鹿畜牧業的經濟利益很低，許多牧人因此必須尋求其他收入來源，包括擔任木匠、為當地私人地主工作、或是在他們的私有森林內進行小規模的伐木，然而，這些並不是他們想要的，馴鹿牧人們還是希望能只投入馴鹿畜牧業。⁶¹

（三） 國家方主張

國家方承認薩米族為公約第 27 條裡所述的少數民族，也承認薩米族有權依靠馴鹿畜牧的傳統生活方式過生活（因為馴鹿畜牧為其文化的基本要素（essential element））。然而，國家方認為，並非所有在少數民族的傳統領域進行的開發計畫都會侵害少數民族基於公約第 27 條的文化權。依照委員會在 I. Länsman et al. v. Finland（511/1992）一案中的見解，國家方可以合理期待、鼓勵經濟發展和容許經濟活動，倘若該經濟活動對該地區少數民族只有「有限的影響」（limited impact），則並不一定違反公約第 27 條。⁶²

而且，並非所有的薩米人都是馴鹿畜牧業者，有些人也是伐木業者，因此，在進行相關的森林管理計畫時，並不能只考慮到馴鹿畜牧業者的利益。⁶³再者，國家在進行相關的森林管理計畫時，已經為當地薩米族人的生活作了適當的考量，雖然伐木和地面的軌跡會暫時對馴鹿所使用的冬天牧場帶來有限的負面影響，但國家方不認為這會帶來可觀且長期的損害，使得申訴人無法繼續以現有的規模，在系爭區域進行馴鹿畜牧業。同時，國家在考量相關的開發計畫時，也有充分諮詢 Muotkatunturi 牧人委員會裡的人。因此，國家方認為，申訴人依公約第 27 條享受其固有文化的權利，並未受到侵害。⁶⁴

（四） 人權委員會決定

本案的爭點是芬蘭政府在 Muotkatunturi 牧人委員會（申訴人所屬的委員會）所屬的一塊約 3,000 公頃的區域內正在進行以及未來即將進行的伐木活動，是否會侵害申訴人基於公約第 27 條的權利。

依據公約第 27 條，少數民族具有享受其固有文化的權利，而該權利，依據一般性意見第 7 段，

⁵⁸ 2.4.
⁵⁹ 7.1.
⁶⁰ 7.2.
⁶¹ 7.3.
⁶² 6.7.
⁶³ 6.9.
⁶⁴ 6.14.

包括保障少數民族或原住民族進行其傳統活動（例如：狩獵、捕魚或馴鹿畜牧），且在作出會影響少數族群的決定時，國家應保障該少數族群的成員能夠有效的參與。⁶⁵

一般來說，經濟活動並不是公約第 27 條保障的權利範圍之一，但當該經濟活動為該少數民族傳統生活方式的基本要素（**essential element**）時，這樣的經濟活動就會是公約第 27 條所有保障的少數民族的固有文化之一。

當然，這並不是說國家不能在少數民族進行傳統經濟活動的區域進行任何開發活動，但其措施只對少數民族成員的生活方式和生計造成有限的衝擊（**limited impact**）時，該措施並不一定會侵害少數民族源於公約第 27 的權利。⁶⁶

審酌申訴人以及國家方所提供的資料後，委員會決定，芬蘭政府於本案中的作法並未違反公約第 27 條的義務。⁶⁷

然而，委員會也提醒國家方，若伐木計畫核准的規模，比目前同意在系爭地區未來幾年進行的規模要來的大，或是可以證明計畫中伐木的影響比目前可預期的嚴重的話，那麼，委員會就會考慮其是否侵害申訴人享受其固有文化的權利。⁶⁸又，委員會根據稍早的案件，得知芬蘭政府同時在該區進行例如採掘的開發案，雖然這些開發活動各自都不會違反公約第 27 條，但若這些活動一起進行，仍可能會妨礙薩米族人享有固有文化的權利。⁶⁹

五、 **Apirana Mahuika et al. v. New Zealand (2000)**

（一） 案件事實

本案申訴人是 **Apirana Mahuika** 以及其他 18 位紐西蘭毛利人（**Maori**）⁷⁰，此 19 位申訴人分屬 7 個不同的部落。

1840 年，英女皇曾與毛利人簽署「懷唐基條約」（**Treaty of Waitangi**），肯認毛利人的自決權及部落漁業權。在紐西蘭，「懷唐基條約」並不是一個具法律效力的條約，但國會已透過立法的方式，將部分條約內容條文化。⁷¹

隨著紐西蘭漁業的發展，為了保存當地的漁資源以及適當地將海洋資源分配給不同的商業漁業公司，紐西蘭政府在 1980 年代引進「定額管理制度」（**Quota Management System**），⁷²所有漁夫（包括毛利人）都要申請商業捕魚許可才可進行捕魚。這些漁夫大部分是紐西蘭人，而非毛利人，而毛利人漁夫，大部分是兼職漁夫（**part-time fishers**）。⁷³後來，由於沿岸海洋資源被過度開發，政府不再核發捕魚許可給兼職漁夫，此舉使大部分的毛利漁夫無法繼續捕魚。

1986 年，國會通過「漁業法」（**Fisheries Act**），將定額管理制度立法化，該法第 88 條第 2 項規定，「...本法不會影響毛利人的捕魚權。」隔年，數個毛利部落一起向紐西蘭高等法院（**the High Court of New Zealand**）起訴，而法院也向政府發布臨時禁制令。⁷⁴於是，政府代表開始與毛利人進行協商。經過二年的協商，毛利人同意國會通過「毛利漁業法」（**Maori Fisheries Act 1989**），該法

⁶⁵ 10.4.

⁶⁶ 10.3.

⁶⁷ 10.8.

⁶⁸ 10.7.

⁶⁹ 10.7.

⁷⁰ 紐西蘭毛利人共約 50 萬人，分屬 81 個部落，占紐西蘭總人口 15%。

⁷¹ 5.1.

⁷² 5.2.

⁷³ 5.3.

⁷⁴ 5.3.

將 10% 的紐西蘭漁獲分配給毛利漁業委員會（Maori Fisheries Commission）。

1992 年，得知一個澳紐最大的漁業公司—Sealords，即將公開發行，毛利漁業委員會進一步與政府協商，希望政府可以資助毛利人買下 Sealords，作為毛利人放棄依 Treaty of Waitangi 繼續主張漁業權的交換條件。後來，雙方在 1992 年 8 月 27 日達成協議，並簽署備忘錄（Memorandum of Understanding）。⁷⁵根據此備忘錄，紐西蘭政府願意給毛利人購買 Sealords 漁業公司 50% 股份的錢（Sealords 擁有紐西蘭 26% 的捕魚總數），而毛利人會放棄所有現在以及未來與毛利漁業權相關的訴訟。⁷⁶同年 9 月 23 日，紐西蘭政府與毛利代表依據上述的備忘錄簽署了一份「協議證書」（deed of settlement），依據該「協議證書」，政府會補助毛利人 1.5 億紐西蘭幣（用以購買 Sealords），而毛利人所有根據「懷唐基條約」的漁業權將不具法律效力。

該「協議證書」簽署後，申訴人立即向紐西蘭高等法院上訴，希望阻止政府將該證書立法化，法院於同年 10 月 12 日駁回該上訴，申訴人繼續上訴至上訴法院（the Court of Appeal），上訴法院於 11 月 3 日駁回申訴人的上訴（理由：上訴法院無權干涉國會內的程序）。後來，申訴人繼續向「懷唐基巡迴法院」（the Waitangi Tribunal）上訴，巡迴法院在 1992 年 11 月 6 日作出其決定，認為「協議證書」的內容並不違背「懷唐基條約」。⁷⁷

1992 年 12 月 3 日，國會提出「懷唐基條約（漁業權）協議法案」（the Treaty of Waitangi (Fisheries Claims) Settlement Bill）並於 12 月 14 日完成立法程序。⁷⁸

申訴人於是在 1992 年 12 月 10 日向人權委員會提出申訴，委員會最後於 2000 年 10 月 27 日作出決定。

（二）申訴人主張

因為「懷唐基條約（漁業權）協議法」（the Treaty of Waitangi (Fisheries Claims) Settlement Act 1992）沒收了他們的漁業資源，申訴人主張，國家方違反其基於公約第 1 條的自決權，同時，國家方也違反其基於「懷唐基條約」的義務。

而且，在談判過程中，並不是所有部落都有參與協商過程，申訴人的部落就沒有參與。另外，由於政府的行為侵害了他們的生活方式以及毛利部落的文化，因此國家也侵害了申訴人基於公約第 27 條的權利。⁷⁹

（三）國家方主張

國家方承認毛利人基於公約第 27 條文化權而來的漁業權，而申訴人所述的漁業協議，其實就是具體落實此漁業權的結果。根據此協議，現在毛利人已經取得紐西蘭最大的漁業公約（Sealords）的有效控制，而此公司擁有的漁獲量，占有紐西蘭總體漁獲量的 40%。⁸⁰此協議內容讓毛利人可以積極參與現代商業漁業產業。

國家方認知到申訴人基於公約第 27 條的權利並非毫無限制。若具有合理且客觀的理由，且該措施符合公約其他條文的規定，國家方可以限制少數民族個人的權利。國家必須要在個人反對者與毛利人全體之間取得平衡，並找出確保其資源永續的方案。⁸¹

⁷⁵ 5.5.

⁷⁶ 5.6.

⁷⁷ 5.10.

⁷⁸ 5.12.

⁷⁹ 6.1.-6.2.

⁸⁰ 7.1.

⁸¹ 7.2.

就政府的理解，備忘錄（Memorandum of Understanding）的簽署是建立在一個前提要件，即毛利漁業代表需確認其代表的是所有毛利人，而協議內容將適用在全體毛利人身上。⁸²雖然申訴人說此協議只有獲得部分毛利人的支持，但從整個談判過程來看，國家方相信毛利漁業代表是具有代表權的。而且依據人權委員會在 *Grand Chief Donald Marshall et al. v. Canada*（205/1986）一案中的見解，參與協商過程並不是所有部落組織都有的基本權利。⁸³（言下之意，即國家方與原住民部落談判過程中，不需要與「所有」部落實際接觸）

（四） 人權委員會決定

根據申訴人所提出的事實，我們接受申訴人基於公約第 27 條的申訴，但駁回他們基於公約第 16、18、26 條的申訴。⁸⁴

本案的爭點在於申訴人基於公約第 27 條的權利是否被紐西蘭政府與毛利人的漁業談判結果（包括 *Deed of Settlement, the Treaty of Waitangi (Fisheries Claims) Settlement Act 1992*）所侵害。

首先，委員會確認申訴人是公約第 27 條所保護的少數民族，而漁業是構成他們文化權的基本要素（essential element）。⁸⁵又公約第 27 條保障的不僅僅是少數民族的傳統生活方式，也允許其為了因應現代生活方式與科技而作出的改變。換句話說，國家方所提出的法案，影響了毛利人的商業性漁業與非商業性漁業。⁸⁶

然而，如同委員會在 *Länsman et al. v. Finland*（511/1992）一案中所述，原則上，國家的開發行為不能否定少數族群的個人享受其固有文化的權利，但對於少數族群裡的個人的傳統生活造成「有限的衝擊」（limited impact）並不一定違反公約第 27 條。⁸⁷

依據公約第 27 條的一般性意見書所述，在考量國家方的行為是否違反其義務時，有二件事必須納入考量，一是爭議案件中的少數民族的成員是否有機會去參與這個決策過程，二是該少數民族的成員是否能繼續從他們的傳統經濟活動中受益。而委員會認知到這個「懷唐基條約（漁業權）協議法」（the *Treaty of Waitangi (Fisheries Claims) Settlement Act 1992*）限制了申訴人享受其固有文化的權利。⁸⁸

委員會認為，國家方已經採取了非常複雜的方式，去確認這個協議取得絕大多數毛利人的同意，因此，接下來委員會需要考慮的是，一、此限制是否係為了少數民族全體的利益；二、對於申訴人的限制，是否有合理且客觀的理由。⁸⁹審酌申訴人以及國家方所提供的資料，委員會認為，國家方在與毛利人的諮詢過程中，已充分注意到漁業對毛利人文化上及宗教上的重要性，也極力確保毛利人個人以及社群參與非商業性漁業活動的可能性。在協商的過程中，雖然造成毛利人內部的分歧，但從協商過程一直到立法，委員會認為國家方已經盡力地廣徵毛利人的意見，因此，國家方並未違反公約第 27 條的義務。⁹⁰

但委員會也要提醒國家方，依據公約，在執行「懷唐基條約（漁業權）協議法」時，國家方有義務要特別留意漁業對毛利人文化上以及宗教上的重要性。同時，也要注意，為了符合公約第 27

⁸² 7.3.

⁸³ 7.4.

⁸⁴ 2.

⁸⁵ 9.3.

⁸⁶ 9.4.

⁸⁷ 9.4.

⁸⁸ 9.5.

⁸⁹ 9.6.

⁹⁰ 9.8.

條的義務，當執行相關法令時，申訴人必須還是要能夠繼續和他所屬的部落群體的成員們，共同享受其文化、實踐其宗教儀式。⁹¹

六、小結

以上為截止目前為止，人權委員會作過與原住民狩獵權漁業權有關的決定。從以上的決定當中，我們可以歸納出幾個與原住民狩獵權漁業權有關的權利內涵與限制：

1. ICCPR 第 27 條保障的文化權，包括少數民族的傳統生活方式（**way of life**）。原則上，經濟活動並非文化權保障的內涵之一，但當此經濟活動構成該少數民族文化中之「基本要素」（**essential element**）時，該經濟活動就會是文化權保障的範圍之一。（*Jouni E. Länsman et al. v. Finland*）
2. 所謂傳統的生活方式，不僅僅限於「以前的」生活方式，即使少數民族借助現代科技，改善其經濟活動的進行方式，也不影響其權利。換句話說，ICCPR 第 27 條所保障的少數民族的文化權，包括原住民用「現代的生活方式」（**modern way of life**）去過生活，而不限於以前的生活方式。⁹²（*Mahuika v. New Zealand*）
3. 國家（政府）為了維護及保障少數民族整體的福祉，可以限制個人參與傳統經濟活動，但此限制必須建立在以下二個條件之上：（1）對於該個人的限制必須是合理且客觀的（**reasonable and objective justification**）；（2）此限制對於該少數民族整體的存續及福祉是必要的（**necessary**）。（*Ivan Kitok v. Sweden*）
4. 國家（政府）對於少數民族傳統生活方式（經濟活動）的侵害，並不以發生在少數民族的土地為限，換句話說，即使國家（政府）是在國有土地上進行經濟開發的活動，也有可能會侵害少數民族基於公約第 27 條的權利。（該國有土地為少數民族進行傳統經濟活動的領域）。（*Länsman et al. v. Finland*）
5. 基於公約第 27 條，國家（政府）有義務維護並保障少數民族的傳統生活方式，然而，這並不代表國家（政府）完全不能在該區域進行經濟開發活動。但是，當國家（政府）必須在少數民族進行傳統經濟活動的區域進行經濟開發活動時，必須要滿足二個要件：（1）在決策過程中特別留意少數民族文化上以及宗教上的重要性；以及（2）確保少數民族有效的參與決策過程。（*Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*）
6. 原住民狩獵權與漁業權，不僅僅是一「文化行為」、「宗教行為」，同時更是「經濟行為」，原住民族有權依其傳統的生活方式（狩獵、捕魚、馴鹿畜牧...）維持其生活，國家（政府）不僅不能侵害原住民從事傳統的狩獵與捕魚活動，還要進一步保障其權利不被其他人（例如：私人公司）所侵害。（*Ivan Kitok v. Sweden*；*Lubicon Lake Band v. Canada*；*Länsman et al. v. Finland*；*Jouni E. Länsman et al. v. Finland*；*Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*）

肆、結語

綜上所述，兩人權公約中確實有關於原住民狩獵權漁業權的保障，而該權利保障規定在 ICESCR 第 15 條第 1 項(a)款的「人人有權參與文化生活」以及 ICCPR 第 27 條的「少數民族的文化權」中。從經社文委員會以及人權委員會針對上述條文所發布的一般性意見書，以及人權委員會歷年來作出

⁹¹ 9.9.

⁹² Sarah Joseph, Jenny Schultz & Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 769, Oxford University Press, 2nd edition, 2004.

的關於原住民狩獵權漁業權的決定中，我們可以知道，人權委員會非常重視原住民的傳統（以及現代的）生活方式是否為國家（政策）所保護，即使知道其無法阻止國家（政府）的經濟開發行為，但聯合國人權委員會仍不斷地、一再地提醒國家方，倘若繼續擴大開發行為，委員會可能會宣告其違法。這一切，並不是為了要偏袒少數民族，而是體認到少數民族特殊的文化，為全世界人類共同的財產，應該要予以保護。反觀台灣，原住民的傳統生活方式不僅不被國家（政府）所維護（雖然兩人權公約已內國法化），原住民還會因此而被司法機關因違反《森林法》、《野生動物保育法》或《槍砲彈藥刀械管理條例》而起訴。而在台灣政府提交給國際人權專家的「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約國家人權報告」書中，關於原住民的狩獵權與漁業權的內涵，仍限縮在「非營利行為」、「以傳統文化祭儀或自用為限」（而且還未落實），⁹³讓人不得不思考，台灣（政府）對於兩人權公約的理解，是否與國際上一般的理解有很大的落差？而造成此落差的原因為何？

⁹³ 公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約國家人權報告，段落 355：「原基法規定，原住民族在原住民族地區可依法從事的非營利行為包括獵捕野生動物、採集野生植物及菌類、採取礦物土石及利用水資源，且必須以傳統文化祭儀或自用為限，但實際上仍必須修改相關的法律才能落實。由此顯示原住民族的傳統文化祭儀權利，並沒有因為原基法的制定而自動被確認。」

加拿大 Métis 原住民族狩獵權（Right to Hunt）之探討：

從 Powley 案到 Hirsekorn 案

林三元

臺灣高等法院臺中分院法官

摘要

「狩獵」，是許多原住民族的重要生計活動，透過狩獵取得食物，除了得以維繫族群生命之外，更展現了原住民族與大自然的互動關係，進而形成原住民文化的重要內涵。狩獵活動係由「獵人」、「獵場」、「獵物」與「狩獵工具」等四個要素所組成。對應於國家法制，上述四個要素雖然分別指涉了「原住民身分」、「傳統領域」、「野生動物保護」與「槍砲彈藥刀械管制」等不同法律議題。然而，於探討個別法律議題時，都應該從原住民族傳統慣習及文化的角度觀察，才不至於落入「見樹不見林」的謬誤。

通觀我國最高法院 102 年度台上字第 5093 號刑事判決，係從維護原住民傳統習俗文化及發展之觀點出發，並推翻了實務上向來對於「自製之獵槍」的見解，認為原住民所自製之獵槍，就其裝填火藥或子彈之方式，法律既未設有限制，故無論「前膛槍」或「後膛槍」均應包括在內。上開我國最高法院判決，雖已放寬對於「狩獵工具」之法律管制，然亦無法由具體個案中，綜觀狩獵活動四個要素，進而發展出狩獵權之判準（criteria）或準則（test）。因此，本文將藉由加拿大最高法院關於 Métis 狩獵權之判決分析，嘗試提出形塑我國原住民狩獵權之初步參考。

本文認為，狩獵權乃原住民族固有文化權之一部分，基於尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益的憲法價值。國家法制必須在原住民族傳統領域與山林管理；狩獵對象與野生動物保育；狩獵工具演進與槍砲管制等規範議題上，以尊重多元的角度切入，納入各族群之文化觀點。如此才能立足於「過去」之原住民族傳統狩獵文化，設計「未來」的法律規範，再經由異質文化的互動調和，彰顯原住民族之文化主體性！

壹、前言：

當原住民遇到國家法律，一直是個困擾彼此的問題，例如：泰雅族在國家法律進入部落之前，各部落都不會逾越界線互相爭奪，並且能藉由祖先規律（gaga 或 gaya）約束行為，維持族人與大自然的完美均衡¹。然而，當國家法律以形式上平等之方式，規範「人與森林」、「人與野生動物」之關係後，原住民傳統慣習也被摒除在國家法制之外，切割原住民傳統文化與大自然的依存，呈現出來的規範面貌即是「法律之前，人人平等」！

以狩獵行為而言，在國家法制的規範下，原住民僅能「依法」持有槍械進行狩獵，而不是「依文化傳統」為之。法務部在其網站上所提供的「原住民法律手冊」，其中第三篇說明「狩獵」相關的法律問題，手冊的故事內容是描述原住民以祖傳的及自製的獵刀、獵槍進行狩獵，途中遇到警察向原住民表示：「山羌是保育類野生動物，這些山菜也是在國有林中的產物，至於你們的刀跟槍，如果都沒有登記證，那我們都要沒收喔！」而原住民則困惑地表示：「可是這些刀槍都是我們自己的呀！怎麼會有問題呢？打獵也是我們自古以來的傳統啊！怎麼會這樣呢？」。而故事的「法律結論」如下：「內政部於 86 年 3 月 24 日制定生活習慣特殊國民獵魚槍刀械管理辦法，原住民即可依照該項辦法，申請自製或持有獵槍、魚槍。……本題巴燕、瓦歷斯的大兒子、二兒子、小兒子、里募伊等人，未經申請持有獵槍即是違法，依然是要受槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 4 項的規定，加以處罰的，只是法官可以斟酌情節，減輕或免除其刑而已。²」

上述故事內容與原住民因為持有獵槍進行狩獵，因而面臨的法律議題十分相似。然而，除法務部所提供的法律手冊所引述之「生活習慣特殊國民獵魚槍刀械管理辦法」³之外，內政部另於 87 年 6 月 2 日以（87）台內警字第 8770116 號函發布原住民自製獵槍之認定標準，依該函文所示，所謂自製獵槍：「指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。⁴」而上開函文即成為司法機關、警察機關就「自製獵槍」認定標準之重要依據。

值得注意的是，最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決，就原住民持有自製獵槍違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，於判決理由中說明：「中央主管機關 87 年 6 月 2 日函釋及依本條例第 20 條第 3 項授權訂定之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 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

¹ 謝世忠、郭倩婷、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第二期委託研究：泰雅族、太魯閣族，行政院原住民族委員會，頁 99，台北（2007 年 3 月）。

² 法務部網站：<https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=27187&CtNode=28044&mp=001>（最後點閱日期：2014 年 7 月 9 日）。

³ 該辦法業經內政部於 91 年 10 月 30 日以台內警字第 0910076566 號函廢止。請參見內政部網站：<http://qlrs.moi.gov.tw/LawContent.aspx?id=FL004486>（最後點閱日期：2014 年 7 月 10 日）。

⁴ 函文內容請參見內政部網站：<http://qlrs.moi.gov.tw/LawContent.aspx?id=GL000133>（最後點閱日期：2014 年 7 月 10 日）。

受其拘束。」上開最高法院判決結果，變更審判實務向來之見解，對於原住民權益之影響，不言可喻⁵。

有趣的是，在最高法院判決之後，內政部以 103 年 6 月 10 日台內警字第 10308714563 令，修正「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」第 2 條、第 11 條及第 15 條條文。內政部亦於 103 年 7 月 9 日以台內警字第 1030871797 號函文通知原住民族委員會。而其修正重點之一即在於「自製獵槍定義」。依據修正辦法第 2 條第 1 項第 3 款之規定，自製獵槍係指「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。」

上開許可及管理辦法雖增加傳統「習俗文化」等文字，然整個修正方向顯然重在「管理」，且於修正說明中亦強調「並利安全使用」、「以免使用鋼鐵硬材質之彈丸材料，至穿透性強，殺傷力大，誤擊亦造成致命意外」、「致生意外，且易於隱藏，而淪為犯罪工具」等等管理目的，似乎均與原住民之「習俗文化」無關。顯然最高法院上開判決所論述之「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」等內容，並沒有改變主管機關「管理」原住民使用狩獵工具之態度！

然而，槍械對於原住民而言，僅係其狩獵之工具，倘其依傳統之方式持有槍械進行狩獵，即不能因此受到國家法律之追訴、處罰，如此才能根本解決原住民狩獵權所面臨之問題。換言之，如何將原住民傳統慣習之「狩獵活動」，轉譯為國家法制所肯認之「狩獵權」，應是未來值得思考的方向。因此，本文將藉由分析加拿大 Métis 原住民族狩獵權之發展過程，提出形塑我國原住民狩獵權之初步建議。

本文認為，狩獵權做為一種原住民族集體權利，與現行法制之權利分類——「有體權利」（tangible right）與「無體權利」（intangible right）——不同，無法以市民法制之權利觀念加以理解。反之，應從原住民族之文化觀點出發，並藉此結合「獵人」、「獵場」、「獵物」與「狩獵工具」等四個要素，進而提出具有文化性質之狩獵權，調和「依傳統文化」與「依法」的衝突，落實尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀之憲法規範意旨！

貳、 Métis 之原住民族身分與權利

關於原住民身分之認定，在不同國家之間，必然採取不同之方式，我國係以 90 年 1 月 1 日施行之「原住民身分法」認定原住民身分。然而，原住民身分法僅是關於個人是否取得原住民身分，更重要的應是，特定族群是否為行政機關所「核定」之原住民族。依據我國原住民族基本法第 2 條第 1 款規定：「原住民族係指既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族，包括阿美族、泰雅

⁵ 由法律解釋之觀點，提出對該判決之評析，請參見：謝煜偉，刑法解釋與原住民狩獵文化/最高法院 102 台上 5039 判決，台灣法學，第 241 期，頁 176 至 181（2014 年 1 月）。

族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族及其他自認為原住民族並經中央原住民族主管機關報請行政院核定之民族。」而行政院於 2007 年 1 月 17 日核定「撒奇萊雅族」為原住民族；另於 2008 年 4 月 23 日核定「賽德克族」亦為原住民族之一族；再於 2014 年 6 月 26 日核定「拉阿魯哇族」及「卡那卡那富族」為原住民族第 15 族及第 16 族。因此，我國目前之原住民族共有 16 族，而未來可能因為主管機關報請行政院核定而增加其他族群。

相較於我國係由法律授權行政機關核定原住民族，加拿大則是在憲法層次規範原住民族之族別。其中 Métis 成為加拿大憲法肯認之原住民族，再逐步藉由法院判決取得相關權益，與其他原本就居住在北美地區之印地安民族，受到憲法關於原住民權利之保護，其過程除了爭取外在之肯認外，更重要的是如何在族群內部取得彼此的認同。因此，在討論 Métis 狩獵權之議題前，自有必要先瞭解 Métis 究係如何形成一個民族，並逐步爭取該族群之法政上權利與地位之過程。

尊重差異的法制傳統與現況

加拿大於建國之初，在司法、文化、宗教與語言等議題上，即面臨了法國、英國與原住民族之間，存在著不同差異的挑戰。而英國國會早在 1867 年通過之英屬北美法案（The British North America Act of 1876）即強調保護此種差異。正如加拿大聯盟（Canadian Confederation）創始者之一 George Etienne Cartier 所言：「我們是不同種族，但不是為了警告反對彼此之目的，相反地，是為了一般大眾之福祉而競爭⁶。」可見，在加拿大建國過程中，由於新移民勢力（英、法）彼此之間就已存在差異，在加上原本居住在北美地區的原住民族也有自己的傳統文化，為了建立一個新的國家，理解與尊重差異，便變成為加拿大最要的傳統。而在加拿大尊重多元的歷史發展脈絡下，加拿大憲法也提供了保護多元文化的法律基礎，其中關於加拿大原住民傳統規範與國家法律之間如何調和，也就成為重要議題。

值得一提的是，歐洲大陸移民到北美地區後，開始與當地原住民接觸時，歐洲移民通常都會依循原住民之法律習慣與傳統。例如：在 16 世紀時，法國人與五大湖地區之 Anishinabek 原住民訂立協議時，均是遵守該族群之傳統形式⁷；又如歐洲男子與原住民女子結婚時，亦係依照原住民傳統規範為之⁸。此足以說明，尊重多元法律價值的體現，確實可以在加拿大法制之實踐過程中，找到應證之事例。

然而，隨著科技之進步，社會變遷與經濟發展，原住民傳統習慣規範，逐漸被國會立法淹沒。在國家法制之影響下，原住民傳統習慣規範，在處理不同族群之事務時，已不再是優先適用的法規範。更有甚者，原住民傳統法制對自身事務之規範力量，亦呈現弱化的現象⁹。此一發展結果，亦導致不尊重原住民文化的爭議，論者因此從文化的面向，強調原住民傳統規範之重要性，並主張應透過對原住民文化的理解，重新省思加拿大尊重多元法律文化的優良傳統¹⁰。

由此可見，加拿大雖有其尊重多元文化的歷史背景，然而，不可否認的是，原住民傳統規範仍受到國家法制之忽略。聯合國在 2014 年委託美國亞利桑納大學法學院教授 James Anaya，針對加拿大原住民權益保護提出之報告亦指出，加拿大政府在法制架構上，未能提供原住民應有的

⁶ John Borrows, *Indigenous Legal Traditions in Canada*, 19 WASH. U. J. L. & POL'Y 167, 169-170 (2005).

⁷ *Id.* 179

⁸ *Id.* 180-181

⁹ *Id.* 172

¹⁰ *Id.* 189-191

保護，加拿大原住民族面臨了許多人權保護之難題，加拿大政府就此方面仍有待努力¹¹。而加拿大原住民團體亦發表聲明，表示贊同聯合國之調查報告，希望加拿大政府能夠遵守憲法精神，在相關議題上，尊重原住民之意見¹²。由此更可說明，即便在憲法層次揭示了「尊重差異與保護多元」的理念，但是如何實踐憲法之規範意旨，仍屬不易！

Métis 之原住民身分

如前所述，加拿大是個多民族國家，尊重差異雖是該國之重要傳統，但隨著社會變遷，原住民族傳統習慣之規範力量，亦逐漸弱化。除了規範面的探討外，更為特別的是，加拿大對於原住民族之認定，亦有所改變。依據加拿大 1982 年憲政法案之規定，加拿大原住民族包含 Indian、Inuit 以及 Métis¹³，其中最為特殊的原住民族，應屬 Métis¹⁴。

Métis 是在北美地區從事皮草貿易之歐洲男子，其與當地印地安女子通婚之後代。當他們建立屬於自己的社群，逐漸與印地安人及歐洲人產生了區隔，且在後代之間彼此結婚，於是，一個新的原住民族——Métis——因此出現。他們有自己獨特的文化、傳統、語言（Michif）及生活方式，更有自己的集體意志及國家認同¹⁵。根據加拿大官方人口統計資料顯示，Métis 人口持續增加，至 2011 年為止，共計有 451,795 人，占有所有原住民之比例為 32.3%，占全國總人口數則為 1.4%¹⁶。

Métis 雖已成為加拿大憲法所定義之原住民族，但對於「誰是 Métis？」，仍存在許多爭議，其原因可從「外在」及「內部」兩個面向觀察。從外在的觀點而言，由於 Métis 是歐洲移民與美洲原住民之後代，其內部欠缺自我認同的集體意識¹⁷。另一方面，則是因為 Métis 是白人與印地安人混血之後的新族群，他們無法完全融入白人社會，亦無法如同印地安人一般，取得原住民身份及地位，進而獲得國家給予的相關保護¹⁸。這也導致了 Métis 在歷史的脈絡中，一直無法在加拿大的社會中成為被肯認的民族。因此，從外在的觀點而言，Métis 亦難以基於獨立族群之地位與其他民族展開對話。

因為 Métis 同時具有白人與印地安人的特徵，導致白人與印地安人都與他們「保持距離」。而這樣的現象，反而使得 Métis 發展出他們的集體認同¹⁹。關於社會科學對於集體認同如何產生，學者認為可歸納為「原生論／本質論（primordialism/essentialism）」、「結構論／工具論

¹¹ Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya, on the situation of indigenous peoples in Canada, available at:

<http://unsr.jamesanaya.org/docs/countries/2014-report-canada-a-hrc-27-52-add-2-en.pdf>

¹² The Union of British Columbia Indian Chiefs 對於聯合國調查報告之意見，請參見：

http://www.ubcic.bc.ca/News_Releases/UBCICNews05121401.html#axzz385OB8A00（最後點閱日期：2014 年 7 月 4 日）。

¹³ 原文內容如下：In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada. 請參見：<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/CONST/page-16.html#h-52>（最後點閱日期：2014 年 7 月 4 日）。

¹⁴ Métis 一詞，源自古法語「mestis」（混血）及拉丁語「mixticius」（混合）。請參見：謝國斌，從混血兒到原住民——加拿大梅蒂人之認同之旅，收錄在施正鋒編，加拿大 Métis 原住民族，頁 93（2009 年 5 月）。紀舜傑，Métis 的認同旅程，收錄在施正鋒編，加拿大 Métis 原住民族，頁 116（2009 年 5 月）。

¹⁵ 關於 Métis 族之發展與起源，請參見：<http://www.metisnation.ca/index.php/who-are-the-metis>（最後點閱日期：2014 年 7 月 5 日）。See also, Lisa D. Weber, *Opening Pandora's Box: Métis Aboriginal Rights in Alberta*, 67 SASK. L. REV. 315, 322-327 (2004)。中文文獻，請參見：施正鋒，加拿大 Métis 原住民的認同與身份，台灣國際法季刊，第 9 卷，第 3 期，頁 5 至 46（2012 年 9 月）。

¹⁶ 請參見加拿大原住民族人口統計資料，請參見：

<http://www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-eng.cfm#bx6or>（最後造訪日期：2014 年 7 月 1 日）

¹⁷ 紀舜傑，前揭註 14，頁 118 至 119。

¹⁸ 謝國斌，前揭註 14，頁 91 至 92。

¹⁹ 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，台灣原住民族研究學報，第 4 卷，第 1 期，頁 175（2014 年春季號）。

(structuralism/instrumentalism)」以及「建構論 (constructuralism)」²⁰。而透過集體認同理論的闡述，雖可理解 Métis 如何凝聚內部共識，逐漸發展成為新的族群。然而，一個族群能否在國家法制下，獲得相關的制度保護，亦即取得「法律上」之族群地位，仍然是最為重要的指標。換言之，即便族群內部逐漸形成認同意識，但如未能獲得國家法制之肯認，該族群亦終究無法在律規範下與其他族群平等對話。因此，Métis 如何在國家法制中確認其原住民身份，才是該族群在爭取認同的過程中，最為重要的一哩路！

如前所述，加拿大於 1982 年憲政法案中已明文規定 Métis 為加拿大原住民族之一，但未明文定義 Métis，一直到 1992 年 Charlottetown Accord²¹，才同意將 Métis Nation Accord 以附錄的方式列入。然該協議進行公投後並未通過，Métis 之定義依然無法取得法律上明文定義²²。一直到 2003 年 9 月 19 日，加拿大最高法院在 *R. v. Powley* 一案，首次在司法判決中，明白定義 1982 年憲法法案第 35 條第 2 項規定之 Métis 民族，因而解決了該案判決之前，對於 Métis 定義之解釋上過寬或過窄的爭議²³。依據該判決，享有 Métis 原住民族權利者，必須符合三個要件：首先，必須自我認同是 Métis 的一份子。其次，則須證明自己祖先因出生、收養或其他方式而歸屬於 Métis。最後，則是自己現在仍被其所屬的 Métis 社群所接受²⁴。

加拿大最高法院在 *Powley* 案之判決中，闡述法院對於憲法中所明文規定之原住民族 Métis 之定義，最高法院所提出之見解，雖非各方均能接受之判準²⁵。然而，Métis 係透過司法判決之方式，取得確認其身份之定義，就原住民族權利保護的觀點而言，至少去除了以歐洲為中心的思維²⁶，而能站在加拿大整體社會的角度，思考各族群如何相互融合，此案判決仍然具有相當之重要性²⁷！

經過不斷地努力，Métis 終於取得憲法所認定之原住民族地位，最後再經由司法判決，解決長久以來紛擾不已的定義問題，確認 Métis 在法律上之意義。對 Métis 全體族群或個人而言，經由司法判決落實憲法規範意旨，真正成為憲法肯認之原住民族，實屬重要。然而，更為重要的是，Métis 在法律上之權利，是否也因此邁向康莊大道？此部分應該是 Métis 最關心的議題。而其中加拿大聯邦最高法院在 *Powley* 案，就 Métis 狩獵權所表示之見解，自然更值得探究了。

²⁰ 施正鋒，前揭註 15，頁 15。

²¹ Charlottetown Accord 乃有關加拿大憲法修正內容之提案，係由加拿大聯邦及各省府於 1992 年提出，並於同年 10 月 26 日交付公投，然最後並未通過。關於 Charlottetown Accord 之介紹，請參見：http://en.wikipedia.org/wiki/Charlottetown_Accord（最後點閱日期：2014 年 7 月 10 日）。

²² 施正鋒，前揭註 15，頁 30-31。

²³ Larry N. Chartrand, *The Definition of Métis Peoples in Section 35(2) of the Constitution Act, 1982*, 67 SASK. L. REV. 209, 211 (2004).

²⁴ *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207, at para. 31-33.

²⁵ 有學者即認為，對於 Métis 之定義，不應著重在「個人」是否屬於 Métis，而應思考 Métis 族群之意涵為何，因為對原住民族權益之保護，族群之利益當然高於個別權益之探討，也只有思考整體民族之定義，才能連結到文化內涵。See: Larry N. Chartrand, *supra* note 23, at 214-216.

²⁶ *Supra* note 23, at 233.

²⁷ 關於 *Powley* 案之重要意義，請參閱：紀舜傑，*R. v. Powley——Métis 原住民族權利之確認*，收錄在施正鋒編，*加拿大原住民權利保障*，頁 161-188（2010 年 12 月）。

參、 Métis 狩獵權之確認

加拿大在 1982 年憲法法案第 35 條即明文保障原住民權利²⁸。但是，憲法乃原則性之規定，憲法規範意旨之落實，仍有待具體法律規定以及司法機關就個案所為之判決。依據憲法法案第 35 條之規定，加拿大原住民權利大致上可分為原住民權、原住民土地權以及條約權²⁹。

從加拿大憲法規定之內容而言，狩獵權雖非憲法明定之權利，但憲法既已保障原住民權利，當然包括原住民為了實踐其特殊生活文化所擁有的權利，包括打獵、捕魚、採集等權利。而法院透過具體個案之審理，肯認原住民狩獵權、漁獲權或採集權，也就相形重要了！

一、Poley 案之案例事實及判決結果

1993 年 10 月 22 日清晨，Métis 族人 Steve Powley 以及他的兒子 Roddy，從他們居住地「Sault Ste. Marie」往北邊出發，一同前往狩獵。大約在當日上午 9 時左右，他們在 Old Goulais Bay Road 附近，獵殺了一頭北美麋（bull moose）。為了保育之目的，加拿大安大略省自然資源部（The Ministry of Natural Resources, MNR）嚴格管制捕獵北美麋，只有在特定季節，經 MNR 核准之後，才可以進行狩獵，否則極有可能觸犯該省之「Game and Fish Act」³⁰。

Powley 父子在未取得 MNR 核准之情況下獵殺了北美麋，更特別的是，Powley 父子在他們獵物上標示了「Métis card」，而且還留下「為了冬天，狩獵我的食物」（harvesting my meat for winter）。一週之後，政府官員以 Powley 父子未經許可獵捕北美麋以及非法持有北美麋，違反了安大略省「Game and Fish Act」，而將其等起訴。Powley 父子對於起訴之犯罪事實均不認罪，而其等答辯之主要理由即認為，將他們列為「Game and Fish Act」之規範對象，顯然違反了 1982 年憲法法案第 35 第 1 項對於原住民權利之保護，起訴之罪名顯然不具正當性。

由於此案對整個 Métis 族群而言，具有非常重要之意義，安大略省 Métis Nation 決定以此案做為試金石，用以測試 Métis 在憲法上應有之權利能否得到司法判決之支持，於是在整個審理過程中，提供了許多支持。尤其在安大略省上訴法院與加拿大聯邦最高法院審理時，Métis 全國議會即以代表全體 Métis 族群之方式，表示支持 Powley 父子，並且提供財政上的援助。

第一審法院於 1998 年判決結果認為，Powley 父子在 1982 年憲法法案之保護下，擁有 Métis 之狩獵權。安大略省高等法院於 2000 年 1 月及上訴法院於 2001 年 2 月 23 日之判決，均維持一審法院之認定。案件上訴至加拿大聯邦最高法院後，該院於 2003 年 9 月 19 日以一致之見解認為，Powley 父子乃 Métis 社區之一員，可以在特定之條件下實行狩獵，此乃憲法對於原住民權利之保障。從事件發生到最後判決確定，歷經 10 年的時間，Métis 終於藉由司法判決，肯認其原住民身份與權利，此案判決當然具有劃時代的意義³¹！

²⁸ 加拿大 1982 年憲法法案，請參見：<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/CONST/page-16.html#docCont>（最後點閱日期：2014 年 7 月 12 日）。其中第 35 條關於原住民權利規定之中文翻譯，請參見：李憲榮，加拿大的法定原住民權，收錄在：施正鋒編，加拿大原住民權利保障，頁 6（2010 年 12 月）。

²⁹ 李憲榮，上揭註，頁 14-15。

³⁰ 該法案條文，請參見：

http://www.e-laws.gov.on.ca/html/repealedstatutes/english/elaws_rep_statutes_90g01_e.htm（最後點閱日期：2014 年 7 月 15 日）

³¹ 關於此案判決重要意義之初步分析，請參見：紀舜傑，R. v. Powley——Métis 原住民族權利之確認，收錄在施正鋒編，加拿大原住民權利保障，頁 174-178（2010 年 12 月）。

二、加拿大最高法院判決與 Powley Test

加拿大最高法院在本案判決中，除了提出 Métis 身份認定之判準外³²，另一項重要的見解即是正式承認 Métis 之文化特殊性，並認為必須對 Métis 社群擴大其憲法之保障，藉此提升 Métis 之族群發展。基於這樣的理念，聯邦最高法院對憲法第 35 條採取「目的性解釋」(purposive interpretation)，藉以跨越許多特別的障礙，進而在普通法及憲法體系承認 Métis 之原住民族權利³³。換言之，聯邦最高法院認為，Métis 社會具有其獨特性，從過去到現在，其社會的核心價值即在於分享的文化 (shared culture)，在 Métis 的習慣及傳統中，分享的文化成為 Métis 社會的特徵，而此特徵也使得 Métis 可以和其他族群有所區別³⁴。

由上開加拿大聯邦最高法院之判決理由可以得知，法院係基於闡述 Métis 文化特殊性與其他族群之不同，開展其對於 Métis 權利保護之論述。應特別說明的是，聯邦最高法院在 Powley 案之文化論述，係基於 *R. v. Van der Peet* 案件判決之基礎而來，聯邦最高法院在該案判決中認為，原住民必須證明其所踐行之活動、慣習或傳統，係在與歐洲人接觸之前，已屬於原住民整體社會獨特文化之一部分，此為憲法保障原住民權利之核心價值所在³⁵。然而，如果狹義地適用 *Van der Peet* 所建立之判準，對 Métis 之憲法上權利保護而言，無疑地將會產生排除效果，因為 Métis 是歐洲人與印地安人通婚後之後代，該族群所有的傳統習慣，皆是在與歐洲人接觸之後才逐漸發展而來。因此，聯邦最高法院如何將 *Van der Peet* 案所建立之判準適用在 Powley 案，即是值得探討之處³⁶。但最重要的觀點仍是聯邦最高法院在 Powley 案，所建立之 Métis 權利保護準則——Powley test³⁷。

聯邦最高法院認為，以 *Van der Peet test* 所定義之原住民（印地安人）權利為基礎，重新定義關於 Métis 權利保護之最適當方式，然這個修正準則，即被稱之為 Powley test，而此項判準可分為以下十個部分：

1. 權利之定性

就一個捕獲權 (harvesting right) 而言，“定性”一詞係指就其捕獲之最終用途，究竟是為了食用、交換或商業目的？最高法院表示，Métis 狩獵之對象與範圍，不限於北美麋而已，問題的重點在於：「為什麼 Powleys 會去狩獵？」。Métis 狩獵每一種類的野生動物或魚類，皆具有狩獵之權利。因此，狩獵權不是個別、特定地存在不同的狩獵對象。而在 Métis 社群之傳統狩獵領域內，狩獵權即是為了食用所需之一般權利。

2. 社群享有之歷史權利之確認

就具有歷史之 Métis 社群而言，他們是具有獨特集體特性的社群，且生活在同一個地理區域，並以相互共享的生活方式群聚在一起。依 Métis 社群的歷史確認下，他們必須是在歐洲人建立有效的政治和法律控制之前，即已存在於某一特定地理區域內。

³² 請參見：前揭註 24。

³³ Andrea Horton, Christine Mohr, *R. v. Powley: Dodging Van der Peet to Recognize Métis Rights*, 30 QUEEN'S L.J. 772, 776 (2005).

³⁴ *Powley*, supra note 24 at para. 33

³⁵ [1996] 2 S.C.R. 507, 137 D.L.R. (4th) 289 at paras. 45-47, 55-74. 關於此案判決及其後續相關案件之分析，請參見：雅柏魁詠·博伊哲努 (Yapasuyongu · Poiconu)，凡德皮三部曲——原住民族傳統習慣與原住民族權利，收錄在施正鋒編，加拿大原住民權利保障，頁 189-207 (2010 年 12 月)。

³⁶ See: Andrea Horton, Christine Mohr, *R. v. Powley: Dodging Van der Peet to Recognize Métis Rights*, 30 QUEEN'S L.J. 772, 792 (2005).

³⁷ 本文介紹之 Powley test，原文內容係取自安大略省 Métis Nation，請參見：

<http://www.metisnation.org/harvesting/the-powley-story/establishing-a-metis-right---the-powley-test> (最後點閱日期：2014 年 7 月 21 日)。

3. Métis 社群之確認

Métis 社群之確認，須就下列二個事項進行之。首先，社群必須自我認同為 Métis 社群。其次，必須有證據證明現代的 Métis 社群，係一個延續歷史 Métis 之社群。

4. 當前 Métis 社群成員關係之驗證

必須有一個客觀可驗證之程序，以確定社群成員與社群之關係。而這個程序，係指一個基於合理原則及可驗證的歷史事實。法院無法就各方面列出 Métis 的全面定義。但仍可透過下列三個要件之檢視，藉以瞭解何者可以享有 Métis 權利。Métis 權利擁有者之確認要件如下：自我認同、與 Métis 歷史上祖先具有關聯性以及社群之承認。然而，在 Métis 社群中不易確定的成員資格，並不意味著即無法擁有 Métis 族群之權利。

5. 相關時間之確認

為了確定某種行為，是否屬於歷史上原住民社群之慣習，法院將會確認何謂「相關時間」。理想情況下，實際時間區間之確定，係在歐洲人開始改變及影響之前。就印地安人而言，行為時間之界定，是在與歐洲人接觸前便已存在。但是，法院為了 Métis 社群，修正了原先的看法，因為 Métis 是在歐洲人到達之後才出現的原住民族。法院就這個適當的時間區間稱之為「接觸後，控制前」（post contact but pre-control）之驗證。法院並且表示，應著重在獨特的 Métis 社群出現後，以及歐洲人之法律及稅賦有效的控制及影響之前。

6. 該行為是否屬於請求人獨特文化的一部份

法院應探究的是，生存狩獵是否為 Métis 生活中重要的一部份，並且也是他們與土地間特殊關係的象徵。法院特別指出，特定物種之實用性，隨著時間的經過，並無相關性。因此，在本案中 Powley 父子雖是獵捕北美麋，但真正的問題是關於一般的狩獵權。法院認為，對於歷史悠久的 Sault Ste Marie Métis 社群而言，為了取得食物而狩獵，是界定他們與土地特殊關係的重要象徵。

7. 傳統慣習與現代權利之連續性

原住民生活之實踐，係隨著時間而演變及發展的。因此，就現代行為乃過去歷史之實踐部分，必須能提出證據加以支持。法院認為，Sault Ste Marie Métis 社群，已有足夠的證據證明，狩獵食物仍然是一個與社群不可分割的生活方式。

8. 權利之消滅

權利消滅原則同樣適用在 Métis 與其他原住民族。所謂權利消滅係指原住民族權利，已被加拿大政府排除。在 1982 年之前，可以透過憲法，立法或經由與政府原住民族協議之方式完成。在 Sault Ste Marie Metis 社群當中，並沒有任何證據證明，政府已透過上開任何方式，排除 Métis 之權利。而 Robinson Huron 條約中，亦未約定 Métis 原始權利消滅之內容，故，Métis 集體且明確地被排除在條約之外。另就 Métis 族群之個別成員而言，如果他的祖先與歷史上的 Métis 社群有關聯，即可主張 Métis 身份與權利，即使他們的祖先在過去，曾因條約而獲得利益。

9. 權利限制

沒有任何權利是絕對的，Métis 之權利與其他權利亦是如此。此仍表示，Métis 的權利可因不同原因而被限制。如果 Métis 權利已是被限制的情形，政府亦可透過訴訟之方式，證明此種限制之合法正當性。最高法院認為，政府未承認 Métis 之狩獵權以及其他取得自然資源之特殊權利，乃是對 Métis 狩獵權之限制。

10. 正當性之理由

加拿大政府可以主張環境、資源保育、健康和安全等理由，證明限制原住民權利之正當性。但是政府也必須證明有實際之危害存在，就此部分而言，並無證據顯示北美麋數量已遭受威脅。即使北美麋有生存之危機，最高法院亦表示，依據 *R. v. Sparrow Ontario's* 案所提出之判準，*Métis* 仍得享有優先分配權，藉以維持其生活所需。安大略省政府全面否定 *Métis* 為了食物而狩獵之權利，難以認為其係具有正當性。

Powley 案確實為 *Métis* 的權利保護，開啟了重要的里程碑！其意涵即在於透過司法判決，實踐憲法上之權利保障。但是，即便 *Powley* 案已為 *Métis* 的原住民地位及權利保障，立下了重要的典範。仍有學者認為，聯邦最高法院未能於本件判決中，清楚地表達憲法對於 *Métis* 之權利保障與其他原住民族相同，這樣的判決結果，仍有可能出現不同的原住民族之間，出現權利保障不一致與不公平的現象。而如何改變此一情形，則仍有待未來之努力³⁸。

肆、Hirse Korn 案之爭議

Powley 案之判決結果，雖然為 *Métis* 之權利保護帶來全新的開端。然而，最高法院既然提出具體之判斷準則，日後所有與 *Métis* 狩獵權有關之案例，判斷之重點必然在於如何證明符合 *Powley* 案之判斷準則。對於 *Métis* 而言，如何在具體個案的討論中，注入傳統文化的論述，將是無可迴避的議題。本文將以加拿大亞伯達省上訴法案，就 *Hirse Korn* 案所為之判決³⁹，分析司法機關對於 *Métis* 狩獵權之保護，是否維持 *Powley* 案之一貫見解。

一、Hirse Korn 案之案例事實

Garry Hirse Korn 是加拿大亞伯達省 *Métis* 族之成員，2007 年秋天，他在 Cypress Hills 西部邊界射殺了一頭北美長耳鹿（mule deer）。因為 Hirse Korn 是在非狩獵季節以及未經許可的情況下獵殺長耳鹿，違反亞伯達省「Wildlife Act」遭到起訴。Hirse Korn 主張他是 *Métis* 的後代，依據憲法之規定，他有權在亞伯達省南部及中部的曠野上，為了食物而狩獵。亞伯達省之「Wildlife Act」顯然不當地限制 Hirse Korn 憲法上的權利。

為了主張其憲法上之權利，Hirse Korn 必須證明其所屬的 *Métis* 社群已存在於亞伯達省南部，且 Hirse Korn 也是該社群之一員。但是，Hirse Korn 在一審審理程序未能獲得法院的支持，而其上訴至亞伯達省之皇座法庭（the Alberta Court of Queen's Bench）以及上訴法院（the Alberta Court of Appeal）均遭到駁回。而加拿大聯邦最高法院則拒絕審理此案。因此，亞伯達省上訴法院就該省 *Métis* 族群，在法律上權利所持之見解，即具有相當重要的意義。此外，Hirse Korn 案件之判決結果與 *Powley test* 之關聯為何？*Métis* 之狩獵權，是否因此受到限縮？都值得觀察與探討。

二、上訴法院判決

亞伯達省上訴法院審理 *Hirse Korn* 案之主要爭點，在於檢視本案是否符合聯邦最高法院於 *Powley* 案所提出之判準⁴⁰。如前所述，聯邦最高法院於 *Powley* 案中，不僅界定了憲法第 35 條第 2 項有關 *Métis* 之權利保障，並同時界定何人可以主張此項權利。而在本案中，上訴法院有關 *Powley test* 要件之判斷，包括以下四個：（一）上訴人主張狩獵權之適當界定；（二）在亞伯達

³⁸ Id. at 776.

³⁹ *R v Hirse Korn*, 2013 ABCA 242

⁴⁰ Id. para. 49.

省歷史上 Métis 社會之定義；(三) 在該區域內，建立有效的歐洲人控制之相關時間框架；(四) 妥適分析後，再予以評價上訴人所主張之權利，是否為 Métis 族群不可或缺之獨特文化，且先於歐洲人控制之前即已存在⁴¹。

應特別強調的是，上訴法院雖然論述了四個有關 Powley test 之要件，然而實際上之爭點均在「歷史背景」之探討。換言之，上訴法院判決之主要理由，乃係分析上訴人所屬的 Métis 社群，是否在「接觸後，控制前」(post contact but pre-control) 即已出現在其狩獵之地點？上訴法院審理之後認為，在 1870 年歐洲人建立有效控制之前，於 Cypress Hills 地區，並未出現真正的 Métis 族群；而在當時，亞伯達省南部亦非 Métis 的傳統領域。

值得注意的是，上訴法院採取了與 Powley test 些微不同的分析取向，而導出上開結論。在所謂歷史上 Métis 社群方面，上訴法院探討了其是否包括祖先土地或傳統狩獵領域？換言之，Métis 是否經常在這些區域內，進行傳統生活不可或缺之狩獵活動？上訴法院指出，以此論述做為開端，較諸「一致與經常性使用」的概念，更能掌握游牧民族的傳統以及其等對於領土的自然實踐⁴²。雖然上訴法院採取更為進步的分析取向，但是判決結果仍然認為，本案之證據仍無法證明在 Cypress Hills 區域內，在歐洲人有效控制之前即已建立 Métis 社群，當然亦無法證明 Métis 狩獵權之存在。

本案在亞伯達省上訴法院判決之後，Hirse Korn 請求加拿大聯邦最高法院准予上訴 (applications for Leave to appeal)。但是，在 2014 年 1 月 23 日遭到最高法院駁回，全案因此確定。

Métis 狩獵權之反思

Hirse Korn 因為獵捕北美長耳鹿遭到起訴，經一審判決有罪後，再經亞伯達省上訴法院駁回，而聯邦最高法院則拒絕同意 Hirse Korn 之上訴。對於 Métis 而言，至少具有下列意義：

首先，經過此案判決之後，可以確認的是，在亞伯達省的 Métis 社群以其該社群在憲法上之權利，並未藉由司法程序，而取得法律上之認可。換言之，亞伯達省上訴法院雖是以 Powley test 做為本案判決之基準，但是在事實認定的過程中，已明白否定 Hirse Korn 所屬之 Métis 社群，在歐洲人有效控制之前早已存在，而在亞伯達省南部及中部狩獵，亦非 Métis 社群歷史上不可或缺的文化。然而，該案判決結論並未及於亞伯達省北部，則居住在該處之 Métis 族群，自不受 Hirse Korn 案認定之影響，未來仍可依據 Powley 案所建立之判準，主張其狩獵權。

其次，上訴法院最後認定 Hirse Korn 所屬的 Métis 族群，在歐洲人有效控制之前，並未出現在 Cypress Hills 地區。法院雖引據許多文獻資料，但是，就 Métis 族群之存續發展等歷史過程，法院並未要求政府必須提出 Métis 之自我論述。申言之，族群的發展過程與族群的自我認同息息相關，建立族群自我意識，必須從「自我」與「外在」兩個面向加以觀察。以 Métis 權利保護為例，雖然憲法提供了外在的保護機制，但是 Métis 如何自我實踐憲法上所賦予的權利，也是法院應該考量之處。因為，當現行法律規範與原住民之法意識出現衝突時，必須透過原住民之傳統規範解法規之意義，才能達到尊重原住民傳統文化之目的⁴³。然而，在本案審理

⁴¹ *Id.* para. 51-70.

⁴² *Id.* para 95-97.

⁴³ *Supra* note 錯誤！尚未定義書籤。 , at 190.

過程中，上訴法院均未指出政府必須探詢亞伯達省 Métis 族群之相關意見，進而提出關於 Powley test 的舉證方向，誠屬可惜！

再者，Hirse Korn 案審理之重點，在於如何認定 Métis 的傳統領域，且該傳統領域是否為 Hirse Korn 所屬 Métis 族群，在歐洲人有效控制之前的狩獵場地。換言之，本案說明了 Métis 狩獵權雖然受到憲法之保障，但是，舉證證明「獵場」之正當性，才能主張行使狩獵權，而獵場正當性之判斷，則又回歸到文化生活之不可或缺性的探討。因此，從「文化財產權」之概念，論述「狩獵權」的本質，更能體現尊重原住民文化主體性之精神！

伍、 建構我國原住民族狩獵權——代結論

如何解釋、適用法律是落實法治的重要根本。法律人向來熟悉的法律解釋方法，是否足以因應導因於文化差異而起之紛爭，仍有討論之空間。尤其是當我們面對文化差異事務時，能否將法律之前，人人平等的概念，視為不變之真理，而僅藉由法條文義解釋，處理原住民傳統文化事務，著實令人存疑！因此，從尊重異質文化出發，透過「法律的文化解釋」（Cultural Interpretation of Law）⁴⁴解決文化差異所衍生的紛爭，或許可以為我們帶來解網之道。就此觀點而言，加拿大聯邦最高法院審理 Powley 案件時，即是由原住民文化之觀點出發，闡述 Métis 狩獵權之內涵，提出具有實踐及操作意義之判準，而在 Hirse Korn 案件時，法院即可明確分析 Powley 所提出之準則，對於原住民權利保護而言，具有相當之可預測性。此種作法，實可提供我國關於原住民狩獵權未來發展之參考。

首先，我國最高法院於原住民持槍案之理由論述，雖係以憲法增修條文第 10 條第 11 項及原住民族基本法第 10 條、第 19 條及第 30 條等規定出發，闡述內政部 87 年 6 月 2 日（87）台內警字第 8770116 號函就「自製之獵槍」所為之定義，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。然確未從文化解釋之觀點，提出更為具體的檢視標準，誠屬可惜。換言之，最高法院雖表明法院不受行政機關解釋之拘束，但觀諸內政部以 103 年 6 月 10 日台內警字第 10308714563 令，修正「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」第 2 條、第 11 條及第 15 條條文內容，仍係增加法律所無之限制。即便將來法院仍認為不受上開辦法拘束，但是原住民在狩獵過程中，仍舊陷於違反法律的風險之中。因此，最高法院應嘗試提出如同 Powley test 一樣的判準，或許才能真正解決原住民狩獵權與槍枝管制之間的衝突。

其次，主管機關似乎未從「狩獵工具」與「狩獵文化」的觀點，進一步思考如何管制原住民獵人所使用的獵槍。而從歷史發展的過程觀察，隨著技術的進步，原住民的狩獵工具當然也會有所不同，但是狩獵文化的核心價值仍舊不變。以布農族為例，該族群之狩獵工具即是由弓箭到獵槍，而在使用弓箭的時代，獵人使用的每一支弓箭，都記載著該獵人捕獲的功績，當獵人取出弓箭時，旁人即可清楚看出他的狩獵能力，所以弓箭是不借給他人使用的⁴⁵。而到了前 2、3 世紀，布農族人開始接觸獵槍這種現代狩獵工具之後，族人仍舊可以結合傳統知識製造火藥⁴⁶。更特別的是，獵槍的使用仍有其禁忌，例如：泰雅族獵人狩獵時，是禁止使用出草所使用的槍械，因為狩獵動物與戰爭殺敵是不同的行為⁴⁷。因此，管制原住民所使用的狩獵工具，

⁴⁴ See: Naomi Mezey, *Law As Culture*, 13 YALE J.L. & HUMAN. 35, 57-65 (2001).

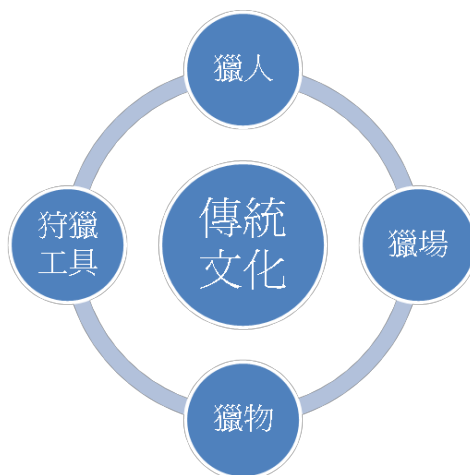
⁴⁵ 王建臺、姜穎，布農族的狩獵文化：歷史、空間與權力，頁 46（2012 年 11 月）。

⁴⁶ 上揭註，頁 48-49。

⁴⁷ 高砂族調查書：蕃社概況，臺灣總督府警務局理蕃課原著，中央研究院民族學研究所編譯，頁 614（2011 年 12 月）。

不應僅從「槍彈構造」的角度思考，而應探究狩獵工具對於原住民獵人而言，究竟代表什麼樣的文化意義。也唯有如此，才能提出符合憲法及原住民族基本法規範精神之狩獵權保護要件。

再者，如下圖所示，狩獵活動是由「獵人」、「獵場」、「獵物」與「狩獵工具」等四個要素所組成⁴⁸。



對應於國家法制，上述四個要素雖然分別指涉了「原住民身分」、「傳統領域」、「野生動物保護」與「槍砲彈藥刀械管制」等不同法律議題。然而，探討個別法律議題時，都應該從原住民傳統慣習及文化的角度觀察，才不至於落入「見樹不見林」的謬誤。加拿大聯邦最高法院在 **Powley** 案所提出的十個判準，歸納而言，亦係就獵人（*Métis*）、獵場（是否為 *Métis* 族群之傳統狩獵場域）、獵物（是否為法律保護之野生動物）等要素進行討論⁴⁹，換言之，此十個判準乃係以「獵人、獵場、獵物」為基礎，並以「文化」為論述之核心之後，再予以提出。又 **Powley test** 雖未論及狩獵工具之管制，而與我國之情形相異，然對於狩獵權之核心議題——傳統文化——之探討，則無不同。建立類似 **Powley test** 之判斷準則，自可為我國之借鏡。

因此，本文認為，建構我國原住民族狩獵權之方向，需相對應於我國國家法制規範之內容，而從上開四個要素出發，且以文化為核心，進而提出相關判斷準則，使其成為具有文化性質之狩獵權，並具調和「依傳統文化」與「依法」衝突之功能，落實尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀之憲法規範意旨。

應強調的是，如何具體落實本文所提出之理論建議，必須以不同的族群為中心，進行相關之實證研究，才能精確提出符合各族群文化之狩獵權內容。以布農族之狩獵文化為例，狩獵行為不僅僅是為了生計，更是「一套細緻的社會規範、角色期待、實踐策略與方式，從獵人品格、狩獵方式到傳說故事，均能反映出布農族人的文化觀點。⁵⁰」，然此部分並非本文論述之範圍，仍有待進一步之研究。

⁴⁸ 此「關係圖」為本文作者所提出之初步構想，其目的乃嘗試以原住民傳統文化為核心，理解狩獵權之四個要素：獵人、獵場、獵物及狩獵工具，進而建立具有文化意涵之狩獵權。

⁴⁹ 然與我國不同的是，加拿大聯邦法院對於 *Métis* 所使用之狩獵工具並未加以討論。換言之，一旦肯認原住民之狩獵權，是否仍應在狩獵工具上進行過多之管制，實有疑問！

⁵⁰ 王建臺、姜穎，前揭註 45，頁 43。

最後應特別說明的是，文化本來就是「在地的生活」⁵¹，探究我國原住民文化內涵，才是正確理解原住民法律議題的基底，否則，一味移植外國經驗，恐怕只會落入另一個法律繼受的困惑！讓我們一起「走入部落，擁抱文化」吧！

⁵¹ 為了瞭解阿美族太巴塑部落目前之狩獵現況，作者跟隨獵人的腳步，依據老人家的經驗，進入山林狩獵，其觀察發現：「……除了狩獵器具的製作技術外，以及因為交通便利而改變的獵場區域外，部落的狩獵文化並沒有許多的改變。」。由此可知，瞭解原住民之在地生活，才是理解其文化的正確方式。請參見：吳代·谷木·母那烈，「狩獵，非去不可？」——阿美族太巴塑部落的傳統、儀式與文化，台灣原住民研究季刊，第1卷，第4期，頁36（2008年冬季號）。

主題四：

外國原住民狩獵權實務討論、評釋

【會議實錄】

主持人：原住民族委員會雅柏魁詠・博伊哲努副處長

各位大家早安，昨天經過一整天非常精彩的討論，經過一個晚上的沉澱，今天應該會有更精彩的對話和表達。今天第一場次的主題是「外國原住民狩獵權實務討論、評釋」。我個人認為由我來主持是非常適當的，因為記得有一次我到嘉義地檢署開會，我在臉書上打卡，結果大家的反應都是我是不是打獵被抓到地檢署應訊。今天我們這個場次有兩位發表人和兩位與談人，第一位發表人是太魯閣族輔大法律系鄭川如政助理教授，他的與談人是國立東華大學自然資源與環境學系的戴興盛副教授。第二位發表人是台中高等法院的林三元林法官，他的與談人是泰雅族的馬潤明馬律師，林法官好像也在泰雅族部落待很久。接下來的時間就交給鄭川如助理教授。

與談人：國立東華大學自然資源與環境學系戴興盛副教授

主持人，與會的各位來賓大家早安，我是戴興盛。首先我要非常感謝而且肯定鄭老師他在今天的論文裡面提出的幾個非常重要論點。第一個是他從兩人權公約這個角度提出原住民族的漁業權以及狩獵權，這點提醒我們在關注國內議題的同時，其實在整個國際法上有一個更堅強的制度性基礎，這個基礎其實是可以讓我們在討論國內問題時能夠有堅強的基礎做為討論，而且這個基礎在國內是很少有人知道的。在這一點上，我們必須特別感謝鄭老師。

第二點是鄭老師在這中間有一些很詳細很細緻的案例討論，而這些案例的討論也告訴我們在討論到涉及漁業權和狩獵權的特定個案時，這中間會涉及到正反雙方，從文化、民族、社會經濟和環境保育等等各種角度出發的論點，這些論點在真正涉及個案細節時會非常複雜，而這樣複雜的程度提醒我們在討論原住民族權益和環境保護的議題時，我們必須要從很廣泛的角度看問題。

但問題是我們要如何從廣泛的觀點來進行細緻的討論，這就涉及鄭老師在論文中提到的另外兩個重點，第一個重點就是他提出參與權的問題，在這五個案例裡面的這幾個國家他們其實都已經有相對廣泛的參與權，但回到我們國內的話，這部分幾乎是幾近空白，我只能這樣子評論。國內的原住民族不被授予實質的參與權，以至於無論是涉及到他們自己的問題或是設籍到環境保護以及社會經濟發展的議題時，他們幾乎沒有發言權。我說幾乎並不是說百分之百沒有，但是那個發言權是很少而且經常是虛假的。這造成接下來一些很嚴重的問題，例如當我們在呼籲參與權的時候，大家經常講我們要等自治法通過我們才能細緻化原基法所賦予的一些內涵，這是政府機關常常拿來的推辭、論點。這個論點無限期的把原住民族的集體協商權無限期的往後推，但是講到這一點時，我個人要特別提出我自己的一些觀點，我和東華大學的同事在一篇論文中提出一個想法，這個想法是國內在推自治法基於很多政治上的原因遙遙無期，我們認為不能讓原住民族的集

體協商權無限期的拖延下去，所以我們認為可以參考加拿大的案例，考慮將自治法從實體法內涵轉變為程序法的內涵。也就是我們先不要討論到太多實質內涵的東西，而是我們建立一個協商的程序，然後授權各民族他們有權和政府機關及其他廣泛的民族來協商他們的權利，包括漁業權和狩獵權。這樣子的集體協商權，我認為是可以解決現階段自治法目前卡在國內社會政治經濟結構的困境中。除此之外，我們也認為在行政命令的階層，政府機關應該要更積極的進行各種實驗，因為沒有實驗我們根本無從知道不同的構想會帶來甚麼不同的結果。

跟集體協商權有關的是鄭老師在論文中另一個很重要的貢獻，在文章結尾處鄭老師提及，我國在提交給國際人權專家的報告書當中對於原住民族的漁業權和狩獵權還是限縮在非營利行為或是傳統文化祭儀為限，關於這點尤其是非營利行為這部分，我個人這些年也有一些想法，來和與會的各位貴賓一起來思考。國內一直有一個想法，尤其是行政機關，認為原住民族如果要利用自然資源，只能侷限在非營利的行為，但我個人認為這個想法，不管是國家體制或是社會大眾，一個嚴重僵化且缺乏系統性思考的一種想法，這樣的想法把所有討論的焦點專注在特定的物種或是特定的保育區內，而不去思考整個大脈絡，尤其是從全球，至少是國家整個發展或環境保育的大脈絡下思考問題。我舉幾個例子，就以山美達那伊谷來講，那邊的部落族人花了很多心力封溪護魚，如果我們把他的權利主張定義為非營利行為，這意味著部落過去曾經經營的達賴伊谷自然公園等等這些行為，在法律上是不被允許的，那我們要問大家花了這麼多時間精力做這些是所謂何來？難道是吃飽是沒事幹整天巡山、護溪、保護野生動物嗎？在今天的時代脈絡中，原住民族一樣要繳健保費、水電費、學費，他一樣要用現金來過活，這個情況下，目前的保育思維是全面的封山，幾乎不允許任何永續利用的行為，在這個情況下我們要讓原住民族如何走下去。

從學術研究的角度來講，這些年大家已經很清楚的知道中央集權的國家體制且消滅原住民族的傳統制度，這樣的做法對於保育來講經常是有害的，更不用講他經常嚴重侵害原住民的權益，這部分我必須說很可惜的是國內不論是社會大眾或是政府機關，在這一方面的認知非常淺薄，以至於他們認為只要把山整個封起來，甚麼事都不動，都不做，就可以把自然保育做好，就可以原住民族的傳統文化繼續保存下去。我必須說這從國際中已得到的實證經驗來看，這樣的想法完全是沒有實證基礎的。我們這邊也呼應鄭老師的論文，必須說我們的行政機關以及社會大眾必須重根改變想法，這個想法或許可以從鄭老師的論文內容開始進行實際的制度架構，關於參與的部分、關於如何從非營利行為轉變到營利行為，當然這麼營利行為必須是在集體協商的架構下形成，那這個部分在法律制度上如何進行，我想要特別就教於在座很多法律的專家才有辦法，謝謝各位。

主持人：原住民族委員會雅柏魁詠・博伊哲努副處長

謝謝戴副教授的與談，接下來我們請林三元法官進行第二篇論文的發表。

與談人：馬潤明律師

主持人、鄭老師、林法官和戴老師，以及與會的各位先進，大家早。剛剛我聽小姐敲鈴敲得好快，我想說這幾分鐘怎麼夠，八分鐘要讚美林法官的文章鉅細靡遺都來不及。

林法官的文章把很多點都點到了，包括狩獵權的看法、定義，也說到最高法院去年的判決，那個判決也就是推翻了內政部警政署的函釋，我們可以看到我們族人的環境是多麼嚴峻，原基法及原住民權利宣言上面有這些權利，可是行政機關都是跟不上，要用法院判決來修正他，而且法

院也是跟在法律後面，所以不知道林法官甚麼時候要到最高法院？我是覺得目前要靠司法實務者來修正行政機關的不友善或是歧視。我自己也有狩獵經驗二十多年，當年就是犯罪集團的幫兇，當然因為技術不夠好所以只從事比較低階的搬運、把風，所已看過很多獵物和陷阱，所以我來講這個應該是很恰當的。因為我參與過。以現在一些法律來看，應該已經觸法。

當然就是說像我表弟，他們幾乎每年都會去打獵，但打獵時間是十月到三月在尖石，因為三月到十月是繁衍期，我們不要去破壞環境，除了有客人來，很急才會去打一隻來吃，可以想像的包括保育類都有。我必須說這種原住民族私底下都會做的事情，相關法律卻跟不上，這代表法律有問題，如果我們現在告訴三百年前的祖先，我們討論狩獵權，這個東西我們不能打，他會說神經病在自己的土地上有甚麼不可以打。可是現在不一樣了，現在我們發現很多與原住民生活相扞格的地方，這需要我們大家一起來努力。我覺得這是一個經驗問題，我們必須要正視。當然法律在，只是我們對於這樣的看法是否可以修正，而回到法律規範上面，包括一些人權法律。這是第一個。

第二個是剛剛林法官有提到，他說看狩獵權，我也同意。看狩獵權我認為不能只用狩獵權的看法，我認為他牽涉很廣，尤其就人權的定義。就是狩獵權這個東西，林法官剛剛說是文化習慣，我覺得這個角度非常好，但我個人角度是應該要拉高，對於狩獵權來講，對於原住民族這不單只是文化，他還是發展、生存和環境權利底下，我覺得更有可能是個民族自決權。從這個眼光來看，如果不能去了解為何原住民族有一個基本的民族自決權時，你無法了解為何原住民族有狩獵權存在。當然剛剛鄭老師有提到，他是一個相對的。憲法第二十三條也有規範到相對的權利國家在一些情況下可以加以限制，但是因為原住民族特別生活習慣之不同，以及原基法上包括第四條原住民族自決權一直到第十九、二十、二十一，以及第二十九條要訂定專章，這樣的規範來看，我覺得即使要限制，這樣的限制也必須要符合比例原則，要符合原住民的生活習慣。從以前到現在我們從來沒有去管、限制，現在有哪些動物已經要滅絕了，我要說的是我們族人自然有一種管理的機制，基本上小的不會打，有時候槍會放在工寮，現在警政署的函釋說槍必須放在密不通風的鐵櫃裡面，管太多了。我們原住民自然有管制的機制。所以回到一個最上位的觀念，就是你要尊重原住民自覺的權利。

再來是說，我們講到狩獵權、民族自決權以及人權。其實剛剛林法官提到，為何要定義狩獵權，其實我覺得當一個民族的權利是被剝奪的，被限制的，我們才會講這個權利，代表我們族人正在被壓迫，所以我們才講原住民族有狩獵權。狩獵權對原住民來講就跟走路、呼吸、喝水一樣簡單。當然你要限制必須比較嚴謹，狩獵權的定義上面是不是符合我們現在人權法的觀念，人權法上的人權是指一種基本且不可剝奪的，所以我剛剛講，如果從這麼角度上來看，我們說的狩獵權會比較實際一點。

剛剛林法官講到加拿大的案件，其實鄭老師也提到一些申訴制度，那我這邊是要分享一些延伸，當然剛剛鄭老師提的非常清楚，我這邊也聽到一點，像聯合國有一些監督機制，是根據憲章和條約的監督機制，必須用盡國內的救濟程序，必須是在國內起訴了，告了，才能到那邊去。當然有歐洲人權法院、美洲人權法院，林法官提到的加拿大 Métis 這個民族可以到那邊申訴，申訴管道最後沒有法律上確定力，但大部份的國家都會遵守。林法官剛剛有提到我們不是會員國，但是聯合國有在南非成立一個人權工作調查處，以前在調查南非的種族的民族自決。兩公約第一條也提到我們民族自決的權利，包括環境權、發展權，而發展權是生命權的必然結果，各民族因內

在的權利，包括狩獵權，狩獵權是族人發展權的內涵，他對於經濟的財富你不能剝奪，這是發展權，發展權既然是一個民族自決的內涵之一，通常是要承認這樣的內涵。

最後，我覺得人權保障差太多，法律已經落後了，剛剛林法官和戴老師也講到，原基法第十九條加個非營利，這個權利本來就是我們的，第二十條承認自然資源和土地利用權利，為什麼第十九條就要做這樣的限制？要基於營利？我覺得這是不對的。再來是自治法已經落後太多了，而且包括警政署或是內政部林務局這些行政機關，在我們討論開會時都是不友善的，所以我可以想像為何原基法有些地方怪怪的就是因為這是協商後的結果，既然行政機關不友善，法律落後，最後我們希望司法的實務判決包括林法官你能夠有機會拿起法律良知做出符合法律規定的判決。最後族人要團結，因為司法還是落後的，族人如果不團結話，你看看太陽花學運很多法律人馬上過來，我不是說要去攻占甚麼的，我是說族人首先要團結，如果我們這些都跟不上的話，有可能會從事一些運動，但最好是不要，最好是希望我們大家環境趕快弄起來，謝謝大家。

主持人：原住民族委員會雅柏魁詠・博伊哲努副處長

剩下的時間徵求兩位提問人，有請太魯閣族的黃長興長老。

提問人：黃長興先生

主席、在上面的幾位學者，我是來自秀林鄉的太魯閣族人，現在是基本法的推行委員，這個工作從吳敦義院長上來到現在，一直沒有中斷。所以我對基本法的看法和馬律師一樣，是根本不被重視。一句話，今天的台灣政府根本不認識也不知道甚麼是臺灣的原住民族，根本不把我們當人看。

今天我在具體提供兩個資訊，我跟戴教授這幾年來從事獵場的研究，可能有兩個問題。在前幾年制定狩獵法之後，我也曾經說過，很多人認為臺灣的動物都被原住民族狩獵慢慢的消失，第二個是獵場在哪？獵場都是國家的土地哪來的獵場。從九十三年到現在我已經進行了十多年傳統領域的調查，包括太魯閣族、布農族、賽德克族，東台灣幾乎走遍，現在手中帶出來的資料，這三個族群我所發現在山區的部落、據點一共有三百二十六個，這都是有歷史性，數據也不是隨便建立出來的。我兩度這邊。從五十六年到現在，我都有相當充實的資料。我在中研院兩度說明的結果都被承認。

所以我答覆兩件事，今天動物因為狩獵而都沒有了，這是胡說八道，你可以問問山下的農作物被破壞到甚麼程度。第二個我們問獵場在哪？獵場就是我們的傳統領域，幾乎都是我們十六個族的傳統領域，如果有十六個族都有像黃長興這樣的人去查的話，中央山脈的地沒有一片是國家的，都是原住民族的。我有相當完整的記錄，有一個部落可以作為標準，就是頭門部落的獵場。他傳統領域在哪裡？這個戴教授有做過調查。第二個是太魯閣國家公園裡面，我們太魯閣族的獵場以及生活領域在哪裡，我都有完整記錄，都是透過 google 這種輪番作業的展示可以做成完整的說明，很多歷史真相，很多現在事實，我都非常完整，我還在進行太魯閣族在山下固守三百年部落的歷史，所以我特別在這裡告訴沒有去過山區的人，一個是獵場在哪裡？一個是動物在哪裡？這個都是沒有好辯論的，只要把傳統領域的歷史真相全部拿出來，我可以斷然說這些東西通通都有，我跟戴教授幾乎是一樣，用獵人精神的手段，有時候找一個部落要找兩天，但是一定要找到。甚麼叫做獵人精神，我到下午最後一場時會說，不耽誤大家的時間。

提問人：

謝謝處長，請問林法官，在您談到加拿大兩個案例是否當中有天賦人權意涵在裡面。還有昨天我有提到但是我們台東的原住民族朋友好像忽略掉，第二個問題，如過這些狩獵所謂的 RTH 在我們原住民族朋友是否可以用原生態，除了賴以生活，賴以維繫傳統，是否有原生態這個部分？謝謝。

發表人：臺灣高等法院台中分院林三元法官

這應該不是我可以回答的問題，關於原生態或是說天職說，若是根據加拿大的這兩個案例，其實是法院根據加拿大憲法的精神，把 Métis 的狩獵權判斷標準列的更清楚。但他的論述內容其實都是圍繞著尊重原住民族文化，但是文化如何界定，譬如他提到一點文化活動必須是在接觸後控制前，在與歐洲人接觸之後，在被歐洲人有效控制之前，就有踐行這樣的慣習，這樣法律就會加以保護。至於這樣是否就是天職說，有別於天賦人權，這部分在加拿大的法院是沒有談到的，所以我個人對於這個部分也沒有特別研究了解，所以可能無法針對你這個部分做比較詳細的說明。謝謝。

主持人：原住民族委員會雅柏魁詠・博伊哲努副處長

因時間的關係，我們這個場次就到此結束。我想這兩篇文章，一篇是從國際法的角度，一篇是從加拿大兩個判決是探討原住民狩獵權，我想這兩篇都是國內相當新的概念，可以做為未來思考問題的參考，謝謝大家，這個場次到這邊結束。

主題五：

立法疏漏 VS. 法律解釋 I／

槍砲彈藥刀械管制條例：子彈

主持人：王瑞盈副處長（原住民族委員會）

➤ 原住民的子彈有兩種？—評最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決中的傍論

發表人：張道周法官（臺灣嘉義地方法院）

與談人：李佳玟（國立成功大學法律學系）

➤ 原住民自製獵槍許可與管理法制之研究-以自製獵槍使用之子彈為視角

發表人：曾正一主任（中央警察大學公共安全學系）

與談人：錢建榮法官（臺灣桃園地方法院）



原住民的子彈有幾種？——評最高法院 102 年度台上字

第 5093 號判決中關於子彈的傍論*

張道周**

臺灣嘉義地方法院法官

摘要

最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決是一個畫時代的判決，終審機關對於槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條所稱的自製獵槍是否僅限於前膛裝填火藥與填充物的槍枝，終於給了明確的答案，法院明白表示可以免責的自製獵槍不限於行政機關所一再堅持的前膛槍，案例中的後膛槍也屬於自製獵槍。不過，令人意外的是，該上訴案件的事實與爭點僅是「原住民被告所製造的那把裝填『喜得釘』的土造長槍是否為自製獵槍」，尚不及於子彈，但最高法院卻神來一筆地指出：「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 20 條第 1 項規定之『隱藏性』要件，此乃法律條文與法規體系之當然解釋。」最高法院特別加上這一小段脫逸事實與爭點的抽象法律意見究竟想要解決什麼問題？本文認為，最高法院應是體察到下級審法院間就子彈有無槍砲條例第 20 條第 1 項免責規定適用的問題發生歧異，這樣的歧異又因子彈的罪名通常無法上訴到最高法院而一直未能統一，因此熱心地以傍論的方式說明終審法院的立場，試圖為爭議畫上休止符。最高法院的積極做法誠然令人耳目一新，不過，在判決中提出一個欠缺案例事實與爭點，且寥寥數語的抽象法律意見，在我國科層的司法文化中，形同於造法，反映了著最高法院向來只給下級審答案，卻不問論理、討論及對話的作法。又其參照「原住民自製獵槍」免責規定，提出「原住民自製子彈」亦在免責之列，雖似符合常識，實質上卻是未探究槍枝與子彈在本質上有無區別的機械式做法；未能針對過往爭議案例皆集中在「非制式子彈」，而非「自製」這一點，特以說明之；其間看不出有何文化論述的基礎；就子彈免責範圍之大小未提出政策性思考方向。解釋的路徑與內容均有缺憾之處，能否就此平息爭議，殊值懷疑。

* 本文係供研討會發表使用，會後必有意見修正與資料補充之需，請暫勿引用。

** 臺灣嘉義地方法院法官，美國西雅圖華盛頓大學法學博士。

槍枝不殺人，只有子彈才會。

*Guns don't kill people, but bullets do.*¹

1 前言

槍枝與子彈在使用上缺一不可（除非以槍枝的槍托或刺刀部位作為攻擊使用），不過，在槍枝與彈藥管制法律的體例中，槍枝一直都是主要對象，子彈則屬次要，本文則是將焦點放在向來的配角上。

本文旨在探討槍砲彈藥刀械管制條例（下稱槍砲條例）第 20 條第 1 項原住民族製造、運輸或持有自製獵槍的免責規定，其適用範圍是否及於「子彈」？答案如果是肯定的，是否限定於特定款式或類別的子彈才有免責規定的適用？最高法院 2013 年 12 月 17 日 102 年度台上字第 5093 號判決中試圖解答這個問題，認為：「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 20 條第 1 項規定之『隱藏性』要件，此乃法律條文與法規體系之當然解釋。」。最高法院認為「自製子彈」有槍砲條例第 20 條第 1 項免責規定的適用，如此的解釋是在回應什麼問題？解釋方法與內容是否妥適？是否能夠解決問題？

本文追溯並分析下級審法院就此爭議的歧異，認為最高法院的用意在於統一下級審分歧的法律見解，不過，最高法院卻是利用一個欠缺案例事實及爭點的場合來提出抽象的法律意見。在我國科層司法文化下，最高法院的意見縱使不是針對爭點而發，充其量只是傍論，仍會對下級審產生實質的拘束力，只不過，憑空出現抽象法律見解的解釋方法顯然踰越司法權的分際，也偏離了近年來最高法院打算改革以抽象法律意見為核心的判例與決議制度。又最高法院的法律意見使用「自製」一語，未多加解釋，亦欠缺政策性的說明與考量，「自製子彈」究竟為何仍屬不明，而且，由於把重點擺在「自製」，而不是「狩獵」，隱約投射出主流族群懼怕野蠻民族又鄰恤落後民族，因而施以小小恩惠的心理，不脫主流族群描繪他者原住民族的思考。在解釋方法與內容均可議論之下，見解的深度與說服力尚嫌不足，該項爭議仍有再次浮現的可能。

2 問題的提出

主流族群認為原住民族使用槍枝及子彈是一種威脅，亦即，原住民族一旦擁有具有威力的武器，將會對於主流族群的社會秩序及安全造成危險。²這個想法反映在法律制度上，於是，法律上對於原住民族使用槍枝子彈的管制，都是以壓抑或抑制（discourage）作為原則，迫不得已時才略開個小門，只有在有致威脅到主流族群的範圍內，原住民族才有使用槍彈的空間。近年來原住民族權利保護意識的高漲，多元文化價值受到肯認與重視，以使用槍彈作為前提要件的原住

¹ Christopher Simser, *Biting the Bullet*, NAT'L REV., March 13, 1987 at 30 (quoting comedian Pat Paulsen), cited in Scott D. Dailard, *The Role of Ammunition in a Balanced Program of Gun Control: A Critique of the Moynihan Bullet Bills*, 20 J. LEGIS. 19 (1994).

² 漢人認為原住民族持有獵槍是一種威脅，這種心態可以從下面這篇報導一覽無疑：「警方指出，原住民使用的傳統獵槍，幾乎都屬於『前膛炸』的擊發方式，這種擊發原理是以槍膛外敲擊底火，底火則以運動會訊號槍的火藥薄片充當即可，槍膛內部裝進黑色火藥，再從槍管內放入散彈，底火爆炸引燃槍膛內部的黑色火藥，再推出散彈，散彈沒有彈殼，使用小鋼珠、鉛塊或是八號鐵絲線段組成的硬物。...警方說，目前有部分原住民獵槍已經研發至『後膛炸』，這種以撞針撞擊獨立彈殼底火，觸發彈殼內填裝火藥及散彈的擊發方式，被認為殺傷力較『前膛炸』要大，而且填裝快速。...警方說，目前生活習慣特殊國民自衛槍枝管理辦法、自衛槍枝管理條例等法令，尚未明文規定自衛槍枝的擊發方式，在原住民獵槍有增多趨勢的情況下，不免令人憂心。」。請參考：楊宜中，年輕莫那魯道獵槍屬前膛炸，自由時報，2011 年 9 月 26 日，社會新聞版。<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/sep/26/today-so3-2.htm> (last visited Aug. 8, 2014).

民族狩獵文化開始動搖主流社會的法律價值觀念。在這個價值觀念變動的時代，不同觀點的矛盾、衝突或對立，使得法院體系就原住民族使用槍彈的刑事責任問題產生了見解不一的狀況，而問題的焦點集中於：槍砲條例第 20 條第 1 項原住民製造、運輸或持有自製獵槍的免責規定中，自製獵槍的定義是什麼？法院是否受到主管行政機關為了管制槍枝目的所發布的行政命令或規則的拘束？

主管行政機關（即內政部）向來對於原住民族使用槍彈，都是以治安的考量為出發，儘量限縮自製獵槍的範圍。行政機關長久以來的看法都認為，原住民族的自製獵槍只限於構造原始且從槍口裝填火藥及填充物（彈丸或玻璃片）的前膛槍枝，而不包括在歷史上較晚期出現、功能較為強大、可以從槍機裝填子彈擊發的後膛槍枝。在行政機關的看法中，槍枝如果可以擊發具有彈殼內裝有彈頭、火藥與底火的「子彈」，一概不得稱作是自製獵槍，如有使用，即等同一般人的非法使用，應以嚴刑重罰伺候，以免破壞社會治安。³行政機關的立場是一律禁止原住民使用「子彈」，使用子彈的情形一律不能依槍砲條例第 20 條第 1 項免責，應該論以非法製造或持有子彈的罪名。

對於子彈的問題，與行政機關見解一致的法官們，當然會否定子彈有槍砲條例第 20 條第 1 項免責規定適用的餘地。縱使是對於自製獵槍採取較為寬鬆定義的法官中間，也有分歧的看法，有的法官望文生義，認為槍砲條例第 20 條第 1 項只有提到「自製獵槍」，沒有隻字片語提及「子彈」二字，因此，原住民雖然在槍枝的部分（無論前膛或後膛）可以免責，但使用子彈的部分仍應問罪。不同見解則認為，第 20 條第 1 項的文字雖然沒有子彈二字，但有槍沒有彈，槍是毫無作用，允許使用自製獵槍就已經包含了允許子彈的意思，子彈應與自製獵槍併有免責規定的適用。

去年，負有統一法律見解之責的最高法院就屏東縣牡丹鄉排灣族原住民蔡先生涉嫌製造槍枝的 102 年度台上字第 5093 號案件進行言詞辯論，最後的判決認為，法院在認定槍枝是否屬於槍砲條例第 20 條第 1 項所稱的自製獵槍時，不受行政機關所發布行政命令的拘束，不管是前膛槍或後膛槍，都可以稱之為自製獵槍。但令人驚訝的是，最高法院在本案的後膛槍是否屬於自製獵槍的爭點外，也就子彈的部分提出法律見解，若依循上述下級審法院間不同看法的脈絡，最高法院應該是有意一統下級審法院間就「子彈」可否適用免責規定的歧異情形。

最高法院的判決認為「自製子彈」有槍砲條例第 20 條第 1 項免責規定的適用，其實，不過是呼應了一個常識：使用槍枝可以免責，但使用子彈不能免責，絕對是一件為德不卒的事情。因為，有槍無彈，槍枝只不過是一件裝飾品罷了。不過，對於什麼是自製子彈，最高法院並沒有進一步的定義或解釋，接下來本文嘗試從原住民使用子彈的過往刑事法律爭議，本案的事實與法律爭點，最高法院的解釋路徑與內容，槍砲禁止規定的體系等，來剖析最高法院關於「自製子彈」意見的射程範圍，並討論這樣的見解解決了什麼問題，是否還有懸而未決的問題。

³ 內政部 87 年 6 月 2 日台（87）內警字第 8770116 號函：「說明：一、自製獵槍：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射擊物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。二、射出物：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈。」。這個函釋的內容後來成為槍砲條例第 20 條第 3 項所授權之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條的內容。

3 最高法院判決前下級審裁判歧異：非制式子彈類型

目前司法實務有關原住民槍彈的爭議裁判，如果以所使用的射出物來區分，可分三個類型：(1)喜得釘類型；(2)制式子彈類型；(3)非制式子彈類型。喜得釘不能稱之為真正的子彈，此類型在司法實務上其實沒有爭議，有爭議的是具有彈頭、彈殼、底火及火藥等完整子彈結構的(2)與(3)類型。現分別說明如下。

3.1 喜得釘類型

喜得釘槍的原名為 Hilti gun，Hilti 是生產廠商的名字，最高法院在本案中所使用的名詞是「打釘槍」。喜得釘槍是以火藥作為動力的工具（powder-actuated tool），其利用火藥擊發的動力推動釘子，使釘子得以釘入堅硬物質，例如水泥或金屬。喜得釘槍的特徵在於使用火藥作為動力，用途為工業上接合使用，基於工業上的要求，必須精確控制火藥的用量，故使用具有彈殼、火藥與底火組合而成、但無彈頭的「喜得釘」⁴，因為沒有彈頭，也有稱之為工業用空包彈。喜得釘槍的技術是在二次大戰時所開發，原來是用在修復船隻的破損處。由於射速過高具有危險性，國外法律規範通常只允許低射速的喜得釘槍。喜得釘類似於空包彈（blank firearm cartridge），大多喜得釘是將正常子彈的彈頭移除並修改彈殼。因此，喜得釘的原理與子彈相同，都是以撞針（firing pin）撞擊底火（primer），引發彈殼內火藥爆炸，爆炸所釋放的壓縮氣體推動釘頭，使釘子朝向槍口加速前進。⁵

依照喜得釘的原理來看，喜得釘不具有彈頭，只有彈殼、火藥及底火，類似空包彈，並非結構完整的子彈。依槍砲條例第 4 條第 1 項第 2 款關於彈藥的定義：「二、彈藥：指前款各式槍砲所使用之砲彈、子彈及其他具有殺傷力或破壞性之各類炸彈、爆裂物。」，條文文義本身已限定子彈必須具有殺傷力，而目前司法實務見解，就子彈殺傷力有無的認定，除了具備彈頭、彈殼、火藥及底火的完整構造外，更要求「可以擊發」與「足夠的發射動能」。例如，最高法院 103 年度台非字第 210 號判決：「非制式金屬彈殼及直徑 9.0±0.5mm 金屬彈頭組合而成，經檢視，均不具底火及火藥，認均不具殺傷力。」，即是從結構完整與否來認定殺傷力的有無，無完整結構即無殺傷力。該判決亦認為，縱使結構完整「由金屬彈殼組合直徑 8.0±0.5mm 金屬彈頭而成」的非制式子彈，有因「採樣 2 顆試射，1 顆雖可擊發，惟發射動能不足」，亦有因「採樣一顆試射，無法擊發」，而均不具殺傷力，可見發射動能與能否擊發亦是殺傷力的要件。因之，喜得釘沒有彈頭，欠缺完整子彈結構，自然不具殺傷力，而不能稱之為槍砲條例所規範的子彈。臺灣高等法院花蓮分院 101 年度上訴字第 246 號刑事判決即持相同的看法：「本案查扣槍枝所用於擊發動能之席格丁，是一種工業用的底火，類似所謂的空包彈，含有彈殼及底火、火藥，既非管制之火藥，甚且係尋常使用之家庭五金器材之一。」（楷體與粗體為筆者自加，目的在強調與子彈有關，以下同）。最高法院 102 年度台上字第 3073 號刑事判決中更明確指出：「口徑 0.22 吋之打釘槍用空包彈，不具金屬彈頭，不具殺傷力。」

喜得釘本質上是空包彈，僅僅作為擊發槍枝之動能來源而已，與傳統火藥的差異在於喜得釘因具備彈殼，可以將爆炸後之動能控制在一定空間範圍內，安全性較高，並且在儲存時能夠隔

⁴ 一般判決中常見的喜得釘的尺寸為 0.27 英吋，約 6.85 公釐，介於常見制式子彈的 5.56 與 7.62 公釐之間。12 Gauge 霰彈則為 0.73 英吋，約 18.5 公釐。依尺寸而言，適用喜得釘的槍枝應是無法使用 12 Gauge 的霰彈。

⁵ 本段喜得釘的原理，參見：Power-actuated tool, Wikipedia, the free encyclopedia (last visited Jun. 6, 2014).

絕溼氣。⁶適用喜得釘的自製獵槍還有一個特點，就是能夠擊發一般口徑的子彈。由於喜得釘與完整結構子彈口徑相同或相近，擊發原理一致，能夠擊發喜得釘的自製獵槍也能夠擊發完整結構的真正子彈，這一點與原住民傳統的前膛獵槍大不相同，也正是主管行政機關遲不開放的原因。喜得釘既然不具有殺傷力，非槍砲條例所稱的子彈，使用喜得釘自然不會構成槍砲條例犯罪，此一類型其實並無法律爭議，沒有裁判歧異的問題。⁷

3.2 制式子彈類型

真正的「子彈」，也就是具有完整結構（含彈頭、彈殼、火藥及底火）、能夠擊發、具有足夠發射動能的「子彈」。司法實務上向來就子彈來源的不同，將子彈分為「制式子彈」與「非制式子彈」兩大類型。⁸制式子彈指的是，各國合法武器工廠，為殺敵、獵物、攻擊及防禦等目的所生產製造之子彈。⁹非制式子彈除了不是合法武器工廠所生產製造的子彈外，又依製造材料的不同，分為改造子彈與土造子彈。改造子彈指的是，就不具殺傷力之模型、玩具槍彈或彈殼加工改造成具有殺傷力之子彈。¹⁰土造子彈則指，自行以各種簡易五金加工機具（如鑽床、車床、銑床或砂輪機）製造之子彈。¹¹惟槍砲條例並無制式或非制式子彈的區別，槍砲條例關於子彈的定義條文為第 4 條第 1 項第 2 款：「指前款各式槍砲所使用之砲彈、子彈」，文義上並無區分。而關於子彈犯罪的構成要件，槍砲條例第 12 條規定：「未經許可，製造、販賣或運輸子彈者，處一年以上七年以下有期徒刑，併科新台幣五百萬元以下罰金。未經許可，轉讓、出租或出借子彈者，處六月以上五年以下有期徒刑，併科新台幣三百萬元以下罰金。意圖供自己或他人犯罪之用，而犯前二項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑，併科新台幣七百萬元以下罰金。未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列子彈者，處五年以下有期徒刑，併科新台幣三百萬元以下罰金。第

⁶ 臺灣臺東地方法院 101 年度重訴字第 5 號刑事判決：「然依經濟社會文化權利國際公約第 15 條規定：人人有權享受科學進步及其應用之惠，且證人即臺東縣警察局鑑識課警員楊水生於本院另案 101 年訴字第 166 號違反槍砲彈藥刀械管制條例案件審理中證稱：傳統的原住民獵槍是從槍管依序放置火藥、填充物、彈丸，底火的部分是以底火片，經擊錘撞擊底火片後引燃火藥、填充物將彈丸射出。因傳統的底火片容易受潮，造成無法射擊，加上從槍管填充的火藥也比較容易引爆，而對持槍的人不安全，所以現在原住民獵槍才改用工業用彈，工業用彈裡面會裝填火藥及底火，但沒有彈頭，取代原來的底火片及火藥，引燃就可以將槍管內的彈丸射出，安全性比較高，且因為火藥都集中在工業用彈殼裡面，比較集中，比較不容易受潮，所以擊發的能量也比較高等語。隨著原住民民族政治、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，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，一味地引用不合時宜之函令限制人民之權利。」

⁷ 先前的裁判爭議均集中在可發射喜得釘的「土造槍枝」乙點，而非針對喜得釘。請參考：葉天昱，尊重原住民傳統文化與維護治安疑慮間之矛盾，法律扶助第 42 期，2014 年 1 月，第 14 頁以下；蘇建榮，司法機關對使用工業用底火之原住民自製身獵槍之見解分析，法律扶助第 42 期，2014 年 1 月，第 17 頁以下。

⁸ 事實上槍砲條例並無制式與非制式的定義，此制式與非制式的定義可參考內政部 94 年 12 月 27 日內授警字第 0940101745 號函，該函係被臺灣高等法院 95 年度上訴字第 4633 號判決所引用。另參考臺灣高等法院 96 年度上訴字第 36 號判決。

⁹ 臺灣高等法院 94 年度上更一字第 116 號判決參照。

¹⁰ 臺灣高等法院 96 年度上訴字第 1696 號判決參照。又「改造子彈：改造自制式子彈、道具空包彈（96 上更一 857）、模型裝飾子彈（97 上訴 1270）或玩具子彈等。方式如：取彈殼，磨銅條為土造彈頭，拆工業用釘槍喜得釘取火藥、或鞭炮火藥（96 上訴 356）、或制式槍彈用發射火藥（93 上訴 3296、94 上訴 3269）裝填入彈殼，加裝底火（95 上訴 4264）、或以玩具子彈底火帽充當子彈之底火（96 上訴 1383）。改造自玩具槍子彈如：土造金屬彈頭、玩具金屬彈殼、底火連桿、導火孔座，工業火藥發射釘槍喜得釘底火片及火藥（96 上訴 3509）。」施俊堯、徐健民，槍彈殺傷力鑑定之司法審查，收錄於 2008 年鑑識科學研討會論文集，2008 年，第 447 頁。

¹¹ 臺灣高等法院 96 年度上訴字第 2499 號判決參照。又「土造子彈：自行製造子彈，銅條研磨成彈頭及彈殼外型。彈殼部分，以鑽臺固定銅條，夾銼刀，旋轉銅條，銼刀刮銅條，製造彈殼底座形狀，銅條中間鑽空（96 上訴 910）。工業用彈鑽孔取出火藥，將火藥倒入彈殼，子彈底部裝底火，使用瞬間膠黏上彈頭（96 上訴 4533）。以金屬彈頭、彈殼組裝並裝填底火片、火藥（96 上訴 3509）。」施俊堯、徐健民，槍彈殺傷力鑑定之司法審查，收錄於 2008 年鑑識科學研討會論文集，2008 年，第 447 頁。

一項至第三項之未遂犯罰之。」亦未區分制式與非制式子彈，換句話說，只要是子彈，無論制式或非制式，概屬槍砲條例第 12 條所列犯罪。¹²這一點明顯與槍枝犯罪不同，槍枝犯罪在法條結構上，無論定義性條文或犯罪構成要件條文，均就制式與非制式有所區分。¹³槍砲條例第 4 條第 1 項第 1 款規定：「槍砲：指火砲、肩射武器、機關槍、衝鋒槍、卡柄槍、自動步槍、普通步槍、馬槍、手槍、鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍、魚槍及其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲。」，在定義上已區分了「各式槍枝」與「非他可發射金屬或子彈具有殺傷力的槍枝」，犯罪處罰的類型也相對應有所不同，第 7 條是關於「威力較大制式槍枝」（機關槍、衝鋒槍、卡柄槍、自動步槍、普通步槍、馬槍、手槍）的處罰規定，第 8 條是「威力較小制式槍枝」與「非制式槍枝」的處罰規定（鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍枝），第 9 條是「魚槍」的處罰規定。

筆者查詢 98 年迄今的法院判決，就原住民涉及「土造長槍」與「制式子彈」的案件，法院在槍枝部分適用自製獵槍免責規定判決無罪，而且認定原住民使用的制式子彈適用於自製獵槍，但就制式子彈部分均為有罪判決。¹⁴例如，臺灣臺東地方法院 102 年度原重訴字第 6 號判決認定，「扣案之槍枝經送內政部警政署刑事警察局鑑定結果，認係土造長槍，由具擊發機構之木質槍身及土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，可供擊發口徑 12 GAUGE 制式散彈使用，認具殺傷力。」，仍就被告製造土造長槍部分適用免責規定判決無罪，但該原住民被告所持有 15 顆制式霰彈部分仍然構成犯罪。比較可惜的是，法院判決中並未論述「制式子彈為何沒有槍砲條例第 20 條第 1 項免責規定適用」的問題。¹⁵

另外，臺灣宜蘭地方法院 98 年度訴字第 38 號判決，法院就原住民持有制式 12 Gauge 霰彈部分判決有罪，但就可擊發該口徑的霰彈槍枝則不另為無罪之諭知，不過，該判決係以子彈（未區分制式或非制式）一概無免責規定適用作為前提。¹⁶

3.3 非制式子彈類型

在最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決前，關於原住民子彈案件的裁判歧異，集中在「非制式子彈」類型，爭議在於：非制式子彈犯罪是否有槍砲條例第 20 條第 1 條免責規定的適用。而且，非制式子彈類型的裁判都與自製獵槍有關，也就是說，非制式子彈的爭議，是伴隨著自製

¹² 「槍砲彈藥刀械管制條例對違法製造、持有槍彈者有重罰規定。對違法製造、持有不同種類槍枝之刑罰有差異。對於違法製造、持有不同種類子彈之刑罰則相同。」施俊堯、徐健民，槍彈殺傷力鑑定之司法審查，收錄於 2008 年鑑識科學研討會論文集，2008 年，第 445 頁。

¹³ 有論者指出，槍砲條例雖有獵槍名稱，但卻無定義可言。曾士哲，原住民自製獵槍應限槍枝之效能簡易者始可免責罰（二）——兼評最高法院 101 年度台上字第 1563 號、102 年度台上字第 5093 號判決，法務通訊，第 2696 期，2014 年，第 4 版註 8。

¹⁴ 子彈如果無法適用在自製獵槍上，邏輯上是不可能與自製獵槍一起使用，臺灣臺東地方法院 101 年度訴字第 158 號判決即在處理這個類型，該案中被告持有制式與土造子彈，口徑均為 12 gauge，但所持有且被認定是自製獵槍的土造長槍則是使用喜得釘，法院針對槍枝的部分認為有免責規定適用，子彈部分則予論罪科刑。

¹⁵ 該案判決後，檢察官就槍枝部分不服提出上訴，但被告就子彈部分未提出上訴，上訴部分經臺灣高等法院花蓮分院 103 年度訴字第 31 號判決駁回上訴。相同的見解，見臺灣嘉義地方法院 98 年度訴字第 963 號（被告鄭○○製造土造長槍部分未據起訴，法院認定被告所持有制式霰彈係為打獵目的使用且用於所製造之土造長槍，持有制式霰彈部分判處有期徒刑 4 月，併科罰金 1 萬元，未據上訴而確定），惟亦未討論制式子彈有無免責規定適用的問題。

¹⁶ 該案未經當事人上訴而告確定。「按被告持有槍枝部分雖適用槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條之規定而不以刑罰處罰（詳如後述），惟子彈並不適用該條除罪之規定。...被告自 97 年 1 月間持有上開槍枝之事實，業據被告坦承不諱。其所持有之土造長槍 1 把經送鑑定結果，認係由具擊發機構之木質槍身及土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，可供擊發口徑 12 GAUGE 之制式霰彈使用，具殺傷力。...扣案土造長槍之外型簡單、結構簡略、材質亦屬粗糙，甚至有氧化、鏽蝕之情形，而被告自承裝填子彈之方式係將槍機折開後置入子彈，是該槍枝應堪認係原住民簡易自製之槍枝無訛。...被告雖未經許可持有上開槍枝，惟揆諸上開說明，被告之行爲符合槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條之規定，僅有行政罰，而無刑罰之適用。惟公訴人認此部分與前開論罪科刑部分為想像競合犯，為裁判上一罪之關係，爰不另為無罪之諭知。」

獵槍的爭議存在，並不是單獨存在的。¹⁷關於原住民非制式子彈的裁判可分為幾個類型：(1)槍枝部分無免責規定適用而有罪、非制式子彈部分有罪；(2)槍枝部分有免責規定適用而無罪、非制式子彈部分有罪；(3)槍枝部分有免責規定適用而無罪、非制式子彈部分無罪。

上面(1)的類型似乎是邏輯上當然的結果，槍枝部分有罪，適用在這把槍上的非制式子彈當然是有罪的，亦即，槍枝部分不能免責，子彈當然也不能免責。¹⁸(2)與(3)的類型則牽涉到槍砲條例第 20 條第 1 項免責規定的解釋問題，槍砲條例第 20 條第 1 項：原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。在文義上只有提到「自製獵槍」或「自製魚槍」，就是沒有「子彈」或類似用語，有的裁判認為¹⁹，條文既然沒有提到子彈，原住民子彈犯罪自然沒有免責規定適用的餘地，縱然形成了不處罰槍枝卻處罰子彈的問題，乃屬於立法上的缺失，應透過立法解決。例如，臺灣嘉義地方法院 96 年度訴字第 990 號判決：²⁰

槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項係規定...。是依上開規定排除適用槍砲彈藥刀械管制條例之刑罰規定者，僅限於供作生活工具之用之「原住民自製獵槍、魚槍」或「漁民自製魚槍」（最高法院 96 年度台上字第 2726 號判決意旨參照）²¹，而不包括子彈，法條文義甚明。是原住民未經許可製造或持有子彈，而觸犯同條例第 12 條之罪者，自無同條例第 20 條第 1 項規定之適用（最高法院 88 年度台非字第 321 號判決意旨參照）²²。即仍應依法論罪科刑甚明...又縱如辯護人所主張：空有槍枝而無子彈，該槍枝即形同無槍枝之功能，槍砲彈藥刀械管理條例第 20 條第 1 項尊重原住民

¹⁷ 如果被認定非屬自製獵槍，則無槍砲條例第 20 條第 1 項免責規定的適用。例如，最高法院 103 年度台上字第 443 號判決：「所謂『原住民自製之獵槍』，應解為『原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專用於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、持有之自製簡易獵槍』。即須係原住民自行製造，目的僅供狩獵、祭典等活動使用，且其發射速度較慢、威力較小、攜帶較為不便之簡易長槍，始與立法本旨相契合。本件上訴人製造之槍枝，依上揭鑑定書及照片所示，明顯係攜帶方便之短柄改造『手槍』，經鑑定結果具有殺傷力，原審因認非屬『原住民自製獵槍』之範疇，核屬事實審採證、認事之合法職權行使，不容任意指摘為違法。」有論者主張，槍砲條例並無就各式槍枝有定義性的規定，何謂獵槍，雖實務上多以霰彈槍為主，但定義上應該是按照使用的目的來決定，持之以狩獵者，無論形式為何，均可視之為獵槍。曾士哲，原住民自製獵槍應限槍枝之效能簡易者始可免責罰（二）——兼評最高法院 101 年度台上字第 1563 號、102 年度台上字第 5093 號判決，法務通訊，第 2696 期，2014 年，第 3 版。

¹⁸ 在最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決前，對於自製獵槍定義的問題，有判決認同內政部函釋與行政規則，認為只有前膛槍才是自製獵槍，相對於此，有的判決認為無論前膛或後膛槍都可以是自製獵槍。由於本文重點在於子彈，故不贅論槍枝部分的爭議。

¹⁹ 有學者整理實務判決後指出，有罪的是少數見解，無罪則為多數見解。參見：王皇玉，原住民持有槍械問題之研究，台灣原住民族研究季刊第 5 卷第 1 期，2012 年春季號，第 32 頁。

²⁰ 該案被告與檢察官均不服第一審判決提出上訴，後經臺灣高等法院臺南分院 97 年度上訴字第 678 號判決駁回上訴，並諭知被告緩刑二年，全案終告確定。

²¹ 事實上，該判決所引用的最高法院 96 年度台上字第 2726 號判決，其爭點在於爆裂物沒有免責規定的適用，並不是在解釋自製獵槍的定義：「又按上訴人行為時之槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一項『...本條例有關刑罰之規定，不適用之』之規定，是依上開規定排除適用槍砲彈藥刀械管制條例規定處罰者，僅為原住民自製之獵槍或漁民自製之魚槍，並不含製造爆裂物在內。」被引用的最高法院判決的事實與爭點，其實與地方法院的事實與爭點並不相同，地院的引用方式反映了向來司法實務在引用最高法院裁判時，往往不觀察事實與爭點是否相同或類似，只是斷章取義地取用抽象法律意見的現象。

²² 最高法院 88 年度台非字第 321 號判決確實認為子彈並不適用免責規定：「按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又原住民未經許可、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，固於槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一項定有明文。惟關於原住民未經許可，製造子彈，觸犯同條例第十二條第一項之罪者，並無同條例第二十條第一項減輕或免除其刑規定之適用。本件原判決認定被告○○○、○○○都是魯凱族的原住民，為了上山打獵，在未經主管機關台東縣警察局的許可，於民國八十七年十月間，共同製造霰彈二十顆，作為發射獵槍的子彈，同年月二十八日凌晨，一同持往卑南鄉比利良山區試射五顆霰彈後，為警查獲等情。因認被告等此部分行為，同犯槍砲彈藥刀械管制條例第十二條第一項的未經許可製造子彈罪，但竟適用同條例第二十條第一項之規定，均予以諭知免刑之判決，揆諸上開說明，此部分之判決，顯有適用法則不當之違背法令。」最高法院在這件非常上訴的判決中，並沒有提出子彈沒有免責規定適用的論述。

生活習慣之立法意旨將無從實現。惟此係槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項於立法時，是否有疏漏未盡之處、是否應於未來修法時為通盤考量之問題，尚難以此遽行踰越現行法律之明文規定，而認槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項所定之「自製之獵槍」包含「子彈」。²³

由於槍枝部分可以適用免責規定而獲判無罪，但可以用在這把槍枝上的子彈卻要問罪，這樣的槍枝等於無法裝填子彈使用，當然也無法使用來進行狩獵，這樣的見解出爐後引起媒體與原住民們的譁然。²⁴

另一種見解則認為，免責規定雖然沒有提到子彈，但從免責條文的規範目的出發，免責規定的設置目的是要讓原住民使用自製獵槍，為了能夠實現使用自製獵槍的目的，其實已同時允許使用子彈，假若有槍卻不能使用子彈，這樣免責規定等於空談，故子彈的部分應該是屬於「隱藏性要件」，不待明文寫出「子彈」兩字。這樣的見解可以參考臺灣嘉義地方法院 97 年度訴字第 744 判決：²⁵

(一)經查，扣案之長槍一枝，認係土造長槍，由具擊發機構之金屬槍身及土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，可供擊發口徑 12 GAUGE 制式霰彈使用；又扣案之子彈六顆，認均係非制式霰彈，由口徑 12 GAUGE 制式霰彈換裝金屬彈丸而成等情，有卷附槍彈鑑定書可參，是扣案之子彈確係供扣案之土造獵槍使用之情，應堪認定。(二)槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一、二項雖僅係規定原住民為供作生活工具之用，製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏「自製之獵槍」，不適用本條例有關刑罰之規定，而未明示是否包括該自製之獵槍所用之「子彈」在內。然觀諸上述立法意旨，既然允許原住民為供作生活工具之用，得製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏「自製之獵槍」，而該「自製之獵槍」，又係指槍砲彈藥刀械管制條例第四條第一項第一款所指之其他可發射金屬或「子彈」具有殺傷力之「土造獵槍」，則舉重以明輕，顯然該條例第二十條第一、二項規定原住民為供作生活工具之用，製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借、寄藏「自製之獵槍」，應即包括該「自製之獵槍」所適用之「子彈」，此乃法律條文與法規體系之當然解釋，故該「自製之獵槍」所適用之「子彈」應即為該條項規定之「隱藏性」要件，否則該條項規定所欲達成之立法意旨即無從實現。(三)再者，觀諸內政部依槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第三項規定授權所訂定發布之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第二十條準用自衛槍枝管理條例第二條第一項第二款、第二項之規定，亦明白載明所準用之自衛乙種槍類各式獵槍，包括彈類，此亦足以佐證槍、彈併存始具意義，蓋空有槍枝，而無子彈，該槍枝即形同不具槍枝之功能。(四)至公訴意旨引述前開內政部函釋，因認槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一項除罪化之範圍不包括子彈乙節，經查，內政部

²³ 依法院判決所認定的事實，本案扣案子彈共 10 顆，含制式霰彈 1 顆，以及由制式霰彈換裝金屬彈丸而成之非制式子彈 9 顆，子彈是在 94 年間某日，自己死亡之前射擊協會會長○○○處取得。準此，扣案的非制式子彈顯非原住民「自製」。

²⁴ 「原住民依規定可經申請許可擁有獵槍，就算未經許可持有生活用的自製獵槍通常也只是行政罰，但嘉義地方法院出現一個特別的判決，鄒族原住民楊○○涉嫌持有獵槍與子彈遭查獲，法官認為楊持有獵槍部分，符合『原住民自製獵槍』規定判無罪，但子彈部分不符『自製獵槍』規定，判處有期徒刑 3 月、得易科罰金；此一特殊判決引起原住民不滿，『原住民不可能有自製獵槍，卻沒有子彈，哪有子彈與獵槍分開判決的？』對此判決，嘉義縣鄒族議員汪志敏就直呼『太離譜了』，雖然只輕判 3 個月，但如變成判例，將對全台的原住民狩獵權益造成傷害，他將儘速向原住民立委反映，要求儘快修法保障原住民權益。」唐秀麗、謝恩得，原民持獵槍無罪子彈有罪，聯合晚報，2008 年 5 月 20 日。

²⁵ 檢察官不服該第一審判決提出上訴，經臺灣高等法院臺南分院 98 年度上訴字第 450 號判決駁回上訴。

前開函釋並非法規授權命令，且踰越母法而為不當之解釋，並與憲法所揭櫫保障原住民特有文化之意旨不符，法律上並無效力之情，業據前述，公訴人引為論據，容有誤會。(五)基上，無論依立法理由、立法目的、文義解釋（隱藏性構成要件），槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一、二項規範所指原住民「自製之獵槍」之範圍應即包括該「自製之獵槍」所適用之「子彈」。²⁶

除了「隱藏性要件」外，另一種解釋方法是運用「舉重明輕」的論理解釋原則，認為槍枝重罪部分無罪，則附屬槍枝使用的子彈輕罪應屬無罪。例如，在臺灣宜蘭地方法院 97 年度重訴字第 2 號判決中，法院認定被告持有制式 12 Gauge 霰彈、製造土造長槍、製造口徑 12 Gauge 非制式子彈等行為，其中持有制式霰彈部分有罪，製造土造長槍及非制式子彈部分適用免責規定無罪：²⁷

被告○○○為泰雅族山地原住民，明知其未經主管機關許可，竟基於製造可發射子彈且具殺傷力之土造霰彈槍之犯意，於 96 年 12 月間，在其位於宜蘭縣○○鄉○○村○○巷○○號住處內，組合木質槍身與土造金屬槍管完成以打擊底火藥引爆子彈內火藥為發射動力，機械性能良好，可擊發口徑 12 Gauge 制式霰彈且具殺傷力之土造霰彈槍 1 枝後，即未經許可而持有之。被告另於數年前在宜蘭縣往靶場路邊，拾獲已擊發之霰彈 2 顆後，重新裝填火藥、彈珠，再將彈殼口以棉花及蠟燭封住，未經許可而製造具有殺傷力之子彈 2 顆。...是被告為專為其於生活中所從事之狩獵活動為目的，而自行獨力製作之簡易獵槍，其性能顯不如制式槍枝，揆諸前揭說明，即應有前揭規定之適用。被告為前開狩獵目的製作專供獵槍使用之子彈，依舉重明輕之原則，自為前揭規定適用之範圍。²⁸

3.4 小結

關於原住民子彈案件的類型有三，其中喜得釘類型，因喜得釘欠缺子彈完整結構，依司法實務向來的見解，欠缺完整結構的子彈並無殺傷力，此類型自無成罪的空間；其中制式子彈類型，縱使制式子彈適用於土造長槍，且土造長槍部分被認定屬自製獵槍獲判無罪，但制式子彈仍屬有罪；其中非制式子彈類型，出現裁判歧異的狀況，認為非制式子彈有罪的判決持嚴格文義解釋，認為免責規定未出現子彈的文字，因而沒有適用的空間，相對於此，無罪的見解則認為，條文雖未載明子彈的文字，惟槍枝與子彈必須一起使用始有意義，子彈的部分係隱藏在槍枝的文義中，

²⁶ 依法院判決所認定的事實，被告於 95 年 10 月間某日時，在嘉義縣阿里山鄉茶山村部落某處涼亭，向姓名年籍不詳綽號「巴斯亞」之另一原住民成年男子，取得具有殺傷力之子彈 25 顆，經試射後餘留 6 顆霰彈，該 6 顆子彈經送鑑定，均係非制式霰彈，由口徑 12 GAUGE 制式霰彈換裝金屬彈丸而成。準此，該案子彈似為非制式子彈中的改造子彈，至於是否為「自製」，判決中只有提到子彈來源雖係原住民，並未認定是原住民自製，此點仍屬不明。

里山上之工寮內而持有之

²⁷ 檢察官不服提起上訴，惟被告死亡，改判不受理，臺灣高等法院 97 年度上訴字第 5196 號判決。此「舉重明輕」的解釋方法，亦見臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 103 號判決：「本案子彈是否合於槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之規定？本案被告林○○自製及持有之子彈 8 顆經送請刑事局鑑定結果：其中 2 顆認均係非制式子彈，由金屬彈殼組合直徑 8.0±0.5mm 金屬彈丸而成，採樣 1 顆試射，可擊發，認具殺傷力...被告林○○於偵查及原審供稱：彈殼 8 顆是我的。將席格丁跟鋼珠放在彈殼內，再放入槍管內（不是從槍管的頭放進去），放進去後就可以扣扳機擊發。（為何要製造槍枝？）好奇，是要打獵自己食用。我製造槍枝及子彈目的是要打獵等語（偵卷第 18 至 19 頁；原審卷第 49 頁反面）。再依上開刑事局 101 年 6 月 4 日刑鑑字第 1010069979 號鑑定書觀之，被告林○○所自製及持有之槍枝係土造長槍，由具擊發機構之木質槍身與土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，可供擊發同案送鑑子彈使用，認具殺傷力等語，核與被告林○○所述製造子彈之目的相符，益證被告林○○係為打獵而製造專供獵槍使用之子彈。被告林○○既為前開狩獵目的製作獵槍，繼而製造專供獵槍使用之子彈，依舉重明輕之原則，自為前揭規定適用之範圍。」

²⁸ 似乎為改造子彈？

屬免責規定的隱藏性構成要件，此外，亦有持「舉重以明輕」的解釋方法，認為重罪的槍枝部分無罪，附屬使用的非制式子彈亦應一併獲判無罪。

4 最高法院蔡忠誠槍砲案的傍論

事實上，最高法院審理本上訴案件的事實及爭點跟子彈沒有關係，事實為「被告製造後膛裝填工業用底火擊發彈丸的土造長槍」，爭點為「槍砲條例第 20 條第 1 項免責規定中所稱的自製獵槍是否僅限於前膛裝填火藥與填充物的槍枝」。不過，本案檢察官最初起訴被告的犯罪事實，除了槍枝犯罪外，還包括了被告持有制式子彈、獵捕保育類動物的犯罪。以下分別摘錄各審級的判決事實認定、爭點及判決結果，以釐清本案事實與爭點所在。

4.1 臺灣屏東地方法院 99 年度重訴字第 11 號判決

本案歷經三審、一次發回更審、更審後上訴三審，檢察官起訴的犯罪事實及第一審臺灣屏東地方法院 99 年度重訴字第 11 號判決所認定的事實為：一、被告自民國 92 年 2 月起開始持有某男所贈、具有殺傷力的制式霰彈 3 顆（12 Gauge），並藏放在住處內；二、被告於 97 年 6 月 30 日，在屏東縣牡丹鄉山區內，使用捕獸鉗設置陷阱，獵捕到族群數量未逾越環境容許量之保育類野生動物山羌 1 隻，被告取回獵物時山羌已死亡，遂將之屠宰烹煮食用，未食用完的部分則冰在自家的冰櫃中；三、被告是排灣族原住民，同時具有漁民身分，自 97 年 6 月起，在屏東縣牡丹鄉某工寮內，使用砂輪機與電焊機，製造具殺傷力、可發射彈丸的土造長槍 2 支、土造魚槍 1 支。土造長槍是由具備木質槍身及土造金屬槍管組合而成，擊發功能正常，係利用擊發裝填於槍管彈室處的口徑零點 27 吋的建築工業用彈，所產生的高壓氣體推送出由槍口處填塞的鋼珠或金屬發射物，但無法裝填同案的制式霰彈 3 顆。

地方法院審理後，認為持有制式霰彈部分構成槍砲條例第 12 條第 4 項之非法持有子彈罪，判處被告有期徒刑 2 月，得以 1 千元折算 1 日易科罰金²⁹，併科罰金 1 萬元，得以 1 千元折算 1 日易服勞役³⁰。使用捕獸鉗獵捕族群數量未逾越環境容許量保育類野生動物部分，由於違反了野生動物保育法中禁止獵捕未逾越環境容許量保育類野生動物的規定，還有野生動物保育法中禁止使用捕獸鉗獵捕保育類野生動物的規定，觸犯了野生動物保育法第 41 條第 1 項的非法獵捕保育類野生動物罪名，因而判處有期徒刑 6 月，得以 1 千元折算 1 日易科罰金（被告須繳 6 萬加 1 萬，再加 18 萬元，一共 25 萬元，才能免去牢獄之災）。

土造長槍 2 支、土造魚槍 1 支的部分，法院則判決被告無罪，主要理由是認為：被告領有漁船船員手冊，具漁民身分，魚槍的部分合於槍砲條例第 20 條第 1 項漁民自製魚槍的免責規定。長槍的部分，法院認為，「合於原住民族本於其文化傳統，供其於生活中從事狩獵、祭典、文化、技藝傳承等活動使用，而簡易自製者，即屬自製獵槍」，而被告是排灣族原住民，製造槍枝的目的與用途在於狩獵打山豬及飛鼠、射魚之用，合於槍砲條例第 20 條第 1 項的原住民製造自製獵

²⁹ 易科罰金指的是，以繳交罰金的方式來替代有期徒刑的執行。本案判決所處的有期徒刑 2 月，得以 1 千元折算 1 日易科罰金，因此，在執行刑罰的時候，若檢察官准許被告易科罰金（原則上應准許，例外具備法定事由時可拒絕），被告且繳交 6 萬元罰金，有期徒刑的部分即等同執行完畢，不必入監服刑。至於易科罰金的立法目的，是在避免短期自由刑的弊害。易科罰金的相關規定，請參考刑法第 41 條的規定。

³⁰ 易服勞役指的是，對於無力繳納罰金的被告，以一定折算標準計算應入監服役的日數，以替代罰金的執行。本案的罰金 1 萬元，如易服勞役以 1 千元折算 1 日，被告如無力繳納，則須入監服刑 10 日。相關規定，請參考刑法第 42 條的規定。

槍供作生活之用的免責規定。至於內政部 87 年 6 月 2 日台（87）內警字第 8770116 號函所稱自製獵槍必須「逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射擊物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈」，本案的獵槍雖不合於該行政命令的定義，但法院認為槍砲條例第 20 條第 1 項並未就自製獵槍有所定義及限制，行政機關自不得以命令或其他方法增加法律所無的限制。況且，「內政部下開函釋，僅屬內政部機關內部之函釋，位階尚未達到法律授權之命令層次，不能以之增加法律對人民權利所無之限制」，而法官審判案件，依司法院釋字第 137、216 號解釋，並不受行政機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令之拘束。

4.2 臺灣高等法院高雄分院 100 年度上訴字第 210 號判決

屏東地院就被告非法持有子彈、非法獵捕保育類野生動物為有罪判決，就被告製造槍枝部分為無罪判決後，檢察官對於一審無罪部分提起上訴（即槍枝部分），檢察官及被告均未對於一審有罪部分提起上訴（即野生動物保育法與子彈部分），**第一審關於非法持有子彈及非法獵捕保育類野生動物的有罪判決，因當事人均未上訴而告確定，因此，本案的上訴審理範圍僅有被告製造獵槍及魚槍的部分。**檢察官上訴理由認為，被告於偵查中坦承其平常從事鐵板建築的工作，顯然不是以狩獵或漁獲為業，而最高法院 99 年度台上字第 5771 號判決認為，土造槍枝必須是「與原住民之生活有關且為其生活上之所需要」，始合於槍砲條例的免責規定，因此，被告縱然是原住民且持有漁民手冊，因其日常生活與狩獵與漁獲無關，所製造的槍枝顯然不是日常生活所必須，自不能免責。法院就上訴部分進行調查後，依據警方的查訪、檢舉人的陳述、村里辦公室說明及被告之船員手冊，認定被告「經常與友人攜帶獵槍上山狩獵」，其平日務農，閒暇之餘會遵照排灣族傳統習俗狩獵，平時亦以打零工維生，具有狩獵之原住民生活習慣，也具有捕魚技能，製造獵槍、魚槍的用途與狩獵與捕魚相合，最高法院 95 年度台上字第 204 號判決亦認為免責規定非以打獵為維生之唯一或主要方法，因此認為檢察官上訴為無理由，駁回檢察官上訴。

4.3 最高法院 101 年度台上字第 1563 號判決

臺灣高等法院高雄分院駁回檢察官就第一審製造土造長槍及土造魚槍部分無罪判決的上訴後，檢察官不服向最高法院提起上訴。最高法院確認上訴範圍僅有製造土造長槍而已，就此，最高法院撤銷原審判決發回更審；就製造魚槍的部分，最高法院以該部分之違反槍砲條例第 9 條第 1 項罪名，最重本刑為 1 年有期徒刑，依刑事訴訟法第 376 條第 1 款規定，不得上訴第三審，而駁回此部分上訴。因此，**最高法院上訴審理與撤銷發回的部分，為下級審法院就製造土造長槍判決無罪的部分而已。**最高法院撤銷發回的理由有二，第一是，原審一方面認為原住民「自製」之獵槍供作生活工具之用者，應係「依傳統方式」製造之「簡易」獵槍，並非所有原住民自製之獵槍，不論其結構、性能、威力如何，都是自製獵槍，但是，原審他方面卻又說槍砲條例對於條文中的「自製獵槍」並無任何形式上之限制，似乎認為自製獵槍不限於「簡易自製」，包括制式獵槍以外的所有自製獵槍，則自製獵槍「究竟限於原住民依傳統方式自製之簡易獵槍，抑或包括制式獵槍以外所有自製獵槍，所為論述前後矛盾，此攸關被告是否成立罪責，自有再加審酌、釐清之必要。」第二個撤銷發回的理由，則與自製獵槍的定義有關，最高法院依循槍砲條例第 20 條第 1 項免責規定的立法脈絡及理由，提出法律上的看法：

為保障原住民基本生活權益，自應尊重其傳統生活習慣，則該條例第二十條第一項所

稱「原住民製造、運輸或持有而供作生活工具之用之自製獵槍」，應解釋為「原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以『傳統方式』所製造、運輸或持有之『自製簡易獵槍』」，始與立法本旨相契合。蓋原住民傳統自製之獵槍，一般而言，結構簡單、性能較差、威力不大，僅配合其生活領域，專供狩獵及文化活動之用，且其自製方式及使用範圍行之已久，已具有生活文化價值，為尊重其傳統生活及自治精神，縱未依法登記，其製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，既作為生活工具之用，僅以行政罰為已足，自無科以刑事處罰之必要。惟若與原住民之生活無關，而非供為生活上所需要之工具，甚且持供非法用途者，自無該條之適用，仍應適用該條例有關刑罰之規定論罪科刑。

最高法院接著提出了對於下級審的質問。最高法院的質問，來自於內政部回覆地方法院關於本案扣案土造長槍是否為自製獵槍的函覆，在內政部 99 年 8 月 24 日內授警字第 0990871678 號函中，內政部除了再次重申了該部 87 年 6 月 2 日台（87）內警字第 8770116 號「自製獵槍指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或其他法引爆，將填充之射擊物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。而所謂射出物係指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈。」的函釋外，更認為本案「扣案系爭土造長槍二支，認係槍砲彈藥刀械管制條例第四條第一項第一款『其他可發射金屬或子彈具殺傷力之各式槍炮』，且係擊發口徑 0.27 吋建築工業用彈作為發射動力，已非上開解釋之原住民自製獵槍。」

最高法院引用了內政部認為本案土造長槍非自製獵槍的函釋後，要求下級審調查認定的爭點是：一、內政部對於原住民自製獵槍的函釋，有沒有事實根據？是否基於專業意見對原住民自製獵槍之客觀具體解釋？二、以口徑 0.27 吋建築工業用彈作為發射動力，是否屬原住民傳統自製簡易獵槍之方式？

4.4 臺灣高等法院高雄分院 101 年度上更一字第 34 號判決

本案發回更審後，二審的審理範圍限於非法製造土造長槍的部分。這次二審沒有像上次一樣維持一審的判決，而是認定被告未經許可製造土造長槍 2 把，構成最輕法定本刑 5 年有期徒刑的槍砲條例第 8 條第 1 項的非法製造可發射「子彈」³¹具有殺傷力槍枝罪，且不符合條例第 20 條第 1 項的免責事由，因而撤銷了一審的無罪判決，惟考量被告犯罪情節輕微堪值憫恕，依刑法第 59 條減輕其刑後，改判被告有期徒刑 2 年 8 月，併科罰金 10 萬元。

更審的有罪判決引用了最高法院 99 年度台上字第 5771 號判決中「所謂『原住民製造、運輸或持有供作生活工具之用之自製獵槍』，自應以原住民本諸其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以傳統方式所製造、運輸或持有之自製簡易獵槍，始符立法本旨」關於自製獵槍定義的法律見解，並且強化內政部 87 年 6 月 2 日函釋的正當性，亦即，更審法院認為該函釋是「內政部於 87 年 4 月 13 日邀集相關單位討論所得之結果」，嗣後內政部更依立法院修正槍砲條例第 20 條附帶決議，於 100 年 11 月 7 將函釋內容明定在槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款內。因此，「內政部關於『自製獵槍』之定義，顯係與政府

³¹ 注意，是「子彈」，而不是「金屬」。是認定系爭土造長槍是一把可發射子彈的槍。

各相關單位廣泛討論而得之專業意見，非僅內政部單一之見解，自堪採為實務上判斷『自製獵槍』之標準甚明。」。法院確定了這樣的法律見解，接下來的事實與法律的涵攝上，除了再次引用了內政部於第一審所提供的意見外，並引用了更審再請內政部解釋的函文，進而做成了本案的土造長槍並非自製獵槍的結論：

本件扣案土造長槍 2 支，係擊發口徑 0.27 吋建築工業用彈作為發射動力，已非上開函釋之原住民自製獵槍一節，亦有內政部 99 年 8 月 24 日內授警字第 0990871678 號函附卷可憑；而擊發口徑 0.27 吋建築工業用彈，其擊發原理與擊發子彈之方式相同，用之於自製獵槍可擊發建築工業用彈之槍枝，亦可擊發適用之「子彈」（具彈頭、彈殼及火藥）。槍枝構造與傳統原住民自製之槍枝迥異，已屬槍砲彈藥刀械管制條例第 4 條第 1 項「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」，非原住民傳統自製獵槍等情，亦有內政部 101 年 9 月 6 日內授警字第 1010300734 號函在卷可憑。準此，被告為排灣族原住民，固有其戶籍謄本在卷可查，惟其所製造之土造長槍 2 枝既非槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項所稱之「自製獵槍」，則無論是否為其生活所需，均無該免除刑罰規定之適用至明。

簡單來說，法院在事實的部分，是先依據內政部的函文進行認定：本案的槍枝可以擊發建築工業用彈，因為擊發工業用彈的原理和具有彈頭、彈殼及火藥的一般子彈相同，所以本案的槍枝具有擊發一般子彈的性能。接下來在法律的部分，則是以最高法院的法律見解與內政部函釋意見作為基礎，來建構槍砲條例第 20 條第 1 項自製獵槍的定義，簡言之，**如果一把槍可以發射具有彈頭、彈殼及火藥的子彈，就絕對不是自製獵槍**。法院攝函後得出的結論是，**本案土造長槍既然具有擊發一般子彈的性能，就絕對不是自製獵槍，當然不符槍砲條例免責規定**。

更一審見解的特色，無論是在事實認定與法律解釋，都是以內政部的意見為依歸。

4.5 最高法院 102 年度台上字 5093 號判決

本案在最高法院第二次受理上訴時畫下了句點。最高法院罕見地進行言詞辯論，最後撤銷更審的有罪判決後，自為判決被告無罪。最高法院在言詞辯論前公布了四項法律爭點：³²

一、槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項之「自製獵槍」應如何定義？90 年 11 月 14 日修正公布之本條例第 20 條第 3 項授權主管機關訂定之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法範圍有無包含「自製獵槍」之定義？

二、主管機關依上開授權於 91 年 10 月 2 日所訂定之管理辦法至 100 年 11 月 7 日修正發布前，俱無「自製獵槍」定義之規定，能否援引內政部台（87）內警字第 8770116 號函示「自製獵槍」之定義，作為認定犯罪事實之依據？前揭內政部函文所揭示之意旨，有無違背本條例第 20 條第 3 項授權之範圍？

三、原住民族依本條例第 20 條第 1 項之規定併製造所使用之子彈，應如何處罰？條項漏未就子彈為規定，是否疏漏？或屬自製獵槍之性質而無規定之必要？

四、中華民國憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項及原住民族基本法第 13 條揭示，國家肯定多元文化，對原住民族文化積極維護發展，並保障扶助促進其發展，政

³² 最高法院係於 2013 年 12 月 3 日就本案進行言詞辯論，參見：最高法院，最高法院審理蔡忠誠違反槍砲彈藥刀械管制條例案件新聞稿，2013 年 12 月 3 日。<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/download.asp?sdMsgId=32943>

府對原住民族傳統之生物多樣性智識及智慧創作，應予保障，並促進其發展等意旨，與定義「自製獵槍」有無關聯？

最高法院的判決確實針對這四項爭點來一一回答。第一點及第二點，關於自製獵槍的定義及內政部函釋的效力，最高法院認為法律未設有限制，無論「前膛槍」或「後膛槍」都包括在內，內政部的函釋與槍砲彈藥刀械許可管理辦法中的自製獵槍定義，係增加法律所無的限制，逾越法律之授權，法院不受拘束。**第三點，也是本文關注的部分，最高法院認為自製獵槍所適用的「自製子彈」亦適用槍砲條例第 20 條第 1 項的免責規定，理由是「自製子彈」是屬於該項「自製獵槍」構成要件中的隱藏性要件，是體系上的當然解釋。**最後一點，最高法院持肯認的看法，認為原住民的狩獵活動是其傳統文化活動中的一部分，受到憲法增修條文及原住民族基本法的保障，而使用自製獵槍獵捕野生動物乃傳統生活習俗文化之重要內容，故槍砲條例第 20 條第 1 項即是尊重原住民族上開法律保障的權利，逐步將原住民為供作生活之用而製造或持有自製獵槍之行為，從刑事罰改為行政罰。

5 最高法院提出傍論的場合有待商榷

依歷審的判決可知，來到最高法院面前案件的爭點在於：使用喜得釘的土造長槍有沒有槍砲條例第 20 條第 1 項自製獵槍免責規定的適用。本案中被告持有制式霰彈部分，地院判決有罪後未經當事人上訴而告確定，本案上訴審理範圍顯然不及於被告持有且不適用土造長槍的制式霰彈。最高法院的上訴審理範圍既然不及於被告持有制式霰彈的部分，最高法院判決中就子彈部分的解釋，因為不是上訴的爭點，顯然不是適用法律到具體個案中以解決案件爭點的裁判意見（*holding*），充其量為傍論（*dictum*）的法律意見。

在判例法國家，分辨法院裁判中 *holding* 與 *dictum* 極為重要，因為前者始能稱之為判決先例或判例法，而具有拘束法院的效力。相對於此，後者則非判決先例或判例法，不具有拘束法院的效力。³³*holding* 是法院適用法律到案例事實，以解決案例爭點的意見，對於嗣後爭點相同與重要事實近似的案件具有法律的拘束力。*holding* 並非僅是法院的法律意見而言，必須要加上案例的事實，法律意見與案例事實合而為一才是 *holding* 的意義所在，*holding* 是不能夠脫離事實而存在，*holding* 絕對不是抽象的法律而已。³⁴因此，要判斷某案例的 *holding* 能否適用到具體個案，首先必須判斷二案的事實是否實質近似，如果答案為肯定，*holding* 對於本案具有拘束力，法院必須適用前案的法律意見到本案的事實，以解決本案的爭點；如為否定，則表示該案例與本案的事實不同，法院不受拘束，此判斷稱之為案例的區別（*distinguish*）。

dictum 指的是 *holding* 以外一切的法院意見，法官們經常會在判決中對於爭點以外的事項發表評論或意見，通常是預見將來的爭點而抒發己見，儘管沒有拘束力，仍會透露出法官內心對於案件的想法，對於日後案件的法律解釋或政策形成仍有一定的參考價值。不過必須特別注意的是，*dictum* 沒有拘束力，是不能被引用為法源（*cannot be cited as authority for a proposition*）。

35

³³ The distinction between *holding* and *dictum*, see ROBERT C. BERRING & ELIZABETH A. EDINGER, FINDING THE LAW 22-23 (11th ed., 1999).

³⁴ See HELENE S. SHAPO, MARILYN R. WALTER & ELIZABETH FAJANS, WRITING AND ANALYSIS IN THE LAW 14-15 (4th ed., 2003).

³⁵ See HELENE S. SHAPO, MARILYN R. WALTER & ELIZABETH FAJANS, WRITING AND ANALYSIS IN THE LAW 17-18 (4th ed., 2003).

我國並非判例法國家，對於法院適用規範解決個案爭點而言，法源僅為成文法，法院的判決先例並不具有法律的拘束力，法院裁判個案時並不受先前裁判的拘束。不過，在我國上下科層司法文化的法院體系中，上級法院的裁判對於下級法院，尤其是終審法院裁判對於下級審法院，具有強大的實質拘束力，這樣的拘束力不是建立在法律體系中，而是建築在法律體系以外的權力結構上。在我國的司法文化中，上下級的觀念（或者稱為官階的觀念）向來濃厚，下級審法官的考績、陞遷及評價，與上級審息息相關，上級審法官對於下級審法官的評價，對於下級審法官的官途有相當的影響力，例如，下級審法院法官如果要遷調至上級審，上級審法院院長的首肯往往是關鍵性的一票（過去最高法院的人事案，操作上必須經過最高法院的同意，反而不是法律上具有人事權的司法院）。³⁶上級審對於下級審最重要的考評依據在於上訴案件，案件上訴後的裁判結果幾乎決定了上級審考評的內容，對於法官個人的前途有著相當重要的影響力，倘若上級審撤銷或廢棄下級審的判決，下級審法官的辦案成績就會受到負面評價，而辦案成績則是體系內作為同儕中間評比的決定因素。因此，為了司法體系內的評價，下級審通常以上級審馬首是瞻，下級審的判決往往大量引用上級審的裁判意見，目的在於顯示下級審順從與符合體系的運作，在這樣的司法文化中，上級審的法律意見對於下級審裁判行為具有舉足輕重的角色。而上級審立於上下級的權力結構之中，為了統一法律體系的一致性，通常會頒布抽象法律意見供下級審法院參考，最高法院的判例，最高法院的判決要旨彙編，終審法院決議（包括最高法院民、刑事庭會議決議），臺灣高等法院暨所屬法院年度法律問題座談會決議，都是適例。雖然這樣法律意見在形式上並不具有任何拘束力，只是作為「參考用」，但實質的拘束力卻是非常強大，任何下級審法院的法官要公然違背，必須要有非常大的勇氣，而且要付出非常大的代價。³⁷

就筆者的觀察，我國司法體系的上級審法律意見，其實質效力與判例法國家的判例不相上下，下級審鮮少違背，這對於維繫法律體系的完整，不能說沒有貢獻，但我國法院引用上級審裁判意見的方式卻與判例法國家有著極大的差異，亦即，我國只是引用抽象的法律意見，鮮少分析或比較案例事實異同。下級審法院將終審法院裁判中的抽象法律意見當成是規範，而司法文化更強化了法官們的遵守奉行，嚴格遵守之下抽象法律意見等同有法律規範的效力，上級審提出抽象法律意見形同創設法律，這不僅跨越了權力分立的界線，更使整個司法實務側重於維繫法律體系的完整，難以主動、積極與活潑地回應社會變遷。³⁸正因為這樣的運作模式有侵害權力分立之虞，在 2010 以降的諸多司法改革提案中，其中一部分即是針對最高法院的抽象法律意見而發，主張判例須與案例事實合而為一，取消向來只提供抽象法律意見的決議，改以設立大法庭或小法庭審理具體案件的方式，來統一歧異的法律見解。³⁹

在這樣的背景之下來解讀最高法院關於「自製子彈」的傍論，或許就不會那麼令人過於意外。最高法院關於自製子彈的傍論並不是上訴審理範圍的爭點，甚至也不是原審的爭點。本案被

³⁶ 關於此法官引用上級審判決時，僅引用抽象法律意見，卻不問案例事實的現象與批評，請參考：林孟皇，台灣法官人事制度問題及其改革方向——以司法院人事審議委員會制度的變革為中心，台灣法學雜誌，第 164 期，2010，第 1、4-5 頁。

³⁷ 請參見：林孟皇，審判獨立與判例文化，收錄於氏著，羈押魚肉，2010 年，第 218 頁以下。

³⁸ 最明顯的法院與社會的衝突發生在 2009 左右，法院一系列性侵案件的裁判引起民眾的不滿與議論，進而引發了「白玫瑰運動」，更帶動了新一波的司法改革。關於此一系列性侵案件的裁判爭議，請參見：黃榮堅，2010 年刑事法發展回顧：慾望年代，慾望刑法？國立臺灣大學法學論叢第 40 卷特刊，2010 年，第 1809-1811 頁；錢建榮，重點在有無違反意願的方法：為恐龍法官喊冤，台灣法學雜誌，第 174 期，2011，第 1 頁以下；徐偉群，需要翻轉的不是法律，是法界的知識狀態：強制性交罪修法應該停止，台灣法學雜誌，第 175 期，2011，第 1 頁以下。

³⁹ 請參見：司法院，司法院研議建置大法庭制度新聞稿，2013 年 3 月 18 日。

<http://www.judicial.gov.tw/tpnw/newsDetail.asp?SEQNO=115285>

告持有的是制式霰彈，此部分在一審就判決確定，而本案被告製造的槍枝僅能擊發喜得釘，無法擊發被告持有的制式霰彈，上訴的審理範圍在於被告所製造的後膛槍是否為槍砲條例第 20 條第 1 項所稱的「自製獵槍」而已。被告所製造的後膛槍是用來擊發喜得釘，而喜得釘本身欠缺子彈的完整構造，並非具有彈頭、彈殼、火藥及底火組合而成的真正子彈，不是槍砲條例所稱的「子彈」，絕不可能屬於子彈中制式或非制式子彈類型。因此，本案毫無與子彈有關的事實與爭點，自然也沒有任何與「自製子彈」有關的事實與爭點。換句話說，最高法院關於「自製子彈」的看法，並無對應存在的事實與法律爭點，純粹是抽象的法律意見。

最高法院會提出與案件事實與爭點毫無關係的法律意見，而且還特別在言詞辯論時將之列為爭點，請雙方當事人就此進行辯論，應不是憑空而來的。前面提到，目前下級審就原住民使用子彈的爭議，並不存在於喜得釘與制式子彈，僅存在於「非制式子彈」，下級審就非制式子彈是否適用槍砲條例第 20 條第 1 項原住民免責條款有二種不同的見解，肯定說認為非制式子彈屬於隱藏性構成要件，否定說則主張是法律疏漏，應循立法方式解決。最高法院特別挑出「子彈」的爭點，且就「非制式子彈」採取「隱藏性要件」的肯定說，可以看出是針對著下級審的裁判歧異而發，目的在於統一下級審歧異的法律見解。

最高法院的用意誠然在於終結下級審的裁判歧異問題，為下級審指出一條道路，但這樣的解釋方法並不適當，在欠缺事實與爭點的情形下無中生有，等同創設了抽象的法律，有違不告不理的被動屬性。而單單提出法律意見，欠缺任何事實與爭點，其實正是最高法院向來被嚴重批評的地方，是目前亟需改革的方向，最高法院神來一筆，再次暴露了長久以來的司法文化不重討論與對話，只求簡速答案的心態。更值得商榷的，過分簡化的法律意見，全然看不出有何原住民傳統習俗文化的考量，在操作上的可行性亦值得懷疑。

6 試論最高法院傍論的妥當性

什麼是最高法院傍論中的「自製子彈」？最高法院在判決中關於子彈的部分只有：「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 20 條第 1 項規定之『隱藏性』要件，此乃法律條文與法規體系之當然解釋。」等寥寥一段，並無任何定義性的說明，又該案並無事實與爭點可供參考，自製子彈的定義與解釋方向為何，至多只能從槍砲條例的體系與向來司法解釋中窺探。

6.1 槍彈分離 vs 槍彈合一

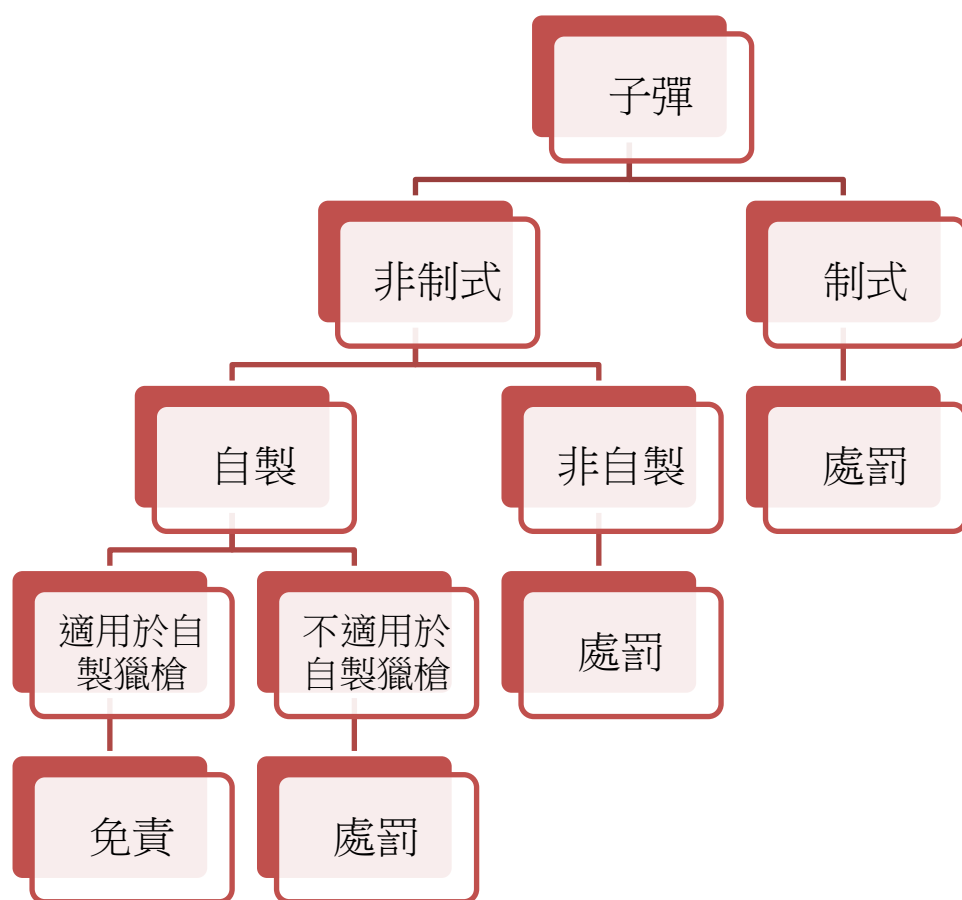
我國是嚴格禁槍的國家，除非國家允許使用槍枝子彈，否則一律以刑罰伺候。為了求得禁止範圍的最大化，槍枝的禁止規定是獨立於子彈的禁止規定存在，也就是說，槍枝的禁止範圍不受到行為人有無及如何運用子彈的影響，行為人一旦持有槍枝，該槍只要在物理上「可發射子彈或金屬」，即應處罰。反之亦然，子彈的禁止範圍也不會受到行為人有無及如何運用槍枝的影響，行為人一旦持有子彈，只要該子彈在物理上「具有殺傷力」，即應處罰。舉例言之，行為人撿拾到有一把可以發射子彈的槍枝，但其同時未持有子彈，或者其撿拾到一顆有殺傷力的子彈，但未持有槍枝，均應依槍砲條例處罰。槍枝與子彈處罰規定在體系上是獨立存在，並不會互相干擾，持有槍枝的人想要裝填如何的子彈，不會影響到持有槍枝犯罪的構成；持有子彈的人想要把子彈使用在什麼樣的槍枝上，也不會影響到持有子彈犯罪的構成。

就免責規定而言，採取分離的看法，可以使得免責規定適用的範圍最大化，因為槍枝適用免責規定時不會受到子彈能不能免責的牽制（沒有其他關於子彈的條件存在），反之亦然。目前的實務就在槍枝的部分是採取分離的看法，只要槍枝是「自製獵槍」即可免責，而自製獵槍在判斷上是不管適不適用于彈或者適用于彈的型式為何，子彈或填充物，制式或非制式，自製或非自製，均非所問。最高法院在本案中的見解：「此所謂「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。」並未對於自製獵槍是否適用于彈，以及所適用于彈的型式為何，有任何的限制。

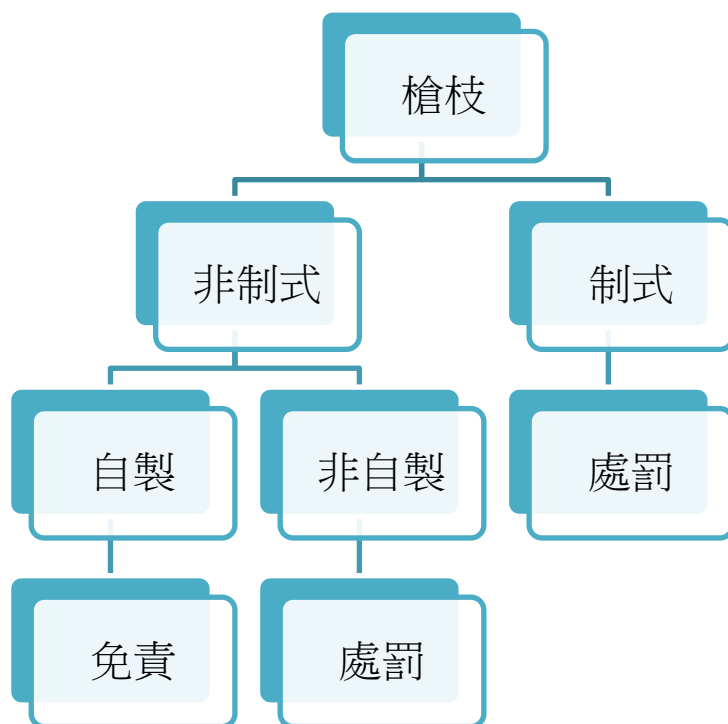
不過，就子彈的部分，先前實務的肯定說及最高法院在本案中都是採取合一的看法，之前已說明，先前的肯定說就子彈的部分並沒有單獨就子彈去判斷免責與否，都是與槍枝一起觀察，能夠適用於自製獵槍的非制式子彈即可免責（否定說下，只有槍枝能夠免責，子彈一律不得免責，沒有所謂合一或分離免責的問題）。而最高法院提出自製子彈免責的看法，似乎是合乎常識的，亦即：(1)槍枝與子彈必須一起使用的，槍枝與子彈應有相對應的免責條文，有自製獵槍的免責條文，就應該要有對應的子彈免責條文；(2)原住民自製獵槍不處罰，子彈卻要處罰，那這把自製槍枝根本無法使用，免責規定形同具文，這是件荒唐的事情。基於這樣的想法，先前的肯定說與最高法院發展出如此的看法：「自製獵槍」的要件中本來就包含了「非制式子彈」或「自製子彈」在內。最高法院的隱藏性要件解釋方法，其實有一個前提，亦即，自製子彈是裝填在自製槍枝上使用，自製子彈是跟自製槍枝是綁在一起使用的，最高法院的用語是「自包括該獵槍所適用之『自製子彈』」。因此，子彈能否免責，除了「自製」以外，還取決於自製子彈是否適用於自製獵槍。如此一來，子彈的免責規定在解釋上似乎與槍枝是合一的，會受到槍枝的影響，在適用上會減少免責規定適用的機會，舉例來說明，有一原住民自製了子彈，但他根本就沒有製造獵槍，自製子彈能夠適用於「該獵槍」的條件似乎還沒有成就，似乎不應免責。再舉一例，有一原住民為了打獵的目的自製子彈，但他的自製子彈是要用在自己持有的制式槍枝，此時子彈還算是「該自製獵槍所適用之自製子彈」嗎？

行政機關對於槍枝免責規定的解釋向來都採取合一的看法，必須要符合某些特定條件才能夠稱為自製獵槍，因而縮小了免責規定的適用範圍。行政機關就槍枝的部分，限定槍枝只能從槍口裝填火藥與填充物；子彈的部分，則是一概不容許合法的空間，一律禁止。最高法院關於自製槍枝的部分沒有加上子彈或填充物相關的條件，使得槍枝部分的免責範圍可以最大化（例如一把適用喜得釘的自製槍枝，如果也同時適用制式子彈，仍然可以免責）。但就子彈的部分，卻外加了「適用於自製獵槍」的要件，免責範圍並未最大化（比較行政機關與否定說的一律禁止，範圍當然比較廣），前者分離處理，後者合一處理，似乎有意將子彈當成槍枝的附屬物品來看待，不過，這樣的區別在槍砲條例的處罰體系中，其實是不存在的。

下圖為最高法院關於原住民使用子彈部分的處罰及免責體系：



下圖則為最高法院關於原住民使用槍枝部分的處罰及免責體系：



6.2 自製子彈的原住民自製比例？

向來的鑑識實務，是以子彈來源作為分類，將子彈分為制式與非制式，非制式中又分為改造與土造。原住民自製子彈是由原住民自己製造，顯然不是各國兵工廠所製造的制式子彈，而是屬於非制式子彈，應可確認。但自製子彈是否為原住民自己製造即可，而不論其材料來源？是否涵括了改造與土造子彈二個類型，亦即，原住民自己改造與土造的子彈都算是自製子彈？單從自製的文義出發的話，自製指的是自己製造，而改造與土造子彈都含有私人製作的成分在內，前者仍有部分材料屬於制式，後者則全屬自己製作而成，土造子彈可以稱得上是自製子彈，固無疑義，但改造子彈的話，必須要搭配其他的因素才能判斷。除此之外，原住民自製的意思，究竟是百分之百的自己製造？如果有部分是非原住民加工，其餘部分由原住民自己製造或組裝完成，例如，原住民向非原住民購買已磨成彈頭形狀的銅條，裝在原住民自己製作的彈殼，可不可以算是原住民自己製造？這點涉及到免責範圍的大小，如果是儘量讓原住民有適用免責規定機會，採取最寬鬆的看法，只要有原住民參與製造過程即可；相對於此，如果儘量限制原住民有適用免責規定的機會，採取最嚴格的看法，必須全部由原住民製造完成，絲毫不能假手非原住民。解釋方向為何其實牽涉到對於原住民使用槍彈的政策立場為何，自應回歸到政策面進行判斷。

6.3 自製子彈的原住民製作水準？

槍砲條例第 20 條第 1 項是自製獵槍的免責規定，而最高法院認為自製子彈是自製獵槍的隱藏性要件，該條項「自製」的解釋自然有助於理解「自製子彈」的意義。槍砲條例 86 年 11 月 24 日立法理由謂：**本條增設之目的，除在保障原住民國人之傳統生活習俗外，自製獵槍性能低下，不若制式槍枝之威脅為高，對於社會秩序之妨礙有限。**此立法理由認為，自製獵槍在構造與功能上應侷限在「結構簡單」與「性能低下」。本案更審前最高法院判決，即最高法院 101 年度台上字第 1563 號判決指出，自製獵槍應限於「**結構簡單、性能較差、威力不大，僅配合其生活領域，專供狩獵及文化活動之用，且其自製方式及使用範圍行之已久，已具有生活文化價值**」。除了承襲上開立法理由的結構及功能上限制外，更加上了使用領域、使用目的、沿襲已久及文化價值等要件。⁴⁰若將這樣的解釋套用在子彈上，至少有以下幾點值得探討：第一，「結構簡單」這一點，事實上子彈的結構不若槍枝複雜，非制式子彈更不少見⁴¹，而非制式子彈通常外型與制式子彈甚為接近，只不過每一顆非制式子彈的尺寸都有些微的誤差，不若制式子彈的精準。第二，「性能較差」這一點，子彈既然要用在打獵，必須能夠對於獵物造成一定的傷害，或者癱瘓獵物的移動能力，倘若性能低下，恐怕無法達成打獵的目的。而且，會對於獵物造成傷害（例如山豬），必定會對於人體產生殺傷結果，性能低下的標準似乎不切實際，況且，性能要到什麼程度才能叫低下，還會牽涉到原住民族是否享有科技進步的權利。第三，「沿襲已久」與「文化價值」的話，從歷史觀察，原住民根本就沒有製造槍枝與子彈的傳統文化，根據學者的考證，原住民取得槍枝

⁴⁰ 有論者謂：「免責條款初於 86 年間立法增訂時，自製獵槍效能不若制式獵槍強大，對社會治安衝擊有限，恆屬立法者慎思之重點，已說明如上；再此一立法考量旨趣，於該免責條款 90 年間修正時，未見刪除，是可合理推論，立法者本無藉此修法而無限開放自製獵槍火力之議。今果如此解釋而使自製槍枝之威力可無限上綱，不受控管，難謂全與原住民免責條款之立法初衷無違。」曾士哲，原住民自製獵槍應限槍枝之效能簡易者始可免責罰（三）——兼評最高法院 101 年度台上字第 1563 號、102 年度台上字第 5093 號判決，法務通訊，第 2697 期，2014 年，第 5 版。

⁴¹ 「土造子彈在九十三年度佔我國查獲所有非法子彈共約 41%，計約一萬零壹百餘顆，因我國為槍枝管制國家，在槍彈的走私查察甚嚴，不法之徒不易取得制式槍彈，故轉而使用安全風險性極高的土、改造槍彈作為犯罪的工具。然土造子彈大多為國內地下兵工廠所製造，其製程亦與制式子彈之製作方式迥異。」蕭宇廷，土造子彈上各項製造痕跡之檢視，刑事科學，第 58 期，2005 年，第 73 頁。

的方法與原因，「在相當多的清代文獻記載中，原住民的槍枝是與漢人交易所得」⁴²，「原住民希望取得槍枝、火藥，是為了獵取野獸；而獵得獸皮、獸肉，可與漢人交易所需的生活用品，甚至是槍枝、火藥。這種以物易物，以獵物易獵槍的方式，是臺灣原住民取得槍枝的主要管道，亦是槍枝流入原住民社會的主因。」⁴³，原住民自製槍枝或子彈的行為，其實是主流族群社會所塑造出來的，根本不是傳統文化的一環。原住民使用槍彈是活生生狩獵文化的一部分，狩獵文化如何傳承，如何保留與大自然山林共存的傳統價值文化，才是規範的核心價值，「自製」二字應非最重要的考量，將「自製」置放在解釋的中心位置，只不過將原住民當成是他者，來想像、描繪、指導原住民，強將落後與野蠻的形象套在原住民身上而已。

最高法院關於自製子彈的見解，誠然為原住民使用子彈解除了部分的禁令，可惜的是，與「自製獵槍」的解釋相較，此「自製子彈」的解釋方法多了一道「適用於自製獵槍」的限制，卻未見差別處理的理由，而將自製獵槍中的自製定義直接適用到自製子彈上，由於槍枝與子彈在本質上容有區別，仍有上述問題待解，更重要的，最高法院的自製子彈論點中，其實欠缺的是以原住民狩獵為核心的文化論述，以致無法畫出明確界線，意義為何仍屬隱晦不明，爭議恐怕不會因此得到解決。⁴⁴

7 結論

誠如開頭所引用的話，雖然只有子彈才是真的殺傷到人的物體，但在規範上，槍枝一直都受到較多的關注，槍砲條例第 20 條第 1 項的文字中，只有提到「自製獵槍」，沒有提到子彈，而在立法上，「自製獵槍」的除罪化一直都是重點，在司法實務上，前膛槍與後膛槍之爭延燒了數年之久，最後在最高法院 2013 年的裁判中有了答案。子彈的部分，由於罪名較輕，一直未受到相對應的關注，但原住民使用非制式子彈有無槍砲條例第 20 條第 1 項免責條款適用，在下級審中間發生了裁判歧異的情形。最高法院應該是察覺到此項爭議，所以刻意在本案中就這點進行言詞辯論，並且提出自製子彈有免責條例適用的法律見解，試圖為爭議畫上句點。姑且不論解釋方法與內容的妥當性，殘酷的事實卻是，爭議並未畫上句點，主管的行政機關並不同意最高法院的見解，在最高法院明白表示「自製子彈」有免責條款適用之後，主管的內政部於 103 年 6 月 10 日以台內警字第 10308714563 號令所修正的槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條，對於自製獵槍的使用方法限於兩種情形：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、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」。⁴⁵第一項針對火藥的部分，開放了喜得釘的使用，第二項針對射出物的部分，仍然堅持具有完整結構的子彈，不論為制式或非制式，也不論是自製或非自製，都不在該辦法所允許的範圍。主管機關在修正條文對照表中說明了修正的理由：

⁴² 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，臺大歷史學報，第 36 期，2005 年，第 70 頁。

⁴³ 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，臺大歷史學報，第 36 期，2005 年，第 70 頁。

⁴⁴ 向來的立法理由與司法解釋，其實充斥著主流族群的單向思考，隱藏著原住民為二等公民的意識型態，透露出主流族群對於原住民持用武器的恐懼與不信任，亦即，「原住民無法好好管理槍彈武器」或「原住民使用槍彈恐怕會出亂子」。請參見：張道周，原住民參與審判—原住民審判主體地位的建立，台灣原住民族研究季刊，第 5 卷第 3 期秋季號。

⁴⁵ 內政部 103 年 6 月 10 日台內警字第 10308714563 號令修正槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條、第 11 條、第 15 條條文，行政院公報，第 20 卷第 107 期，2014 年 6 月 10 日，第 20549 頁。

http://gazette.nat.gov.tw/EG_FileManager/eguploadpub/eg020107/ch02/type1/gov10/num3/OEG.pdf (last visited Aug. 8, 2014).

由於原住民自製獵槍，依本質文化傳統，於生活中從事狩獵、祭典、文化技藝傳承使用，依據原住民族基本法 10 條、第 19 條規定，並參考最高法院 102 年 12 月 20 日台上字第 5093 號判決意旨，考量原住民之生活習慣改變，少以捕獵維生，及槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條規定意旨，爰修正第 3 款自製獵槍之定義：一、原住民自製獵槍，係供傳統習俗文化生活工具之用，將「原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具」修正為「原住民於其傳統習俗文化供作生活所用之工具」，並配合語意調整，俾利明瞭。二、自製獵槍為符傳統習俗文化，供作生活工具之用，增訂使用打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈（即工業用底火，俗稱喜得釘），且打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈口徑，最大限為零點 27 英吋，並利安全使用。三、考量自製獵槍使用之用途，明列相關填充物材質，以免使用鋼鐵硬材質之彈丸材料，致穿透性強，殺傷力大，誤擊易造成致命意外。⁴⁶

修正理由儘管說是參考了最高法院 102 年度台上字第 5039 號判決，但依其修正內容而言，只有參考判決關於槍枝部分的見解，增訂了裝填喜得釘的部分，但就判決所允許的「自製子彈」，主管機關全然不接受有任何合法的空間。主管機關就子彈的部分仍維持向來的看法，一律不允許原住民使用子彈，無論是何種型式的子彈。主管機關的理由是以治安考量為出發，認為我國的槍彈管理政策是嚴格禁止，極為例外的狀況方才允許，例外的情形並佐以集中式管理，例如，警察、軍隊、學校及射擊協會等等獲准使用槍彈的機關或單位，槍彈都是集中在特定地點存放保管，並施以嚴格的領用清點管理制度，避免槍彈流出而危害治安。在原住民可以合法使用自製獵槍的情形下，槍枝部分已為個別原住民所管領持用，此部分已非集中管理，難以有效防止槍枝流出，如果再開放子彈，原住民槍彈的管理制度將從部分集中式變成全面分散式，難保有心之人不會伺機取得槍枝與彈藥，進而危害社會治安。⁴⁷

觀察最高法院的裁判與主管行政機關的回應，可知司法與行政機關關於子彈的爭議持續步調不一，此部分實有賴進一步的政策檢討、對話及建立共識。原住民使用子彈的問題，存在著兩個截然不同利益的緊張關係，從原住民族的角度來看，使用槍彈係在維繫傳統狩獵文化，側重在文化層面；從主管機關及主流族群的立場來看，禁止槍彈在於維持有效管理槍彈的機制，偏重於治安的考量。原住民族向來對於槍彈管理政策並無提出具體論述，相反地，主管機關及主流族群則是一味恐懼原住民持有槍彈或一味否定原住民有效管理的能力，彼此間更是欠缺對話與交集的機會。由於最高法院的判決未能提出深度的政策思考，過於簡化的答案自然未能夠解決問題，可以預見的，司法與行政機關對於原住民持有子彈的看法分歧下，爭議問題仍會來到司法機關，引導法律解釋的政策思考大有必要，期盼吾人能夠及早就原住民使用槍彈的管理制度展開對話與討論，進而提出具體政策，最終能在傳統文化與社會治安間覓得平衡點。

⁴⁶ 內政部 103 年 5 月 20 日台內警字第 10308712902 號函預告修正「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」第 2 條、第 11 條、第 15 條，行政院公報，第 20 卷第 95 期，2014 年 5 月 22 日，第 18391 頁。
http://gazette.nat.gov.tw/EG_FileManager/eguploadpub/eg020095/ch02/type3/gov10/num8/OEg.pdf (last visited Aug. 8, 2014).

⁴⁷ 第 11 條的修正理由即謂：「本次修正自製獵槍之定義，增加使用打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈，益增危險性，為加強原住民對自製獵槍之儲存及管理，避免未成年人取得發生意外，或遭歹徒或竊賊竊取使用淪為犯罪工具。是以，原住民個人許可持有之自製獵槍、彈藥之儲存、保管，應比照第一項機關（構）、團體經許可購置之槍砲、彈藥儲存保管規定辦理，爰增訂第二項。」

原住民自製獵槍許可與管理法制之研究

曾正一

中央警察大學專任教授兼系主任、所長

壹、前言

民國（下同）72年6月27日頒布槍砲彈藥刀械管制條例（以下簡稱本條例）時，即已於本條例第14條規定，獵槍、漁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，已然有尊重原住民傳統生活習慣而許可其用槍之旨意；然對未經申請而私自製造、持有獵槍之原住民，仍規定應依本條例之罰責論處，尚無除罪、除刑、阻卻違法或阻卻責任之例外。嗣本條例先後分別在74年1月18日、79年7月16日及85年9月25日修正部分條文後，內政部（警政署）即於86年3月24日訂頒「生活習慣特殊國民獵槍漁槍刀械管理辦法」，並以該辦法第3條第2項規定，本條例准許原住民製造、持有之獵槍，以供其等狩獵、祭典等生活工具之用者為限；然就未經行政程序申請、核准自製獵槍之原住民，仍未設有例外除罪、除刑的規定。鑒於原住民因此而誤觸法網者仍多，為免處罰過苛，立法者乃於86年11月24日就本條例增訂第20條第1項規定，對於未經行政程序核准而自製、持有獵槍之原住民，減輕或免除其刑，此為本條例就原住民自製獵槍「除刑不除罪」之規範。值得注意的是，立法者於本次修正理由中揭示，本條增設之目的，除在保障原住民的傳統文化生活習俗外，自製獵槍性能低下，不若制式槍枝的威脅性高，對社會秩序之妨礙有限，係本條增設「除刑不除罪」考量的重點。及至90年11月14日，立法者復再審酌，人權重視暨固有文化之保存已然為全人類共識，且國際人權兩公約¹亦已於國際間生效並實施有年，本諸我國一向標榜人權立國，並考量原住民自製獵槍縱未經行政程序申報核准，課以行政罰鍰已能收管制之效，亦與罪刑相當的法理相符，從而將原住民自製獵槍不論是否曾經行政程序申報核准，均予以「除罪化」，改僅課以行政罰鍰的法律效果，並強制原住民應向警察機關履行申報義務，此乃兼顧原住民傳統文化生活習俗之維持暨社會秩序之維護的衡平。

茲有疑義者，本條例中原住民自製獵槍免責條款之歷次增、修訂，立法者僅單純於法條中明示，須自製者為獵槍，始有該免責條款之適用，然就何謂原住民「自製獵槍」，其定義法迄無明文規範。警察機關隨即發現本條例上開規定之漏洞與執行之盲點，為免原住民自製獵槍之性能益發演化、精進，對社會治安之維護造成衝擊，內政部（警政署）乃於87年6月2日，以(87)台內警字第8770116號函釋謂：「一、『自製獵槍』：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。二、『射出物』：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於

¹ 國際人權兩公約係指「經濟社會文化權利國際公約」與「公民與政治權利國際公約」，於1967年在國際間生效實施。

槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈。」除將本條例規範之原住民「自製獵槍」的定義作一明確詮釋外，並藉此釋示將原住民自製獵槍型態限定為「前膛槍」²型式之自製獵槍，以杜絕原住民得合法自製「後膛槍」³型式的高性能獵槍之可能。內政部（警政署）嗣於本條例90年修正將原住民自製獵槍予以除罪化後，於100年11月17日，延續上開87年函釋內容，修正發布「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」（以下簡稱本辦法）第2條第3款調，本條例所規定之原住民自製獵槍係指：「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。」再次重申原住民自製獵槍僅限「前膛槍」型式的獵槍之意旨。期間上開本辦法及內政部（警政署）函釋有關原住民「自製獵槍」之定義，迭受司法實務判決之挑戰，⁴內政部（警政署）復於103年6月10日修正公布本辦法第2條第3款調，本條例所規定之原住民自製獵槍係指：「指原住民為傳統習俗文化，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之地點，並依下列規定製造完成，供作生活所用之工具：（一）填充物之射出，須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，或使用口徑為0點27英吋以下打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆。（二）填充物，須填充於自製獵槍槍管內發射，小於槍管內徑之玻璃片、鉛質彈丸固體物；其不具制式子彈及其他類似具發射體、彈殼、底火及火藥之定裝彈。（三）槍身總長（含槍管）須38英吋（約96點5公分）以上。」修正理由並調：「由於原住民自製獵槍，依本質文化傳統，於生活中從事狩獵、祭典、文化技藝傳承使用，依據原住民族基本法第10條、第19條規定，並參考最高法院102年12月20日台上字第5093號判決意旨，考量原住民之生活習慣改變，少以捕獵維生，及槍砲彈藥刀械管制條例第20條規定意旨，爰修正第3款自製獵槍之定義：一、原住民自製獵槍，係供傳統習俗文化生活工具之用，將『原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具』修正為『原住民於其傳統習俗文化供作生活所用之工具』，並配合語意調整，俾利明瞭。二、自製獵槍為符傳統習俗文化，供作生活工具之用，增訂使用打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈（即工業用底火，俗稱「喜得釘」），且打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈口徑，最大限為0點27英吋，俾利安全使用。三、考量自製獵槍使用之用途，明列相關填充物材質，以免使用鋼鐵硬材質之彈丸材料，致穿透性強，殺傷力大，誤擊易造成致命意外。四、考量自製獵槍槍身太短，於林間打獵易因碰撞或掉落而使槍口朝向用槍者，致生意外，且易於隱藏，而淪為犯罪工具，爰明定槍身總長度。」⁵惟仍堅持限定原住民自製獵槍僅限於「前膛槍」型式之自製獵槍，料將引發諸多爭議。

貳、原住民自製獵槍許可與管理法制之概述

有關原住民製造、運輸、持有自製之獵槍暨其使用之子彈的相關法令規範，主要有本條例與

² 前膛槍前膛槍結構簡單，有槍管、打擊錘裝置、扳機、護木、槍托等零件所組成。此種槍枝必須使用有煙火藥、鑄鐵霰彈，火藥及霰彈從槍口送入槍膛內部，其特性為裝填子彈速度慢、威力較弱。

³ 後膛槍係可直接從槍管後端將子彈塞入彈膛（室），其特性為裝填子彈速度快、威力較強。

⁴ 例如臺灣屏東地方法院 99 年重訴字第 11 號判決、臺灣高等法院高雄分院 100 年上訴字第 210 號判決、最高法院 101 年台上字第 1563 號判決、臺灣高等法院高雄分院 101 年上更（一）字第 34 號判決、最高法院 102 年台上字第 5203 號判決、臺灣高等法院高雄分院 102 年上訴字第 672 號判決、最高法院 99 年台上字第 5771 號判決、最高法院 102 年台上字第 5093 號判決等均為適例可資參考。

⁵ 103 年 6 月 10 日新修正本辦法第 2 條第 3 款規定之修正理由參照。

內政部（警政署）所訂頒之本辦法兩種。茲將其相關重要條文節錄以資參考。

一、本條例中相關的主要規定：

（一）本條例第 4 條第 1 項第 1 款後段規定：「槍砲：...其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲。」

（二）本條例第 4 條第 1 項第 2 款規定：「彈藥：指前款各式槍砲所使用之砲彈、子彈及其他具有殺傷力或破壞性之各類炸彈、爆裂物。」

（三）本條例第 4 條第 2 項規定：「前項第 1 款、第 2 款槍砲、彈藥，包括其主要組成零件...」

（四）本條例第 4 條第 3 項規定：「槍砲、彈藥主要組成零件種類，由中央主管機關公告之。」

（五）本條例第 5 條規定：「前條所列槍砲、彈藥非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、運輸...」

（六）本條例第 6 之 1 條規定：「第 5 條及第 6 條所定槍砲、彈藥、刀械之許可申請、條件...及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。」

（七）本條例第 8 條第 1 項規定：「未經許可，製造、販賣或運輸...其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或 5 年以上有期徒刑...」

（八）本條例第 12 條規定：「未經許可，製造、販賣、運輸子彈者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑...」

（九）本條例第 13 條規定：「未經許可，製造、販賣、運輸槍砲、彈藥之主要組成零件者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑...」

（十）本條例第 20 條第 1 項規定：「原住民未經許可，製造、販賣、運輸或持有自製獵槍...，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。」

（十一）本條例第 20 條第 3 項規定：「前 2 項之許可申請、條件...及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。」

二、本辦法中相關的主要規定：

（一）本辦法第 2 條第 3 款規定：「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。」

（二）103年6月10日本辦法第2條第3款新修正規定：「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：1.填充物之射出，須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，或使用口徑為0點27英吋以下打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆。2.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。3.槍身總長（含槍管）須38英吋(約96點5公分)以上。」

（三）本辦法第 15 條第 1 項規定：「原住民因狩獵、祭典等生活需要，得申請製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍。」

揆諸上開法令規範，其中尤以本條例第 20 條之修正最為關鍵，茲將本條之修正沿革暨其修

正的主要理由簡要敘述如下：

三、本條例第 20 條之修正沿革暨其修正的主要理由

(一) 86 年 11 月 24 日之修正條文：「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。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。」

修正的主要理由：原住民自製之獵槍，屬傳統獵捕維生之生活工具，且其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，乃增訂減輕或免除其刑規定。

(二) 90 年 11 月 14 日之修正條文：「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 萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。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。前 2 項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。」

修正的主要理由：原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權的嚴重傷害。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，不但符合行政程序法之規定，亦保障原住民基本之生活權益。

(三) 93 年 6 月 2 日之修正條文：「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。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。前 2 項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。主管機關應輔導原住民及漁民依法申請自製獵槍、漁槍。」

修正的主要理由：90 年 11 月 14 日修正公布條文的立法理由，係基於尊重原住民族傳統文化而將刑罰予以除罪化，改以行政秩序罰處分，即以行政機關積極輔導的方式協助原住民辦理申請登記事宜；惟警察機關在實務上卻以警訊偵查程序進行查察，且在罰鍰處分時，又未按個案情形，例如初犯與否、槍枝性能等作不同裁量，致加重原住民生活經濟負擔，是以參照一般法規有關行政罰規定增列上下限規定，俾供作處分裁量之依據。復為照顧原住民生活所需，增列第 3 項原住民得申請自製漁槍、獵槍。

(四) 94 年 1 月 26 日之修正條文：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，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。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魚槍，供作生活工具之用者，亦同。前 2 項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。主管機關應輔導原住民及漁民依法申請自製獵槍、魚槍。第 1 項、第 2 項情形，於中央主管機關報經行政院核定辦理公告期間自動報繳者，免除其處罰。」

修正的主要理由：增訂修正條文第 5 項規定，原住民或漁民未經許可，製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借或寄藏自製之獵槍、魚槍，於中央主管機關公告期間自動報繳者，免除其處罰及其例外規定。

(五) 100 年 1 月 5 日之修正條文：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚

槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，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。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魚槍，供作生活工具之用者，亦同。前 2 項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。於 90 年 11 月 14 日本條例修正施行前，原住民單純僅犯未經許可製造、運輸、持有及相互間販賣、轉讓、出租、出借或寄藏自製之獵槍、魚槍之罪，受判處有期徒刑以上之刑確定者，仍得申請自製獵槍、魚槍之許可。主管機關應輔導原住民及漁民依法申請自製獵槍、魚槍。第 1 項、第 2 項情形，於中央主管機關報經行政院核定辦理公告期間自動報繳者，免除其處罰。」

修正的主要理由：增訂修正條文第 4 項規定，於 90 年 11 月 14 日本條例修正施行前，原住民單純僅犯未經許可製造、運輸、持有及相互間販賣、轉讓、出租、出借或寄藏自製之獵槍、魚槍之罪，受判處有期徒刑以上之刑確定者，仍得申請自製獵槍、魚槍之許可。

參、相關爭點分析

一、原住民自製獵槍認定之爭議

(一) 本條例規定：本條例第 20 條第 1 項規定：「原住民未經許可，製造、販賣、運輸或持有自製獵槍...，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。」同條第 3 項規定：「前 2 項之許可申請、條件...及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。」

(二) 內政部（警政署）意見：內政部（警政署）(87)台內警字第 8770116 號函釋稱：「一、『自製獵槍』：指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力製造或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成，以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充之射出物射出，非使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者。二、『射出物』：指供自製獵槍引爆槍管內火藥後發射之用，填充於槍管內，遠小於槍管內徑之固體物，如玻璃片、彈丸等，且不含具有彈頭、彈殼及火藥之子彈。」除將本條例規範之原住民「自製獵槍」就其定義作一明確詮釋外，並藉此釋示將原住民「自製獵槍」型態限定為「前膛槍」型式之自製獵槍，以杜絕原住民得合法自製「後膛填彈型式之高性能槍枝」之可能，此一函釋內容明確地賦予各警察機關取締標準。

內政部（警政署）嗣於本條例 90 年修正將原住民自製獵槍予以除罪化後，於 100 年 11 月 17 日延續上開 87 年函釋內容，修正本辦法第 2 條第 3 款調，本條例所規定之原住民自製獵槍係指：「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。」再次重申原住民自製獵槍僅限「前膛槍」型式之自製獵槍。

(三) 本辦法原規定：本辦法原第 2 條第 3 款規定，「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。」應即指「前膛槍」型式之自製獵槍為限。

(四) 本辦法新修正規定(103年6月10日修正意見)：103年6月10日本辦法第2條第3款新修正規定，「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：1.填充物之射出，須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，或使用口徑為0點27英吋以下打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆。2.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。3.槍身總長(含槍管)須38英吋(約96點5公分)以上。」惟仍限定原住民自製獵槍僅限「前膛槍」型式之自製獵槍，僅開放底火可使用打擊打釘槍用邊緣底火(工業用底火，俗稱「喜得釘」)。

(五) 臺灣屏東地方法院 99 年重訴字第 11 號判決意見：本條例第 20 條第 1 項規定之「自製獵槍」，顯非本條例第 4 條第 1 項第 1 款前段規定所指之「獵槍」，而屬同條例第 4 條第 1 項第 1 款後段規定之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」，只要為原住民族本於其文化傳統，供其於生活中從事狩獵、祭典、文化、技藝傳承活動使用，而簡易自製者即屬本條例第 20 條第 1 項規定之「自製獵槍」，應以其設計旨在便利狩獵，且持用者果持之以狩獵射擊為要。警察機關 87 年度之函釋意旨尚不得拘束承審法院適用法律，本案被告所自製者縱為「後膛槍」型式槍枝，惟確係被告持用以狩獵，堪認符合本條例原住民自製獵槍免責條款之立法意旨。

(六) 臺灣高等法院高雄分院 101 年上更(一)字第 34 號判決意見：內政部函釋(內政部 87 台內警字第 8770116 號函釋⁶)關於「自製獵槍」之定義，顯係與政府各相關單位廣泛討論而得之專業意見，非僅內政部單一之見解，自堪採為實務上判斷，「自製獵槍」之標準甚明。

(七) 最高法院 101 年台上字第 1563 號判決意見：原住民自製獵槍應僅限原住民被告本於其傳統文化所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而以「傳統方式」所製造、運輸或持有之「自製簡易獵槍」，始符本條例原住民免責條款之規定。

(八) 最高法院 102 年台上字第 5093 號判決意見：本條例原住民免責條款所謂「自製之獵槍」，係指原住民為供作生活工具之用，而自行製造本條例第 4 條「具有獵槍性能之可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝」而言，而所自製之獵槍裝填火藥或子彈之方式，法律既未設有限制，則無論係「前膛槍」或「後膛槍」型式自均應包括在內，且只要原住民本於其傳統習俗文化目的有關而自行製造、持有之獵槍，即應認係供作其生活工具之用，不以專持狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限，然如溢出此範圍而使用自製獵槍，自不在此限。中央主管機關 87 年 6 月 2 日(87)台內警字第 8770116 號函釋及依本條例第 20 條第 3 項授權訂定之本辦法第 2 條第 3 款規定，均將原住民自製獵槍定義為「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」之「前膛槍」型式的自製獵槍，係增加法律所無之限制，顯已逾越法律授權，法院自不受其拘束。

(九) 最高法院 102 年台上字第 5203 號判決意見：本條例既將獵槍、空氣槍及魚槍分別列舉，足見三者係分屬不同種類之槍械，本條例第 20 條第 1 項原住民免責條款，既未將自製之空氣槍列入其中，則原住民自製空氣槍即不在該法得免責之列。然本條例及相關法令就何謂「獵槍」

⁶ 內政部 87 年(87)台內警字第 8770116 號函釋認為所謂原住民自製獵槍之定義為：「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。」

之定義除無明文規定外，司法實務操作上亦無法取得精準、一致性之定義，從而縱本條例確有此型式上之分類，實務上尚無法具體落實扣案槍枝屬性之歸納，參以上開免責條款係對被告有利之刑罰構成要件屬性，如有疑義，自應以對被告最有利之解釋方式認定其適用。依此，則槍枝屬性歸類不明之不利利益，自不應由被告承擔，是上開判決意旨，容有再予斟酌之餘地；遑論一般均較空氣槍威力為強之火藥式獵槍可免責，空氣槍竟反不適用免責規定，其認事用法果否有輕重失衡之議。亦即，判斷之標準應著重在槍枝使用之目的、場合，凡持之以狩獵者，無論該槍係左輪手槍、自動手槍、步槍、霰彈槍乃至機槍型式，均可視之為獵槍，即符合本條例之上開免責規定。

（十）最高法院 103 年台上字第 443 號判決意見：本條例原住民免責條款所規定之自製獵槍，係「原住民自行製造，目的僅供狩獵、祭典等活動使用，且其發射速度較慢、威力較小、攜帶較為不便之簡易長槍，始與立法本旨相契合。

本文意見：按臺灣屏東地方法院 102 年重訴字第 2 號案件法院於審理原住民自製、持有獵槍案件時，曾函詢內政部及國防部軍備局關於「獵槍」究有無標準定義，並經各該機關函覆闕如，因而認為獵槍顯係以持用之場合歸類，而非以構造區別。⁷承此，本條例原住民免責條款中所謂之「自製獵槍」，揆諸本條例第 4 條第 1 項第 1 款之槍砲分類，在實務操作上，究將被歸類屬該條款後段所謂「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍砲」的土造槍枝性質，俾與「制式槍砲」作區隔。是以本文認為本條例第 20 條第 1 項規定之「自製獵槍」應屬本條例第 4 條第 1 項第 1 款後段規定之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」，而非同條款前段規定之「獵槍」，兩者應予區別似較妥適。蓋本條例第 4 條第 1 項第 1 款前段規定之「獵槍」，著重於其構造、性能上之特徵，係指涉一種非高度殺傷力的制式槍枝概念，亦即著重於制式槍枝中依其構造、性能上之特徵而為分類之概念。而本條例第 20 條第 1 項規定之「自製獵槍」，則著重於槍枝之功能--供狩獵習俗文化等供作生活工具之用，只要符合「原住民」、「自製」、「非制式」、「供狩獵傳統習俗文化等供作生活工具之用」等要件即屬之，並未要求係屬「前膛槍」型式之自製獵槍方屬之。內政部（警政署）基於維護社會治安之公益目的考量，如認為本條例第 20 條第 1 項規定之原住民「自製獵槍」應僅限於「前膛槍」型式之自製獵槍方屬之，則應修正本條例之規定或立法明確授權規定似較妥適。

二、原住民自製獵槍所使用子彈（填充物）認定之爭議

（一）本條例規定：本條例第 4 條第 1 項第 2 款規定：「彈藥：指前款各式槍砲所使用之砲彈、子彈及其他具有殺傷力或破壞性之各類炸彈、爆裂物。」

（二）立法委員意見：立法委員陳○為確保原住民狩獵文化的延續，曾提案修正原住民合法持有自製獵槍、子彈，應予完全除罪化。認為 90 年 11 月 14 日修訂本條例時，將原住民持有自製獵槍除罪化，卻把「子彈」摒除在外，「有槍無彈」的半套式作為，有損原住民狩獵文化的延續，另也造成檢警因法律規章不明而見解分歧，人民無所適從。同時表示，其原也提案將「附隨彈藥填充物」納入修法放寬範圍，但內政部警政署反對，最後委員會通過附帶決議，請內政部警政署函釋所屬機關，不得將持有獵槍「附隨彈藥填充物」者移送法辦。並認為若內政部警政署沒有函釋清楚，將使原住民自製獵槍（彈）成為「半套」式的除罪化，原住民獵人持有彈藥是否犯罪，也將造成原住民獵人及警察機關等執法者的困擾與爭議，不同檢警機關辦案時也可能出現不

⁷ 曾士哲，〈原住民自製獵槍應限槍枝之效能簡易者始可免責（二）〉，《法務通訊》〈臺北〉，第 2696 期，103 年 5 月 9 日，頁 4。

同的見解。⁸

(三)內政部警政署意見：將原住民自製獵槍所使用之「子彈」摒除在外是因為原住民自製獵槍所用的子彈，係類似彈丸的「填充物」，材質則是鋼珠、鐵釘或玻璃，再利用火藥擊發出去，原住民自製獵槍所用的子彈雖名為子彈，但與大家所認知的子彈（後膛槍使用之子彈，又稱為定裝彈，具彈頭、彈殼、火藥與底火之完整結構）並不相同，原本非屬管制品，自不需修法。⁹

(四)最高法院 102 年台上字第 5093 號判決意見：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 20 條第 1 項規定之「隱藏性」要件，此乃法律條文與法規體系之當然解釋。

本文意見：原住民自製獵槍的法律屬性：應屬本條例第 4 條第 1 項第 1 款後段規定之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」，原住民自製獵槍所使用之子彈的法律屬性：除非不具殺傷力或破壞性者外，否則自屬本條例第 4 條第 1 項第 2 款規定之「彈藥：指前款各式槍砲所使用之砲彈、子彈及其他具有殺傷力或破壞性之各類炸彈、爆裂物」，均為本條例管制之槍砲與彈藥的範圍，自應受本條例之拘束，當然亦有本條例第 20 條第 1 項規定之適用。¹⁰

另本文認為上開立法委員與內政部警政署之意見，看似相左，但其實並不相悖。蓋立法委員意見中所指之「子彈」應係指「後膛槍使用之子彈」（定裝彈），而內政部警政署之意見係指「前膛槍使用之子彈」（非定裝彈，不具彈殼、火藥與底火需分開裝填），兩者所論係兩種不同型式槍枝使用之子彈，並不相同應予區別。

有關上開立法委員及最高法院意見所指者應屬「後膛槍使用之子彈」（即定裝彈，具彈頭、彈殼、火藥與底火之完整結構），依據本條例第 4 條第 2 項之規定：「前項第 1 款、第 2 款槍砲、彈藥，包括其主要組成零件…」，「後膛槍使用之子彈」（定裝彈）其主要組成零件應包括：（一）具有摧毀物質或殺傷人畜能力的彈丸，又稱為彈頭；（二）作為推進彈頭火藥的容器，通稱為彈殼，彈殼通常是以合金製造；（三）作為動力來源而用來推進彈頭的火藥，又稱為推進藥或發射藥；（四）用來引燃推進藥的火藥，一般稱為底火，通常位於彈殼底端等四大部份。

因此，如原住民合法自製之獵槍苟僅限於「前膛槍」型式之自製獵槍，原住民合法自製獵槍使用之子彈（填充物）則應僅限於「非定裝彈」（不具彈殼、火藥與底火需分開裝填的填充物）；如原住民合法自製之獵槍不限於「前膛槍」型式之自製獵槍，苟尚包括「後膛槍」型式之自製獵槍，原住民合法自製獵槍使用之子彈（填充物）則應包括「定裝彈」（具彈頭、彈殼、火藥與底火之完整結構的子彈）與「填充物」（非定裝彈，不具彈殼、火藥與底火需分開裝填的填充物）。

三、原住民自製獵槍「非定裝彈」使用「工業用底火」（俗稱「喜得釘」）之爭議

(一)內政部警政署 103 年 6 月 10 日前之意見：「工業用底火」（俗稱「喜得釘」），係工業擊釘器所用之「不具彈頭」空包彈，雖空包彈不具彈頭，其擊發原理與擊發「子彈」的方式相同，用之於原住民自製獵槍可擊發空包彈的槍枝，亦可擊發適用之具彈頭「子彈」（具彈頭、彈殼及火藥），殺傷力大，係屬本條例第 4 條第 1 項第 2 款「各式槍砲所使用之砲彈、子彈及其他具有

⁸ 立法院第 7 屆第 6 會期第 1 次會議議案關係文書，院總第 1187 號，政府提案第 12160 號，99 年 6 月 9 日，頁 146-152。

⁹ 立法院第 7 屆第 6 會期第 1 次會議議案關係文書，院總第 1187 號，政府提案第 12160 號，99 年 6 月 9 日，頁 147。

¹⁰ 按本條例第 4 條第 1 項係屬原則性規定，本條例第 20 條第 1 項係屬例外性規定，端視個案情形分別適用本條例第 4 條第 1 項原則性規定加以處罰，抑或適用本條例第 20 條第 1 項例外性規定予以免責。

殺傷力或破壞性之各類炸彈、爆裂物」的管制範圍。¹¹

(二) 內政部警政署103年6月10日後之修正意見：原住民自製獵槍填充物之射出，須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，或使用口徑為0點27英吋以下打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆。修正理由謂：原住民自製獵槍使用之填充物，為符原住民傳統習俗文化，供作生活工具之用，增訂使用打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈（即工業用底火，俗稱「喜得釘」），且打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈口徑，最大限為0點27英吋，俾利安全使用。¹²

本文意見：縱原住民合法自製之獵槍僅限於「前膛槍」型式之自製獵槍，原住民合法自製獵槍所使用之子彈（填充物）雖僅限於「非定裝彈」，惟工業用底火（俗稱「喜得釘」）非屬定裝彈之主要組成零件，依據本條例第4條第2項規定：「前項第1款、第2款槍砲、彈藥，包括其主要組成零件。但無法供組成槍砲、彈藥之用者，不在此限。」自不屬本條例第4條第1項第2款「各式槍砲所使用之砲彈、子彈及其他具有殺傷力或破壞性之各類炸彈、爆裂物」的管制範圍，應可合法使用。

四、中央主管機關（內政部）以本辦法限制原住民自製獵槍（含子彈）型式之爭議

(一) 本條例規定：本條例第4條第3項規定：「槍砲、彈藥主要組成零件種類，由中央主管機關公告之。」本條例第5條規定：「前條所列槍砲、彈藥，非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、運輸、持有、寄藏或陳列。」本條例第6之1條規定：「第5條及第6條所定槍砲、彈藥、刀械之許可申請、條件、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。」本條例第20條第3項規定：「前2項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。」

(二) 內政部（警政署）意見：本條例係以管制槍砲、彈藥、刀械，維護社會秩序、保障人民生命財產安全為目的。舉凡槍砲、彈藥、刀械，除依法令規定配用者外，均受本條例之管制與規範，非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借、持有、寄藏或陳列。獵槍亦屬前揭槍砲之一，自無例外。本條例第20條第3項乃授權中央主管機關定之。其授權目的、內容與範圍均屬明確，尚無增加法律所無限制或牴觸上位法律規範等情形。本部據以訂定之本辦法第2條規定，原住民與自製獵槍之立法定義與認定基準，不僅核符本條例之立法目的與修正沿革意旨，亦符合整部法律之法規範關聯性與論理解釋之規範意義。¹³

(三) 臺灣屏東地方法院99年重訴字第11號判決意見：警政機關87年度之函釋意旨尚不得拘束承審法院適用法律，本案被告所自製者縱為「後膛槍」型式槍枝，惟確係被告持用以狩獵，堪認符合本條例原住民自製獵槍免責條款之立法意旨。

(四) 最高法院102年台上字第5093號判決意見：中央主管機關87年6月2日(87)台內警字第8770116號函釋及依本條例第20條第3項授權訂定之本辦法第2條第3款規定，均將原住民自製獵槍定義為「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」之「前膛槍」型式自製獵槍，

¹¹ 102年4月6日宜蘭縣南澳鄉李姓原住民持有工業用底火（俗稱「喜得釘」）之自製獵槍遭宜蘭縣警察局蘇澳分局查獲移送法辦，內政部警政署對該案之說明稿內容表示之意見。

¹² 103年6月10日新修正本辦法第2條第3款之修正理由參照。

¹³ 立法院第7屆第2會期第11次會議議案關係文書，院總第1187號，委員提案第8554號，97年11月26日，頁144-152。

係增加法律所無之限制，顯已逾越法律授權，法院自不受其拘束。

本文意見：內政部（警政署）依據本條例第 4 條第 3 項、第 5 條、第 6 之 1 條及第 20 條第 3 項之授權規定，訂頒本辦法規範原住民自製獵槍及其使用子彈（填充物）之型式自是依法有據，並未逾越本條例之授權。惟本辦法規範原住民自製獵槍及其使用子彈（填充物）型式之標準，係依「前膛槍」、「後膛槍」與可否擊發子彈（定裝彈，具彈頭、彈殼、火藥與底火之完整結構的子彈）以為區別，至衍生「前膛槍」使用之填充物（非定裝彈）為適法與「後膛槍」使用之子彈（定裝彈）為非法的爭議，似有可議。如前所述，本文認為原住民合法自製獵槍只須符合「原住民」、「自製」、「非制式」、「供狩獵傳統習俗文化等供作生活工具之用」等要件即屬之，既係「供狩獵等供作生活工具之用自製獵槍」理當應可擊發子彈，否則如何稱之為自製「獵槍」。另應否限制自製獵槍裝填子彈（填充物）方式而將自製獵槍區分為「前膛槍」、「後膛槍」型式之自製獵槍，並以之作為適法性的判斷標準，復衍生「前膛槍」裝填者謂之填充物為適法，「後膛槍」裝填者謂之子彈為非法，顯無必要且徒增困擾。

本文認為 86 年本條例訂定原住民自製獵槍免責條款之立法意旨，即「自製獵槍應限效能低下之簡易槍枝類型始能認合法」，此項立法意旨迄未更迭，從而原住民自製獵槍應受此條件之限制始可免責，應屬無疑。是以以原住民自製獵槍效能是否高低強弱作為判斷得否免責之標準，未必與自製獵槍係屬「前膛槍」抑或「後膛槍」型式有關，亦即，「前膛槍」未必即屬簡易型態且效能低下，若得擊發高於制式槍枝性能之填充物，自非屬簡易型態且效能低下之自製獵槍；同理，「後膛槍」亦未必均屬「複雜型態且效能高上」之槍枝，仍應綜觀整體自製獵槍之效能高低強弱，以為認定是否確有本條例原住民自製獵槍免責條款之適用。如此判斷方式，非但與本條例原住民自製獵槍免責條款之立法意旨、上開最高法院之判決意旨、內政部（警政署）之函釋、本辦法之立場相符，亦不致衍生「前膛槍」裝填者謂之填充物為適法，「後膛槍」裝填者謂之子彈為非法之困擾，且可有效制約原住民自製獵槍之效能於一定之程度內，不至無限上綱提升效能進而危害社會治安。

肆、結語

原住民自製獵槍及其所使用子彈（填充物）適法性的判斷，除涉及憲法第 7 條、第 169 條與憲法增修條文第 10 條第 11 項之合憲性問題，另涉本條例第 4 條、第 8 條與第 20 條、本辦法第 2 條、原住民族基本法第 10 條、第 19 條與第 30 條¹⁴、「經濟社會文化權利國際公約」第 15 條第 1 項¹⁵、「公民與政治權利國際公約」第 1 條、第 26 條與第 27 條¹⁶等諸多相關法令條文的

¹⁴ 「原住民族基本法」第 10 條規定：「政府應保存與維護原住民族文化，並輔導文化產業及培育專業人才。」；第 19 條規定：「原住民得在原住民族地區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。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限」；第 30 條規定：「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。政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。」

¹⁵ 「經濟社會文化權利國際公約」第 15 條第 1 項規定：「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。」

¹⁶ 「公民與政治權利國際公約」第 1 條規定：「一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。」；第 26 條規定：「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。」；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。」

解釋、判斷、認定與適用之適法性問題外，更攸關原住民族傳統文化習俗之傳承與原住民個人權益之干預與保障，應予嚴肅而慎重處理。上開立法委員、內政部（警政署）、各級法院均多次基於各自職責表示意見，固非無的且亦能促進集思廣益之效果，諸值肯定。

本文認為，關於此項爭議，就法制觀點而言，槍彈之分類而具規範意義的標準者應屬「殺傷力或破壞性」之有無與高低強弱的程度，亦即本條例於 86 年 11 月 24 日增訂第 20 條第 1 項規定，立法者於修正理由中揭示，「本條增設之目的，除在保障原住民國人之傳統生活習俗外，自製獵槍性能低下，不若制式槍枝之威脅性高，對社會秩序之妨礙有限...」此項立法意旨迄未更迭，亦為上述各相關機關意見所共同遵循與接受的標準。因此本文認為有關原住民自製獵槍及其所使用子彈（填充物）適法性的判斷，如能以槍彈之效能，即殺傷力與破壞性之有無與高低強弱程度為判斷標準，或能有一較具體客觀之判斷標準外，亦符本條例第 20 條增訂時之立法意旨，且為現階段上開各相關機關表示意見之最大公約數，似可提供審酌。

至於槍彈之效能，即殺傷力與破壞性之有無與高低強弱程度的判斷標準，則可由立法院、司法院、法務部、內政部（警政署）、法務部調查局、刑事警察局、國防部（軍備局）、原住民委員會、農委會、槍彈鑑識專家、法律學者等共同研商擬訂，此一適法性之判斷標準，除可具備科學根據，符合法理基礎，整合各界意見，遵循比例原則，並可達維護原住民傳統習俗文化、保障原住民個人權益與維持公共秩序的衡平之目的。¹⁷

¹⁷ 試舉一例以為本項意見可行性之參考：取締酒駕行為之標準，係以駕駛者駕駛動力交通工具時之體內（血液或呼氣）酒精濃度為斷，而非以駕駛者所駕駛之動力交通工具的種類、品牌，抑或以酒駕者所飲用之酒類、品牌、成分為斷。至於駕駛者駕駛動力交通工具時的體內酒精濃度之程度，法制上區分為三種：一為不罰之酒精濃度程度，次為行政罰法之酒精濃度程度，三為刑事不法之酒精濃度程度。至於三者酒精濃度程度之區別標準，立法擬訂當時亦經立法院、司法院、法務部、內政部（警政署）、法務部調查局、刑事警察局、交通部、鑑識專家、法律學者等共同研商擬訂以資適用。實施初期或有些許不同意見，但時至今日，該適法性之區別標準除較客觀外，亦為大多數國人所能接受，即為適例。

主題五：

立法疏漏 vs. 法律解釋 I：槍砲彈藥刀械管制條例：子彈

【會議實錄】

主持人：原住民族委員會王瑞盈副處長

首先我先介紹這一組的發表人和與談人，那我們這一組的發表人是嘉義地方法院的張道周法官。他的與談人是成功大學的李佳玟教授。第二組的發表人是中央警察大學的曾正一曾主任，他的與談人是桃園地方法院的錢建榮法官。昨天其實談了很多獵槍的問題，昨天其實在結束的時候，撒可努最後提出一個觀點，就是槍不是問題，人才是問題。子彈到底是不是問題呢？接下來就請各位來聽下面的精彩的分析，謝謝。

與談人：國立成功大學法律學系李佳玟副教授

大家好，很榮幸受邀到這個場合發表一些意見，因時間有限，以下我的發言大概區分四點還談。在前幾個場次我想應該已經發很多時間來談傳統文化、狩獵文化、狩獵權，或是狩獵權在國際公約上的意義。不過在這個討論裏面，就我的觀察是呈現一個客觀的法，對上境內他者文化的情況。所謂客觀的法，是指這個法建立在邏輯與抽象的法原則之上，譬如今天的會議是關於原住民狩獵的問題，因此在客觀的抽象的法面對他者的文化時，我們要如何去面对。這樣的談法事實上會出現一個盲點，就是所謂客觀的法事實上也是建立在文化之上，舉一些最簡單的例子，現行刑法除了有規定殺害尊親屬加重罪責，這本質上是建立在東方對於尊親屬有特殊的價值，所以在刑度上有特殊的規範。進一步再談刑法內過失犯，過失犯是應注意、能注意而不注意，所謂的應注意這件是本質上也有文化的指涉，這甚麼樣的情況我們對於眼前的法益侵害情狀可能會有侵害的預期，因此在這樣的情況下，我們因為有預期，而應該做一些預防。這些本質上都有文化的預設在內。所以在我看來，相關的議題其實不是客觀的法面對他者的文化我們應該要如何處理的問題，而事實上是一個法自始建立在主流的文化之上，所以這種情況下，那些教科書上習以為常的法原則，其背後都建立在某些文化預設，這些客觀的法只考慮到主流的文化，而沒有考慮到這個土地上其他比較弱勢的文化，因此在面對這樣的問題時他應該就要退縮，而去考慮到其他文化的問題。這是我要談的第一點。

諸如移民、原住民有關之刑事法或其他法律議題之討論，經常會呈現客觀的法對上他者的文化，因此我們要如何將他者的文化融入現行的法律體制，這樣的談法在我看來是忽略的這個法是建立在主流的文化上，而忽略在這個土地上文化是多元的事實。這樣的討論還會有一個問題，就是文化本質論。所謂文化本質論是當我們在談原住民狩獵文化或是其他國家有和文化抗辯有關的議題時，經常對於文化的想像是單一、固定、不變的。但事實上文化是一個變動的過程，譬如在今天的報告資料，新版的書面資料內第二十四頁就有提到原住民的狩獵文化，狩獵文化固然是原住民族滿傳統的文化一部分，但狩獵文化的表現，使用的器具，他本身會受到外來的刺激而改變，

當你沒有意識到文化本身是一個變遷的、變動的，而是用一種本質上的談法，就會出現今天我們討論獵槍、子彈所遭遇的困境，因為國家法制在面對原住民的狩獵文化，他對於狩獵的想像是非常原始的，因此用自製的，非常簡陋的方式是達成狩獵的儀式，而沒有考慮到在變動的過程，其實一開始原住民族也不是運用獵槍來進行狩獵，事實上是之後有其他的文化刺激進入。而我第一次意識到有明顯的文化變遷，是我有一次去參觀台灣歷史博物館時，參觀到原住民族的紡織布料，每一個族有他們特色的花紋，但我們更往前想的話，在之前織布也非原住民本身就有的。所以我們現在看到原住民那些非常傳統的花紋、花飾事實上也是經過外來文化刺激所產生的傳統，在他們日常生活中有一些更新、維持等等產生出來的東西。意識到文化有所變遷而非本質不變，這件事非常重要，因為今天我們在談有關於獵槍、子彈的問題，他事實上是比較沒有爭議的，他牽涉到的是國家對於槍砲彈械管制、野生動物保育的問題，其實還有其他的文化抗辯是涉及到女性的性自主權，或是生命權。前者我舉一個例子，在非洲他們有割除女性陰蒂的文化，在這樣的文化之下，如果你對於文化採取比較原始，保守不動的概念，其實會面臨到這種文化是否可以被挑戰，或是需被維持，因為我們必須要尊重原民族傳統文化的爭論。所以第二點我要強調這樣的討論很容易使文化認為固定、不變、原始的，以至於後來的變化和挑戰沒辦法涵納進去，以至於在這個議題所產生的情況是我們對於獵槍和子彈的想像非常原始而沒有辦法有隨時代進步的情況。

第三點，今天我聽到的是他的討論是有限制的，他的衝突點只在野生動物的保育上，事實上在今天報告人的文章中問題提出的地方，他事實上也提到這個問題更迫切的，政府更關切的其實並非野生動物的保育而是治安的維護，那治安的維護這件事才會讓法院和內政部處於不同的立場。內政部的作法邏輯上是不合理的，背後所顯現的是內政部最關心的是治安的維護，就這點或許可以參考美國在原住民 1964 年加州的一個判決，他提到為了宗教儀式而使用某一種仙人掌製作的迷幻藥物，這與美國反毒政策有所衝突，我的意思是這個問題的面向的討論除了野生動物的保育還有治安的維護，這種 **law and law** 的問題，在這樣的脈絡下才可以比較容易理解為何內政部會出現邏輯明顯不一致的見解。

最後一點我要談的是，我們的槍砲彈藥管制條例第二十條第一項它的文字和立法意旨事實上是不能配合的，立法意旨是要尊重原住民的文化生活，但他的文字裡面限制「供作生活工具之用」，這樣的文句比較像是在暗示事實上和原住民的經濟生活有關，以這樣的方式理解，便可以知道為何檢察官要針對這個部分上訴，因為很明顯對他的理解是經濟生活，那如果不是以狩獵為生的話就不能主張這個條文，我的評論意見就到這邊，謝謝。

與談人：桃園地方法院錢建榮法官

主持人，各位先進大家好，我只有八分鐘，投影片我應該會越講越快，我們先看一分鐘的影片，有一個裝彈的影片要給大家看，大家都知道莫那魯道是 1930 年左右的人，現在已經是 2014 年了，莫那魯道他們當時是用獵槍和日本人打仗，他們的獵槍請問是前膛槍還是後膛槍？是後膛槍嘛！因為是從後面裝子彈。那為什麼我們一百年後卻要逼原住民用前膛槍的獵槍，這點我不是很理解。這句話也就變成我的標題，就是「我的獵槍和獵場到底干你甚麼事？」，我們講一個規範的荒謬。假如今天內政部訂一個法律說，要拜拜必須用直徑零點零一公分以下的香，如果是太粗的香就不准，不准就必須要處以刑罰，可能就變成放火罪的預備犯。你可以想像這有多麼荒謬。

一樣的意思，如果你規定原住民族狩獵就只能使用自製的前膛槍，非要逼他用一把一點都不

準的槍，而不讓他去買一把好一點的槍，這樣甚麼獵物都沒打到是要打甚麼？是要削弱原住民的意志力的嗎？所以狩獵只准使用自製的前膛槍，而不準用自製的後膛槍，否則這會構成製造或持有槍砲罪。其實說實在，不只是原住民族，我國對於槍之的管理本身就有問題，包括不是原住民族所謂漢族的我們，都是源自於槍枝恐懼症。警政署怕的就是拿槍去打人，而不只打動物，曾主任文章的一個貢獻就是他提到顯然他認為槍枝也要包括後膛槍，光這一點以警大的系主任這樣講我覺得就非常具有影響力。但陳新民大法官再釋字第 669 號解釋協同意見書就提到，其實這就是所謂槍枝恐懼症，我們就是害怕人民擁有槍枝，所以才會有這麼恐怖的重刑化法律。

可是各位可能知道有的人是可以依據特別的條例去擁有槍枝，像是張榮發就有。那我們的空氣槍和各式槍枝都放在一塊，具有殺傷力的各式槍砲可以處無期徒刑或五年以上有期徒刑。結果各位如果看到第八條第六項有一個奇怪的條文，他特別針對空氣槍如果情節輕微可以減輕其刑。奇怪為何只有空氣槍？台灣每次修法就這樣點一點、修一點，因為大法官釋字第 669 號解釋就說這裡的法定刑太重，因為那是金門酒廠四個員工通通用公務員身分，買來空氣槍因為射不遠，所以把彈簧改成強力彈簧，我們的製造很簡單，空氣槍你把瓦斯罐換一個大一點的瓦斯罐，他就變成「製造」。簡單來說，殺傷力超過二十焦耳，剛剛曾主任另一個貢獻就是他呼籲大家各界應該坐下來討論，以殺傷力作為管制，這其實是槍砲彈藥刀械管制條例制訂以來從來沒有討論過的。

我們現在的司法實務，都用秘書長八十一年那個函，司法院秘書長憑甚麼解釋這個東西？他解釋說二十焦耳，或是二十四焦耳穿透豬皮就有殺傷力。所以我常常在想如果前膛槍打過二十焦耳怎麼辦？那不是也有殺傷力嗎？那我就是要用刑法來規範的槍枝。於是這樣五年的徒刑，就算減一半還是有兩年半，所以這四個員工就通通必須去觀且喪失公務員身分。所以釋字第 669 號就說，沒有針對情節輕微去訂，這是違憲的法律。所以警政署就只改空氣槍，你沒說到獵槍，我就不動獵槍。我們臺灣的法律就是每次都這樣修的，導致一塌糊塗，亂七八糟。

那我想請問的是到底甚麼叫獵槍？我其實對整個槍砲彈藥刀械管制條例都搞不懂，剛剛其實有提到我們所謂的衝鋒槍，甚麼甚麼槍，他其是都是針對制式給的名稱，但如果不是制式的呢？獵槍明明就有自製的。所以我認為要從功能取向去解決，而不是從結構取向，你怎麼說結構上這個叫獵槍，那個不叫獵槍，手槍就不能打獵嗎？剛剛講的四個員工就是用空氣槍去打獵，他們打鳥，打獵用的空氣槍也可以叫做空氣獵槍，那不就是獵槍嗎？所以可以用空氣槍打獵？可以阿！這是很簡單的比擬。我們說兇刀，甚麼是兇刀，就是行兇用的刀。就是他的功能是用來行兇。所以今天你拿水果刀來行兇，我們不會叫他水果刀，而會叫他兇刀。那你說今天這把刀就不是水果刀嗎？這不是很奇怪的分類。

我回到 102 年 5093 號判決，這個判決其實最大的關鍵，就是他已經說清楚不管前膛槍、後膛槍，都應該包括在裡面，都是原住民族可以自製的獵槍。然後另外一個，就是張法官剛剛講到的就是把子彈也加進去。其實，警政署的函釋一直沒有子彈，就是他一直認為前膛槍裝的是填充物，所以他死也不會講到子彈，因為他的子彈就是制式有彈頭的子彈，所以當然不會規定子彈。可是我們槍砲彈藥管制條例是槍跟彈分開處罰的，他的處罰條文就是不同。

這個判決我一直認有兩個很大的問題，這個判決確實有很大的貢獻，但是這個判決大家有看出他行言詞辯論的內容嗎？各位可以看一下，這是被告上訴的判決，被告他上訴的理由通通沒寫，最高檢察署的理由也都沒寫，最高法院通通在自說自話，言詞辯論的判決到目前為止最高法

院沒有一次寫的像樣，完全看不出這些判決是有經過言詞辯論還是沒有，至少要些原告講甚麼、被告講甚麼、綜合辯論意旨這樣才對嘛！像是大法官解釋也經過辯論的就這樣寫，但是最高法院的判決從來都看不出來。看不出來的重點在於看不到被告方也就是原住民族方強調的理由，而是最高法院自己在詮釋自己的理由。這是有問題的。

在來這是台灣史上第一次最高法院首件作的無罪判決，撤銷原有罪判決自為無罪判決，我跟林孟皇法官去最高法院和最高法院的庭長一直要求，如果最高法院若認為這個案子有無罪的可能，就自為無罪判決，他們還跟我說怎麼樣都不行，因為刑事訴訟法就是不行，說 394 條說要以下級審的事實為基礎，那如果是無罪判決因沒有事實基礎所以我能為無罪判決。結果這件判決就突然可以為無罪判決，所以我在法官欄上說這件判決不可以就只是無罪判決，應該要寫出為何可以自為無罪判決，結果他還是沒有解釋。所以我認為這個判決他還是無法當成一個先例，因為最高法院有十二個庭，每個庭不會服每一個庭，而這個案子前面 101 年臺上 1563 號判決更一審還是判有罪的，他還是懷疑後膛槍還是屬於刑法應處罰的獵槍。

更另外的問題，這位判決的審判長，判決寫出來不久就高升高等法院院長，最高法院的其他庭不會聽他的話。如果他還在最高法院，我覺得會，因為他是最高法院最資深的法官，可是他現在在高等法院。

前一陣子法官的會議也提到現在這樣判，先前又修了我們剛剛講的辦法，他還是堅持前膛槍。其實我要提另外一個問題是原住民族的漁槍和獵槍早就已經除刑化，在民國九十年十一月十四號修訂二十條時開始就完全不應該進到刑法內，在一百年才有的那個函釋之前，就是八十七年函釋，他已經在九十一年就廢掉了，九十一年以後應該要回到去看管理辦法有沒有訂，但管理辦法一直到一百年十一月十七號才去訂後膛槍，整整有十年的空間根本就已經失效，更可怕的是警政署二月才去做一個新的函釋，因為他意識到八十七年函釋已經失效。所以大家看第二十條的條文很清楚，處二千到二萬元的罰鍰，本條例有關刑罰之規定不適用之。換言之，從這個時候開始就已經不是用刑法了。九十年以前的條文那時候八十七年函釋還可以解釋是因為他的條文寫道：原住民族的獵槍減輕或免除其刑。代表還是刑罰。所以從條文的改變可以發現現在通通不用刑法了，應該要進到行政法院。其實從九十年開始就是行政法院的事，結果我們刑事庭還管人家的事情管十幾年。

所以基本上從九十年修法開始，只要警察移送原住民拿獵槍、漁槍就應該以第 252 條第 8 款行為無不法，直接不起訴。如果檢察官起訴，法官連審都不用審，直接以第 303 條起訴違背法律程式，直接判公訴不受理，案子移到行政法院，由行政法院決定要罰二千或二萬。

昨天我就請教許檢察官，有沒有發現警政署有處以行政罰之案例，我猜一件也沒有。因為依照我在行政法院的經驗，如果要由行政法院來決定，主管機關一定要訂定一個裁量基準，但是完全找不到裁量基準，所以我高度猜測完全沒有一間處罰。因為警察通通認為只要違反管理辦法，我就移到刑罰，所以後膛槍是刑罰，我就移到刑罰。那我想請問，如果未經許可作前膛槍，也要處以刑罰嗎？那長度不合於標準九十六的五公分，若是九十六公分怎麼辦？是處以刑罰還是行政罰？簡單來說，只要原住民族使用獵槍，獵槍全部交由行政法院來處理，只處罰鍰二千到二萬。

而這個獵槍警政署規定只限於前膛槍，已經超越法律之授權，也違反法律之明確性，因為二十條的規定是申請條件期限廢止檢查，有規定你可以定義槍嗎？並沒有。所以他必須交給法院來訂。且這樣的規定也違反原住民基本法，也違法兩公約第一條的原住民自治，警政署在訂這些辦

法時他有找過原住民任何一族的人通通坐下來討論我們怎麼定獵槍嗎？沒有。所以就違法民主自治。引用撒可努講的「槍沒有問題，有問題的是人」，謝謝。

主持人：原住民族委員會王瑞盈副處長

謝謝錢法官精彩的與談，現在時間已經超過五分鐘，但這個問題又相當有趣。可否徵詢四位發表人和與談人的同意開放一個問題？現場有沒有人要提問？

提問人：黃長興先生

請問錢法官，現在有一個問題存在，好像警察單位又做錯了。剛剛說槍抓到了之後罰鍰，可是我們現在花蓮警察局大概有七百隻包括火龍槍，沒收了就不還給本人，這個合法嗎？謝謝。

與談人：桃園地方法院錢建榮法官回應

我查了高雄高等行政法院、臺北高等行政法院及台中高等行政法院關於相關案子，只有高高行和北高行各有一件，都是在處理十字弓，就是認為十字弓違法，但沒有針對槍作處理。關於槍被沒收，我一直覺得警察應該要給一個書面行政處分，再針對沒收的書面行政處分去提起訴願和行政訴訟。我就是認為原住民同胞應該主張這根本是行政法，應該要給書面的行政處分，讓我們去打行政訴願、行政訴訟。從來都不是刑法。建議檢察官應該直接做不起訴處分，就算起訴了法官直接判公訴不受理。來到行政法院，法官會把法律體系做的很清楚，超出法律授權的法律也是行政法院法官都會有的基本觀念，而不要透過刑事庭法官。我們已經弄錯十四年，該回頭了。

主題六：

立法疏漏 VS. 法律解釋 II／

野生動物保育法：自用

主持人：曾華德族群委員（原住民族委員會）

➤ 台灣原住民族的狩獵傳統在現代野生動物管理上之應用：以西魯凱族為例

發表人：裴家騏教授（國立屏東科技大學野生動物保育研究所）

與談人：黃長興委員（行政院原住民族基本法推動會）

➤ 尋求原住民族基本法與野生動物保育法間規範衝突的緩衝地帶-以『違法性意識之可能性』的視角淺析

發表人：吳志強法官（臺灣花蓮地方法院）

與談人：余建國檢察官（臺灣彰化地方法院檢察署）

➤ 原住民之槍械刑責與刑事法之合理因應

發表人：陳重言檢察官（臺灣臺北地方法院檢察署）

與談人：黃明展律師（華泓法律事務所）



台灣原住民族的狩獵傳統在現代野生動物管理上之應用：

以西魯凱族為例

裴家騏、賴正杰

屏東科技大學野生動物保育研究所

摘要

狩獵對於原住民而言，普遍都是其重要的維生方式及文化傳承，但原住民狩獵文化在保育上始終爭議不斷。本研究以屏東縣霧台鄉內之魯凱族隘寮群為例，透過深入訪談法和全球定位系統等技術，紀錄當地狩獵情形，並將其數位化，也藉此了解獵區之空間分布與特性、並探討野生動物資源利用的永續性。研究期間總共完成了六個家族傳承獵區，面積由 0.4 至 18km²。一個獵區中，會密集進行狩獵活動的陷阱區數量在 2 到 5 個之間，但每一個狩獵季節只會使用其中的一個陷阱區。整體而言，一個獵區中的陷阱區平均僅占 9.3% 的面積，而單一狩獵季節內，所利用的陷阱區平均面積僅占 2.9%。獵人間狩獵行為有差異，主要是受到家族背景與年齡因素所影響，50 歲以上的獵人較易受到傳統文化所規範。本研究根據當地山羌的密度，計算其永續狩獵量，顯示其狩獵活動確實具備永續性。但政策、法律、市場經濟與宗教等因素，已嚴重影響狩獵文化裡的經營管理概念。本文建議沿用魯凱族傳統的狩獵管理制度，做為當地自然資源經營管理的藍本，並賦予在地參與的法律支持及參與決策的機制，以創造培養現代專業人才的條件。

關鍵字：原住民狩獵、獵區、野生動物保育、野生動物永續利用。

一、前言

越來越多的研究顯示原住民使用資源的傳統方式較不傷害自然 (Karjala et al., 2004)。在過去，自然資源的管理多是以專業的現代科學技術為方法，由官方與學者所掌控，但是對於當地的資源利用者（如當地的原住民）則抱持著排斥的看法，甚至將當地原住民排除在經營管理的作為之外，此種作法往往會造成當地居民對於管理單位的不滿，進而引發衝突 (McNeely, 1994; 盧道杰等, 2006)。另外，對於地緣偏僻的地區，亦有人力、經費不足等問題，而無法形成有效的管理 (Feeny et al., 1990)。因此，在近代的研究中，針對傳統的管理提出了一些反思，以目前自然環境而言，自然資源的保育與經營管理應該尋找一條人與自然共存的相處之道，而不是一昧將人的因素排除在外 (Miller, 1996)；不應再將當地居民視為保育或經營管理的對立者，而應該是重新界定他們的地位，並建立良好合作的夥伴關係 (McNeely, 1995)。

推展野生動物保育與經營管理工作之經驗顯示，在地居民的參與，尤其是參照當地原有生活形態所發展出的管理策略，不但較易為當地居民所接受、較易落實保育自然的目標，也大大降低了政府在行政上的負擔 (FitzGibbon et al., 2000)。在非洲所施行的「營火計畫 (CAMP FIRE= Communal Areas Management Programme for Indigenous Resources)」，由部落經營管理野生動植物資源，將觀光、垂釣及狩獵等所得的利潤反饋到當地原住民身上；而當自然資源對當地居民具有經濟價值時，居民開始自發性的巡護，對不法盜採、盜伐、盜獵和野生動植物棲地破壞行為有極大的嚇阻作用，實施該計畫對有限資源的政府機關而言，透過當地居民共同參與管理的方式，提供了自然資源管理及保育一項新的選擇 (Child and Peterson, 1991; Peterson, 1991)。

事實上，IUCN 在早在其 1980 年所提出的「世界保育策略」中，就已經推動普遍設置「生物圈保留區 (the Biosphere Reserve)」，以求更有效的達到自然及野生動物保育之目標。在生物圈保留區或類似的制度中，主事者尊重在地居民對自然資源的管理及使用權，重視並借助當地利用自然資源的傳統知識，賦予其經濟價值，以架構一個能達到永續保育目的之管理制度。而在地居民也因為擁有自然資源的價值，主動巡護及維護自然資源外，並往往因而達到文化保存之附帶效果。因此，在形成一個結合政府和當地社區所發展的自然資源共管制度（亦稱：聯合或共同管理制度）的過程中，就特別強調當地原居民的參與及討論；同時，更主動的深入了解當地傳統資源利用的形式、規矩及知識，並且進一步的透過近代生態學的知識去提煉其中的精華，以做為共管制度的基礎。

在目前，我國政府管理自然環境明顯缺乏人力及資源的情況下，邀請原住民族的參與自然資源管理有其必要性與優勢，例如：對於在地生態知識的了解、原住民傳統文化、制度規範與社會網絡等特性，以永續經營的方式，促使保育與在地發展的目標結合 (盧道杰等, 2006)。

在過去的七、八百年以來，魯凱族人都在中央山脈南段（大約界是在出雲山和北大武山之間）的東西兩側狩獵。而這些魯凱族傳統的狩獵地區因為其原始的植被風貌及豐富的野生動物，由北往南現在已分別被劃設為「出雲山自然保留區」、「雙鬼湖自然保留區」及「北大武山自然保留區」。這些地區除了仍有相當豐富的野生動物資源外，更是目前國內少數水鹿及黑熊族群尚稱常見的地區之一。為什麼在如此長久持續的狩獵之下，這些地區仍然保有相當的野生動物資源？本文將以西魯凱族為例，從生態學的角度去探討他們的獵區管理及狩獵傳統，並提供一個以傳統為基礎的資源利用制度，以說明如何利用在地的知識及共管的形式來規劃自然資源的永續管理制度。本文有關西魯凱族的狩獵傳統係整理自於屏東縣霧台鄉所作的兩項研究 (裴家騏、羅方明，

2000；賴正杰，2013）。

二、西魯凱族的獵區管理及狩獵傳統

1. 獵區及其使用

狩獵對魯凱族人而言，是男士們取得榮耀及權力的管道之一。西魯凱族各部落獵區的權利，可分為所有權、使用權與繼承權（台邦·撒沙勒，2009；前述賴正杰研究中之獵人口述）：

- (1) 所有權：名義上皆屬於部落頭目的，由頭目將部落獵區劃分給各家族，各家族再將家族獵區劃分出各個小區，分給各獵人家庭使用。獵區所有權又分為兩種，一種是上述分配給家族、家族傳承的私人獵區，另一種則是所謂的部落公共獵區。公共獵區在平時是禁止狩獵區域，部落舉行慶典時，由部落選取約 6 名獵人進入狩獵，將狩獵到的獵物作為慶典上的儀式使用，故公共獵區屬於低狩獵壓力的區域。
- (2) 使用權：所有直系血親皆可使用家族獵區，非此家族者若想進入狩獵，需有獵區主人陪同，且所獲得獵物需給獵區主人一部分，做為使用獵區的代價。
- (3) 繼承權：為父系世襲制度，由父傳子、子傳孫的方式代代相傳下去，若子孫中無善獵者，可由家族親戚內的獵人代管，直到直系後代子孫有對狩獵有興趣者繼續繼承。

西魯凱族獵區的領域觀念至今都非常強烈，認為獵區的領域性是凜然不可侵犯的，侵犯到私人的獵區領域，會造成獵區主人極大的反彈，獵區主人為了避免自己所屬獵區被偷獵、侵占，獵人會巡視自己的獵區，其領域性的觀念可以確保獵區不受外人重複狩獵。

西魯凱族的獵區並未設置實質的邊界，獵區與獵區之間大多以嶺線、峽谷或河川為界。在 2010 年 1 月至 2011 年 8 月間，由 6 位西魯凱族獵人配帶軌跡記錄器（i-gotU GT-600：衛星定位旅行軌跡紀錄器）至其所屬之家族傳承獵區，標定獵區內之獵寮位置與放置陷阱的獵徑；再以 GIS 軟體 Google Earth 的 3D 立體地形模組，讓獵人藉由三角點、嶺線、河川、峽谷等明顯地景，標示出自己獵區之範圍，並繪製獵區範圍及陷阱佈放區的空間分布圖（圖 1）。這 6 個獵區面積在 0.40-19.36 km² 之間，密集陷阱佈放區各有 2 至 5 個，各獵區中未利用區域佔全獵區面積的比例為 33.3-97.3%（平均=81.5%，SD=23.6，N=6）（表 1）。1 號獵區由佳暮 1 號獵人所擁有，屬於部落裡獵人英雄家族的成員（祖父是黑熊獵人，部落中地位頗高），年齡亦是所有繪製家族獵區的獵人中最年輕的一位；2 號獵區為大武 1 號獵人；3 號獵區為佳暮 3 號獵人；4 號獵區為大武 2 號獵人；5 號獵區由吉露 1 號獵人所繪製，此獵區原為吉露部落的獵區，因吉露部落已遷村，所以目前是此獵人一人使用；6 號獵區為伊拉 1 號獵人，其並非是狩獵技術熟練的獵人，且獵區與家族親戚共用，所以面積特別小且呈現不連續分布。

西魯凱族的獵人都是以陷阱獵為主，狩獵的陷阱以腳套為主，狩獵的組織為 1 人或 2 人一組，大多數以摩托車為交通工具。每一個獵區內密集陷阱佈放區的利用方式是每次只使用其中的一塊，直到狩獵不到獵物才換另一塊陷阱區，並非每次都使用所有的陷阱區。因此，除了 1 號獵區外，其他獵區同一狩獵季節內所使用的陷阱區佔獵區面積的平均比例

為 2.9% (SD=0.02, N=16)。1 號獵區同一獵季所使用陷阱區的平均面積比例為獵區的 16.6% (SD=3.3, N=4)。

由獵區的標定得知，西魯凱族密集陷阱佈放區的配置為散佈式的分佈模式，獵人因為種種的因素（例如：可及性低、動物量低、禁忌...等）只在固定的地區、使用固定的路徑進行狩獵的活動。且在面積廣大的森林中，許多地區是獵人傳統就不利用的地區，如大小鬼湖附近。西魯凱族較集中的狩獵季節為每年的 11 月至翌年的 4-6 月之間，主要原因是夏季為農忙季節，同時也適逢雨季，不利狩獵活動的進行。再者，冬季氣溫較低，獵物可保存的時間也較久，有利狩獵。他們主要獵捕的動物為山羌、山羊及山豬。

2. 狩獵有關的倫理、神話或禁忌

西魯凱族獵人不會在整個陷阱區內以圍繞、封閉或全區貫穿的方式設置陷阱，而是會保留適當空隙，作為野生動物得以通行的迴避通道¹。當狩獵完畢後，獵人會將陷阱收起，避免誤抓獵物又沒人巡視而造成浪費。獵人們都希望受族人的尊敬，因此多認同以下的條件和行為規範：

- (1) 分享獵物給部落族人：獵物須交由頭目分配給族中耆老、婦孺；未交付頭目分享給族人者，將不被部落或長者所承認，意味著無法得到獵人的榮譽。
- (2) 不浪費獵物：獵人若因未即時巡視陷阱而導致獵物在陷阱裡死亡、腐爛，所造成的浪費在部落中是不被允許的，甚至會被譏笑是懶惰的獵人與冒犯部落長者。部落的長者認為浪費獵物是對不起山神與祖靈，而當事者會因此而遭受責罵。
- (3) 不能破壞環境與趕盡殺絕：獵人若有破壞環境之行為²，將會遭到部落長者責備，其道理與不趕盡殺絕相同，皆為了將來能有獵物得以繼續狩獵。

同時，在西魯凱族的神話禁忌中，常提到新月與無月亮的時候是神的兒子狩獵的時間，故族人只會在近滿月與滿月時打獵³。另外還有些普遍的禁忌，例如：鳥占、夢占...等(裴家騏、羅方明，2000；田哲益，2002；賴正杰，2013)。

3. 西魯凱族永續狩獵的關鍵因素探討

綜合而言，西魯凱族的狩獵傳統具備長期使用野生動物資源的元素，從生態學角度來說，至少包括有：

- (1) 獵區強烈排他的領域性，使得在同一時間內使用者人數和能設置的陷阱數有限，一方面限制了單位面積之狩獵努力量，也避免不同獵人重複狩獵而造成過度狩獵的情形 (Berkes, 1998)。而固定巡視獵區的習慣，更能確實地保護獵區並避免盜伐、盜獵、占用等問題。

¹賴正杰 (2013) 中受訪獵人說：「放陷阱要留通道給動物過，都抓光以後就沒得抓了。」

²賴正杰 (2013) 中受訪獵人說：「不能亂砍樹，只要砍超過這個手臂粗的樹，老人家就會罵你，只有蓋房子的時候才允許砍樹。」

³賴正杰 (2013) 中受訪獵人說：「那個神話是這樣，因此他（神的兒子）有很特殊的眼睛，不能跟人群住在一起，不然人全部會死，特地把他送到那個地方，讓他獨自生活在那，村內的原住民會固定送食物與用品給他。他要打獵的時間會告訴部落的人，其他人就不可以打獵；然後他打獵的地方，那個地方就不可以去，是一個禁地，月亮快要沒有的時候就不可以去，等到月亮再出來才能經過那個地方，這個是我以前也是常跟我爸爸這樣做。在打獵的時候，在山上看到月亮快沒有了就要趕快回到前面靠近村莊的地方，等那個兩三天月亮要開始出來的時候，才可以回去打獵。」、「就是佳暮的旁邊，以前這個神話裡就不能隨便進出那邊，也不能隨便折樹枝、不能隨便砍，去那邊的人回來絕對會生病，甚至於都病到都過世。」

- (2) 獵人的行為規範具不趕盡殺絕、不浪費獵物與不破壞環境三項要件，透過村中長者責備與同僚譏笑的壓力，驅使獵人遵守或視為理所當然。
- (3) 主要狩獵的對象均為草食或雜食性的動物，而這些物種的繁殖力及族群數量的恢復力都較高，對狩獵壓力的忍受能力也因此較高。而狩獵活動為季節性的，提供野生動物族群喘息的時間。
- (4) 散佈式的陷阱區不但將狩獵壓力分散，合計面積平均低於獵區總面積的 20%，而且其使用方式猶如森林永續利用的輪伐，再加上族人對特定地帶的迴避，也使得部份地域自然成為類似禁獵或保護的地區，提供了野生動物繁殖及生育的環境（Berkes, 1998）。這種地景配置有別於常見的保護（核心）區在內、永續利用（緩衝）區圍繞其外的地景配置（圖 2），但卻相當符合「沙漏或水槽效應（Stearman and Redford, 1995；Naranjo and Bodmer, 2007）⁴」理論，和「區域狩獵控制（McCullough, 1996）⁵」兩種避免過度利用野生動物資源的現代學術理論。
- (5) 最後，有些西魯凱族傳統禁忌及習俗，又使得狩獵活動有了固定性（如月亮週期）與隨機性（如鳥類的鳴叫與飛行方向）的禁止機制，而這些都有減少連續或密集狩獵活動的功能。

三、在地管理野生動物資源的可能性

在初步了解了魯凱族的狩獵傳統，以及它們在自然保育上所可能具備的正面意義後，似乎可以沿用魯凱族傳統的狩獵制度，做為在當地進行自然資源經營管理的藍本。具體的作法可以將雙鬼湖地區依「野生動物保育法」設置為野生動物保護區，將其中傳統獵區及漁場的範圍劃設為野生動物的永續利用區，而其餘的國有林班地或溪流則全部規劃為核心區及緩衝區。其中，核心區為當地野生動物資源生息、繁衍或維護的重要基地，將制定嚴格的保護措施，以免於受到破壞；永續利用區內則可參照傳統（尤其是其中獵區鑲嵌式的空間配置、獵人數量的節制、管制在非狩獵區內的活動、設定非狩獵季節以允許動物進行遷移和擴散等特點），去規劃各類自然資源永續利用之方案，以提供機會並鼓勵當地居民參予自然及生態環境的經營與管理（圖 3）。

如此之規劃係直接根據當地魯凱族人對資源利用之傳統，而且因為這個管理制度的源頭是當地居民所認同且熟悉的，不但容易獲得支持，而且也適合發展成一個結合當地居民、有效的共管機制，以共同規劃對當地自然資源的永續經營，包括：生態旅遊、文化保存、野生動植物資源利用、水資源保育及利用、檢舉不法行為...等。而當地居民的參予，也可以更快速的將當地其他傳統對自然資源運用的方式及智慧融入管理制度中、促進當地居民對自然生態環境的關懷及維護、傳承傳統環境及生態知識，以及創造當地山地部落的就業機會、活絡山區的經濟活動，以吸引更多的原住民青年回鄉服務，因為，除了食用以外，包括文化、裝飾、觀賞、觀光、野外體驗...

⁴ 沙漏或水槽效應（sink effect）：優質或無人為干擾棲息地（source），其內的動物數量能自然成長，當族群數量超過此區域的環境承載量時，部分動物會自然播遷到次等或附近有人為棲息環境（sink）。Sink 環境內的個體雖然不容易產生後代（例如：環境條件不理想或被獵捕），但 source 環境若能持續有個體擴散至 sink 環境中，則可形成一個長期維持的動態族群體系。希魯凱族獵區內的陷阱區就有如同 sink，而環繞周邊、大面積的不狩獵區就像是 source。

⁵ 區域狩獵控制（spatial harvest control）：假設一區域內的獵物族群呈連續分佈，若陷阱區固定，且以馬賽克形式散布於獵區內，則陷阱區因為被非利用區所包圍，故能補充陷阱區內被獵獲之動物數量，使得陷阱區得以永續利用。不過，這個理論要發生效果，需要：固定的陷阱區位置、陷阱區所佔獵區的面積比例不得超過非利用區所能補充的程度、不破壞獵區的環境品質和適當的非狩獵季節。「區域狩獵控制」理論所描述的情形與條件，和西魯凱獵區使用情形極為類似。

等利用型態，也都可以被涵蓋在利用野生動物的範疇內。然而，無論利用型態為何，可永續的使用（sustainable use）均為最基本的要求（圖 3）。

不過，雖然這一類利用自然的方式已有相當長的歷史，且可能已經是當地自然資源適當的永續利用制度，但是考慮自然和社會環境的變遷對傳統生活型態所產生的衝擊，例如社會結構的改變、傳統禁忌對族人約束力的減低、現代市場經濟的加入...等，前述永續利用方案之實施，仍應該配合以現代科技持續的監測自然資源的數量、分布地點及變化趨勢，以作為後續制度修改及檢討的依據。而持續的監測仍然應該以培訓當地原住民人才為首要目標。舉例來說，國內面積廣大的山區因為地形陡峭和行進困難的限制，使得許多自然資源豐沛但可及性不高的地區，難以進行深入的資源普查，更遑論長期的監測。近年來一些野外調查技術的研發（例如：衛星定位儀、軌跡器、數位相機、自動照相設備、長時間錄音設備...等）和室內地理資訊系統的整合，雖然已明顯的降低在山區收集資料的時間和人力，但仍然受限於野外工作人力的不足，無法更廣泛且長期的收集基本資料。因此，若能邀請在山區活動能力強的原住民，加入全面資源普查的行列，才可能大幅提升對自然資源的掌握及監測能力（圖 3）。

另一方面，針對傳統自然資源管理制度在近代的延續或應用，不少的研究（包括漁業及森林利用）都顯示，高層政府和法律層面對多樣性文化的尊重及支持，以及在地居民對資源管理具有充分且權責相符的自主性或主導權、高度的文化認同，都是具地方特色的傳統制度能否順利實施，並維持資源永續的關鍵因素。甚至，允許區域性、多樣化的地方管理制度（甚至是土地所有權制度）同時存在的機制，也被認為是維持森林生態系中生物多樣性的重要原因（圖 3）。

目前，雙鬼湖區域周邊的居民（以魯凱族人為主），已具備相當的共識及文化認同，但仍然缺乏政策及法律層面的支持，文前所提：設立野生動物保護區，並量身訂做一套管理制度的想法，或許能夠賦予在地參與的法律支持，但仍然無法提供在地居民的決策參與（甚至主導）機制。如能同時成立一個以當地居民為主要組成，並納入政府和學者代表之地方性共同管理機構，負責擬定和執行一個權利和義務相符的管理制度，不但將可深化在地參與的實質內涵，也應該可以提高有效管理的可能性。

四、台灣原住民族自然資源永續利用還需要什麼樣的人才？

台灣各原住民族的發展，除了奠基於持續且全面的人才培育外，尚須掌握台灣社會整體之發展，甚至適度的與其接軌、靈活運用現代方法與工具、結合既有的傳統專長和優勢，進一步的創造更多的發展契機。以自然資源保育及永續經營管理而言，部落的參與程度，就將取決於在地專業人才的質與量（裴家騏等編，2001）。而如何將原住民族千百年淬煉出來與大自然共存的知識與技術，分門別類的彙整成有系統的科學，則需要更多樣化的人才培養規劃。還缺乏的人才至少包括（表 2）：

1. 具備部落發展所需的當代專業人才：雖然國內原住民族已經日趨廣泛的接受現代化教育，在主流社會上的表現也十分傑出，然而優秀的原住民精英雖然對於主流社會有極大貢獻，但這些珍貴人才與部落長期隔離的結果，卻導致人才分散、整合困難，難以貢獻所學給部落，對於其自身的族群及部落發展反而相對的顯得幫助有限。根據近年對原住民高等教育受教的調查、統計資料來看，無論是大學或專科，就讀及畢業人數最多的，都是商業及管理學（包括：商業管理類科系、經濟、財務與金融類科系及資產管理和醫務管理等其他管理類科系）、工程學類科系和醫藥衛生學（包括：醫學類

科系、醫事技術類科系和護理類科系)。其他就讀人數比較多的專業則有人文學(包括:文學語文類科系和教育類科系)和家政學類科系。至於留學生方面,所學之學類分析,則也是以教育學類、經濟及社會學類、商業及管理學類和藝術學類最多。整體現象顯示,當有機會選擇學習專業或專長時,大多數的原住民青年仍以畢業後,是否能在主流社會中擁有較多的就業機會為主要考量。換句話說,這些人才多是為了主流社會的需求所培育,而往往忽略了什麼樣的人才才是原住民部落發展所需的人才。因此需要鼓勵或引導青年學子積極選擇學習與部落發展所需的當代專業,在生物多樣性及自然資源保育及永續利用方面,則迫切需要包括:生態產業經營、土地開發、應用外語、城鄉規劃、資源保育、採礦、氣象、水文、觀光、自然資源管理、林業、水土保持、公共行政...等專業,以利部落發展的現代化。

2. 將傳統(在地)知識或技能轉譯成現代的科學或專業知識的人才:近年來,在保存及重視傳統文化的社會氛圍下,雖然已有越來越多的原住民青年支持部落、民族或文化認同的理念,並進而投身社區的文化、傳統的振興、傳承或搶救的運動中。然而,絕大多數的參與者卻因為工作的需要,必須久(常)居部落,反而缺乏與主流社會互動的機會、訓練與能力;因此,所保存的文化或傳統知識多僅在本族或本部落的小社會中以傳統的方式傳遞著,且通常都無法將優良或具應用價值的傳統(或在地)知識或技能(例如:織品材料、染色、天然發酵、登山、野外求生、土地利用、生態工法...等),透過現代科學的方法,系統化的整理成現代化的科學知識或專業知識,以進一步向主流社會推廣傳統科技,並供主流社會學習及應用。
3. 將在地知識及生活技能與具發展潛力的產業結合的人才:部分已具備豐富的山野、環境知識或在偏遠地區生活技能的族人,往往因為所接受的主流教育不足,無法有效的或具創意的將他們的知識應用在特定具發展潛力的產業上,例如:將對植物開花結果週期的熟悉應用在精緻的蜂蜜生產業上、將對海洋漁群迴游周期的知識應用在保育漁業上、將對溪流生態的知識應用在生態環境復救或景觀規劃上、將登山或航海的知識應用在戶外活動產業上、將對傳統領域環境的熟識應用在自然資源的長期資料收集或定位監測上...等。因此,擁有特定知識及技能但現代教育程度不足的族人,有待協助其應用所長以獲得精緻化具未來性產業或工作的機會;而部分傳統專業能力的轉化利用,亦將有助於傳統文化的維持及傳承。

要培養前述人才並不簡單,所面臨的顯而易見的挑戰至少就有:

1. 許多冷門的專業或將乏人問津:如前所述,原住民青年對專業的選擇仍然多以主流社會中的熱門科系為主,而大部分與部落發展息息相關的專業需求則相當冷門,即使提出規劃,恐亦將乏人問津;所幸現階段各項人才需求數量有限,因此,如何以適當的獎勵制度吸引少數學子投入,將是重要課題。
2. 隔代語言及生活習慣的隔閡,不利於傳統知識的收集及現代科學化:絕大多數的傳統知識都與生活型態、語言詞彙、歸納及思考方式息息相關,然而,有能力接受現代(西方、主流社會)科學訓練的原住民青年學子,絕大多數又都是在年紀很小的時候就離開部落,進入一個截然不同的生活型態中,即使仍然具備部分的語言溝通能力,往往都已經不具備祖先的邏輯思考方式,在歸納、整理、轉譯傳統知識時,所

面臨的困難將與一名漢族學者相似，因此，如何能不失真的將祖先的知識轉譯成現代社會的知識，有待考驗。

3. 語言及生活習慣的隔閡，亦將不利於具豐富在地知識的族人，將其知識應用在新的且具發展性的產業上：由於長期且深入的生活在傳統領域及部落中，是具備在地知識的重要前提，因此，絕大多數具豐富在地知識的族人，往往卻因為不諳市場需求、漢族語言、溝通方法或工作習慣，而無法或沒有機會將這些知識應用在新興產業上或有新的應用，如何透過專業的培訓，建立適當的運作模式及操作關係，因為當務之急。

五、參考文獻

- 台邦·撒沙勒。2009。原住民傳統知識之研究-頭目、獵人與獵場：魯凱族管理土地之傳統知識-阿禮部落的例子。大仁科技大學教師研究計畫成果報告（仁研 98132），66 頁。
- 田哲益（達西烏拉彎·畢馬）。2002。台灣的原住民：魯凱族，臺原出版社。
- 裴家騏、楊南聰、李秋芳（編）。2001。把人找回來-在地參與自然資源管理。內政部營建署太魯閣國家公園管理處。
- 裴家騏，羅方明。2000。狩獵與生態資源管理：以魯凱族為例。生物多樣性與台灣原住民族發展論文集：61-77 頁。蔡中涵（編著），財團法人台灣原住民文教基金會。
- 裴家騏、台邦·撒沙勒、盧道杰、劉子銘。2011。永續資源保育體制的建構--共管保護區。國科會專題研究計畫 NSC 98-2621-M 成果報告。48 頁。
- 盧道杰、吳雯菁、裴家騏、台邦·撒沙勒。2006。建構社區保育、原住民狩獵與野生動物經營管理間的連結。台大地理學報 46:1-29。
- 賴正杰。2013。台灣原住民當代狩獵探討-以魯凱族隘寮群為例。國立屏東科技大學野生動物保育研究所碩士論文。65 頁。
- Berkes, F. 1998 Indigenous knowledge and resource management systems in the Canadian subarctic. Pp. 98-128 in F. Berkes and C. Folke (eds.) Linking Social and Ecological Systems: management practices and social mechanisms for building resilience. Cambridge Univ. Press, Cambridge.
- Child, B. and J. H. Peterson. 1991. CAMPFIRE in rural development: the Beitbridge experience. Branch of Terrestrial Ecology, department of national Parks and wildlife management of Centre for Applied Social Sciences, University of Zimbabwe, Harare. 89 pp.
- Feeny, D., F. Berkes, B. J. McCay and J. M. Acheson. 1990. The Tragedy of the Commons: Twenty-Two Years Later. Human Ecology 18(1): 1-19.
- FitzGibbon CD, Mogaka H, Fanshawe JH. 2000. Threatened mammals, subsistence harvesting, and high human population densities: a recipe for disaster? Pp 154-167 In J. G. Robinson, E. L. Bennett (eds.) Hunting for sustainability in tropical forests. Columbia Univ. Press, New York.
- Karjala, M. K., E. E. Sherry and S. M. Dewhurst. 2004. Criteria and indicators for sustainable forest planning: a framework for recording Aboriginal resource and social values. Forest

- Policy and Economics 6: 95-110.
- McCoullough, D. R. 1996. Spatially structured populations and harvest theory. *J. Wildl. Manage.* 60 (1): 1-9.
- McNeely, J. A. 1994. Protected areas for the 21st century: working to provide benefits to society. *Biodiversity and Conservation* 3: 390-405.
- McNeely, J. A. 1995. *Expanding Partnerships in Conservation*. Island Press, 302 p.
- Miller, K. R. 1996. *Balancing the Scales: Guidelines for Increasing Biodiversity's Chances through Bioregional Management, USA*: World Resources Institute.
- Naranjo, E. J. and R. E. Bodmer. 2007. Source–sink systems and conservation of hunted ungulates in the Lacandon Forest, Mexico. *Biological Conservation* 138: 412-420.
- Peterson, J. H. 1991. A proto-CAMPFIRE initiative in Mahenya Ward, Chipinge District: development of a wildlife utilisation programme in response to community needs. Centre for Applied Social Sciences Occasional Paper Series-NRM: 3/1992. University of Zimbabwe, Harare.
- Stearman, A. M. and K. H. Redford. 1995. Game management and cultural survival : the Yuqui' ethnodevelopment project in lowland Bolivia. *Oryx* (1): 29-34.

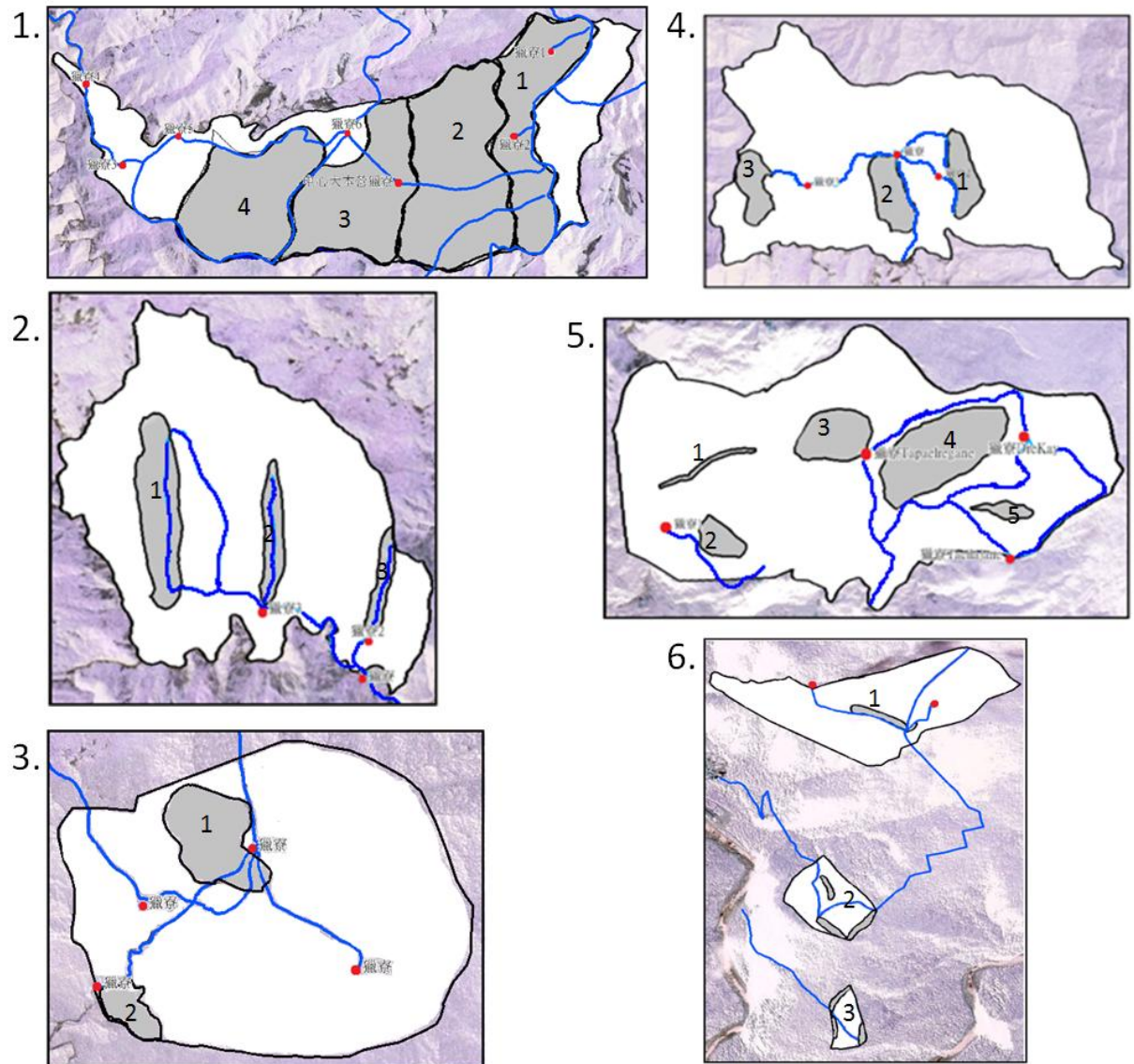


圖 1、西魯凱族 6 個獵區及其陷阱佈放區之空間配置示意圖，已將原獵區之方位與尺寸作模糊處理。灰色代表陷阱區，紅點代表獵寮，藍線代表獵徑。本圖引用自賴正杰（2013）。

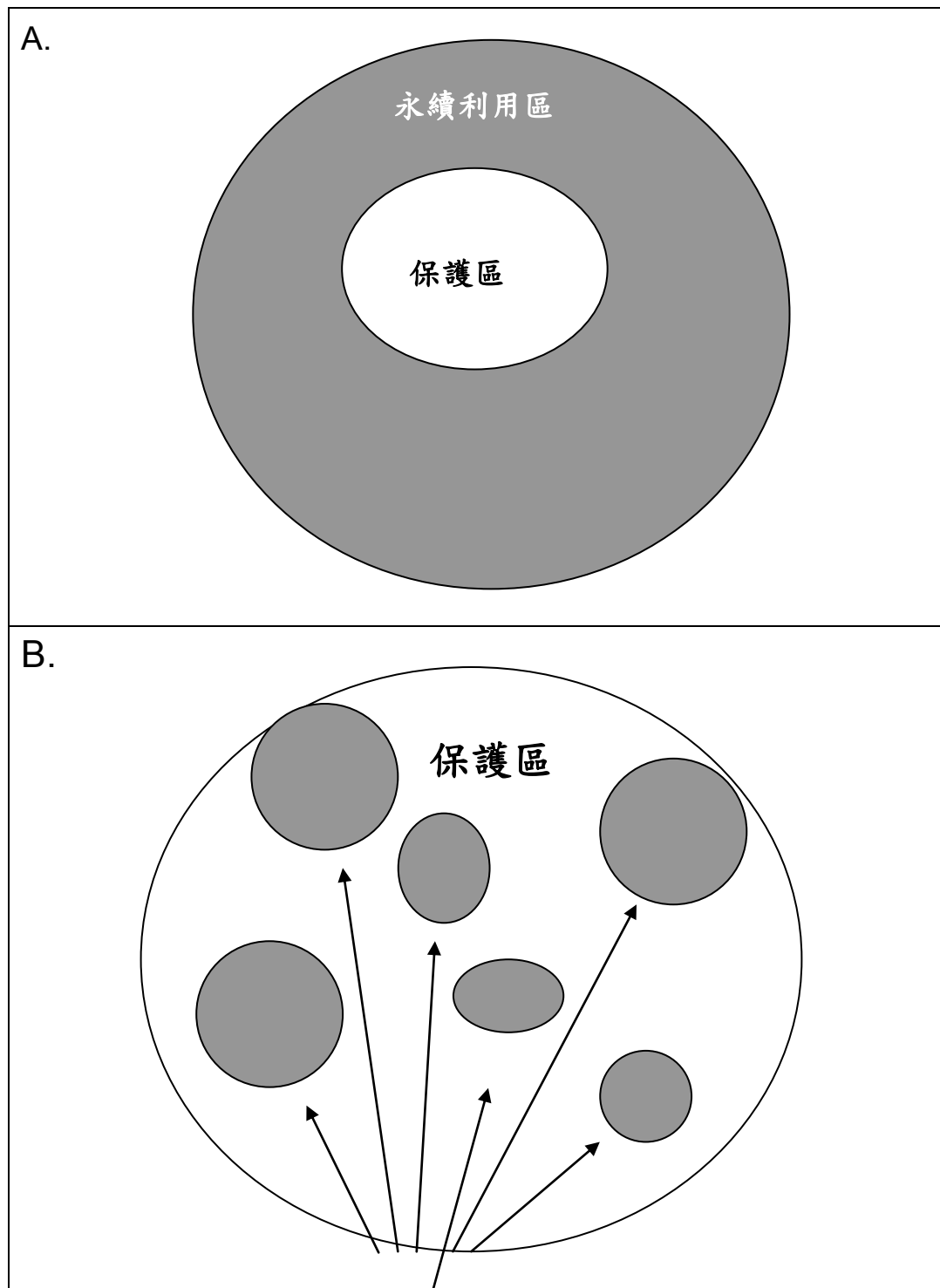


圖 2、一般常見的保護（核心）區在內、永續利用（緩衝）區圍繞在外圍的地景配置方式（A）；西魯凱族傳統領域中，永續利用（狩獵）區以小面積且分散的方式，鑲嵌於完整的保護區中的地景配置（B）。

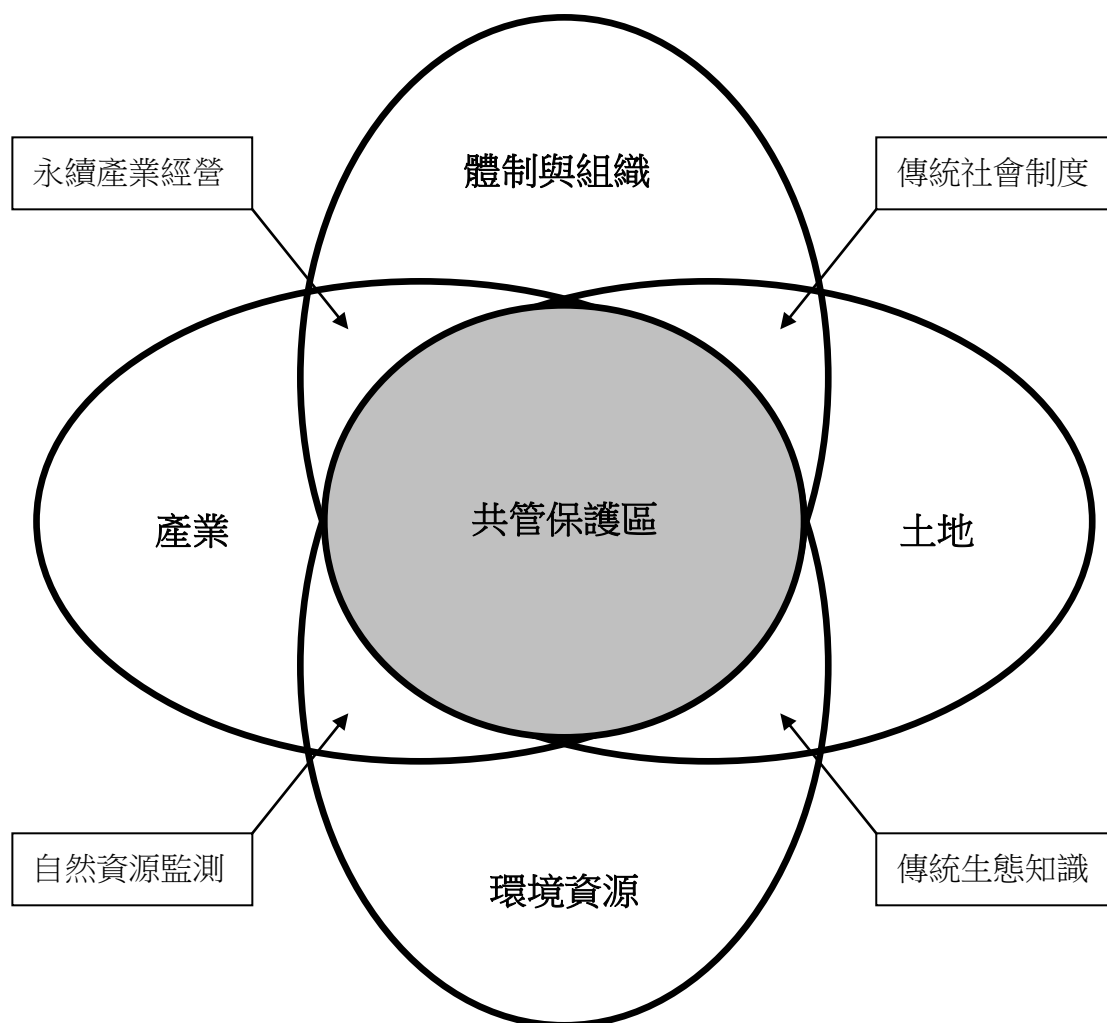


圖3、共管保護區體制的架構（取材自裴家騏等，2011）。

表 1、西魯凱族 6 個獵區及其密集陷阱佈放區之面積（賴正杰，2013）。

編號	面積 (Km ²)							未利用區域佔總面積之%
	獵區	陷阱 1 區	陷阱 2 區	陷阱 3 區	陷阱 4 區	陷阱 5 區	未利用區域	
1	18.00	2.42	3.83	2.86	2.87		6.02	33.5
2	8.84	0.66	0.25	0.15			7.78	88.0
3	7.98	0.59	0.18				7.21	90.3
4	19.36	0.55	0.74	0.53			17.54	90.7
5	4.99	0.03	0.08	0.17	0.34	0.03	4.34	87.0
6	0.40	0.001	0.001	0.01			0.39	97.3
合計								81.5

表 2、現階段有助台灣原住民族發展自然資源保育及永續利用所需之人才專長舉例。

人才類別	專業項目	屬 性
(一) 具備部落發展所需的當代專業人才	1. 部落中的流行病學研究	公共衛生
	2. 自然資源的永續利用與經營管理	自然資源管理
	3. 傳統領域中的觀光產業、林業、水資源、礦業和水土保持	環境規劃及管理
	4. 傳統領域中的氣象學	環境科學
	5. 應用人類學與部落發展	社會科學
	6. 部落及社區的公共行政架構	公共行政
	7. 傳統部落的建築美學	建築
	8. 現代部落的建築美學	建築
	9. 原住民族地區內的觀光發展對生活、文化的衝擊	區域發展
(二) 將傳統知識或技能轉譯成為現代知識的人才	1. 台灣原住民的登山及野外求生技術	體育及戶外運動
	2. 台灣的樹木物候學	植物生態
	3. 台灣原住民的部落形成與擴散的土地規劃	地理及土地利用
	4. 海洋魚類的魚訊週期	自然資源經營
	5. 台灣原住民族的在地生態學知識	生態學
	6. 台灣原住民族的動植物命名原則及分類學	生物與生態學
	7. 台灣原住民族狩獵陷阱布設位置的環境選擇	動物生態學
(三) 將在地知識及生活技能與具發展潛力的產業結合的人才	1. 植物物候學知識在養蜂科學上之應用	產業開發
	2. 傳統領域知識在自然資源研究、調查及定位上之應用	自然資管理
	3. 自然環境知識在庭園造景上的應用	產業開發
	4. 自然溪流知識在溪流生態復救上的應用	生態工法開發
	5. 傳統發酵技術在食品加工和織品染色上的應用	產品開發
	6. 傳統編織在現代織品及服裝製作上之應用	產品開發
	7. 傳統工藝在材料科學上之應用	產品開發
	8. 傳統漁撈技術在淡水魚類保育上之應用	自然保育

尋求原住民族基本法與野生動物保育法間規範衝突的緩衝

地帶-以「違法性意識之可能性」的視角淺析

吳志強¹

花蓮地方法院法官

摘要

法益保護和人權保障向來作為支撐刑法系統運作所不可或缺之機能，惟此二機能之拉鋸，並非只存在狹義刑法各論的類型化犯罪中，也呈現於具有交錯、重疊關係的不同法規範間，原住民族基本法與野生動物保育法間迭經立法者歷次修法所造成之規範衝突即是其例。2005年2月5日施行之原住民族基本法第19條與2004年2月4日增訂之野生動物保育法第21條之1，雖足以彰顯立法者欲透過該等規範之制定達成維護原住民族生存與文化之目的，然除了司法系統運用法釋義學的路徑，緊縮了前揭規範所欲達成之目的外，2012年6月6日制定的「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」本身亦與原住民族基本法、野生動物保育法間存有扞格之處，此些規範衝突所帶來之風險，恐持續地衍生原住民族面臨刑事責任之案件。爰此，針對國家制定之諸多規範使受規範者陷於手足無措的困境，本文試圖以責任論當中的「違法性意識之可能性」作為規範衝突之調節閥，撐出足以喘息的夾縫空間，希以覓得行政系統或立法系統調整現行規範衝突之契機。

關鍵字：

違法性意識、違法性錯誤、禁止錯誤、違法性意識之可能性、不知法律、法律錯誤、自用、狩獵、責任、能力區分。

¹ 花蓮地方法院法官、國立臺灣大學法律學研究所博士生。感謝花蓮地方法院湯文章庭長、黃鴻達審判長對於本文之提點，並感謝士林地方法院李昭然法官、台北地方法院吳承學法官所提供之寶貴意見。筆者才疏學淺，桀誤之處、文責自負。

壹、野生動物保育法與原住民族基本法之規範衝突

一、「保育」概念之形塑與背後意涵

(一)、從選擇性保護鳥獸到維護生態平衡與物種多樣性

我國立法系統制定野生動物保育法(下稱野動法),於民國 78 年(1989 年)6 月 23 日經公布後施行,並於民國 83 年(1994 年)10 月 29 日公布修正全部條文。從野動法第 1 條修正前後之文脈觀察,不論是修正前「...為保育野生動物,以維護自然生態之平衡...」或修正後「...為保育野生動物,維護物種多樣性,與自然生態之平衡...」,均明確地彰顯我國對於保育野生動物的重視。但野生動物的「保育」觀念並非憑空可得,回顧我國立法系統制定與野生動物相關之法律規範,最早可回溯至民國 20 年 4 月 18 日制定並於 21 年 12 月 28 日公布施行,幾經修正後至 78 年 6 月 9 日廢止之狩獵法²。

已廢止之狩獵法之規範,從第 1 條規定:「狩獵」係指以「獵具」或「鷹犬」捕取鳥獸,並於第 2 條規定:「獵具之種類、名稱及限制」,由經濟、內政兩部按各地方情形定之的立法技術,足見當時參考鄰國日本早期「狩獵法」之斧鑿甚深³;而第 3 條則將「鳥獸」的種類,區分為:「一、傷害人畜之鳥獸。二、有害禾稼、林木之鳥獸。三、可供食用或用品之鳥獸。四、有益禾稼、林木之鳥獸。五、珍奇鳥獸。」五大類,並依照第 4 條則規定,傷害人畜、有害禾稼、林木之鳥獸,得隨時狩獵;可供食用或用品之鳥獸,則明定狩獵期間,並由地方政府視當地鳥獸繁殖情形,分別種類,提前、延遲或縮短;至於有益禾稼、林木之鳥獸或珍奇鳥獸,除供學術上之研究,並呈報經濟部或省(市)政府特准者外,不得狩獵,若有違反狩獵法所禁止或限制之規定者,撤銷狩獵證照及科處行政罰⁴。可悉在早期時空背景下,欠缺「保育」野生動物的觀念,反而是選擇性地以是否「對物質需求直接有利」或是否歸類為「珍禽異獸」的觀點,決定何種鳥獸可供獵捕、何種鳥獸值得保護,立法之思維模式與野動法著眼於「保育」之「維護物種多樣性、自然生態平衡」迥異。然而,向來政策重心側重經濟導向的我國,何以立法系統逐漸地察覺「保育」的重要性,廢止狩獵法而改弦易轍地於 1989 年制定野動法,後於 1994 年大幅度修正野動法?1980 年代後所逐漸浮現之諸種國際壓力,以及 1994 年美國依照培利修正案(*Pelly Amendment*)宣布我

² <http://qilin.ly.gov.tw/web/nationalLegal.do?isChinese=true&method=legalHtml&id=483> 請參照立法院全球法律資訊網(最後瀏覽時間:2014 年 6 月 16 日)。

³ 按日本明治 28 年(1895 年)3 月 20 日第 1 次公布之「狩獵法」,第 1 條第 1 項規定:「本法中,以槍、各種繩網、獵鷹或捕鳥器具捕獲鳥獸,稱之為狩獵。」、同條第 2 項規定:「前項獵具之種類和限制,由農商務大臣定之。」請參照 <http://kindai.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/787996/24> (最後瀏覽時間:2014 年 6 月 16 日)。又該明治 28 年公布之狩獵法乃沿襲明治 6 年(1873 年)、明治 25 年(1882 年)之「鳥獸獵規則」及「狩獵規則」而來,幾經大正、昭和年間修法,至昭和 38 年(1963 年)更名為「鳥獸保護及狩獵之法律」,並創設鳥獸保護事業計畫,昭和 53 年(1978 年)設置槍獵限制區域制度,平成 14 年(2002 年)7 月 5 日全面修正,更名為「鳥獸保護及狩獵適正化之法律」,其中包含了「為掌握鳥獸捕獲數,狩獵者捕獲數之報告義務」等重要修正,而於平成 18 年(2006 年)6 月 14 日修正,翌年(2007 年)4 月 16 日公布施行的內容,包含:「於休獵區中,於都道府縣知事指定之區域,得捕獲特定鳥獸(為兼顧農林業被害之防止與鳥獸適切之個體數管理)」、「區分網獵執照、陷阱狩獵執照(為推廣用農家自己之陷阱適切地捕獲鳥獸)」、「因捕獲數之限制,創設入獵者承認制度(為了維持鳥獸適切的數量、活用狩獵作為農林業被害之對策,給予都道府縣知事能夠調整一定區域入獵者之人數限制)」、「陷阱獵禁止、限制區域制度之創設(為了防止陷阱造成人傷害之危險)」、「鳥獸保護區保全事業之創設(保護鳥獸之棲息地)」、「輸入鳥獸之識別措施(為了管理從海外輸入之鳥獸,合法輸入之鳥獸必須穿戴環境大臣交付之標識、腳環等)」、「陷阱和網設置者之姓名的表示義務(為了防止設置違法之繩網與陷阱)」等規定。請參照川口浩一,『鳥獸の保護及び狩獵の適正化に関する法律』罰則規定の注釈(上),頁 106-108,関西大学法学論集第 57 卷 3 号,平成 25 年(2013 年)1 月; <http://www.env.go.jp/nature/choju/law/law1-2/index.html> (最後瀏覽時間:2014 年 6 月 16 日)。

⁴ 已廢止之狩獵法第 17 條:違反本法關於禁止或限制之規定者,處以五十元以下之罰鍰,並撤銷其狩獵證書,其情節重大者,得依法處斷。

國將作為經濟貿易制裁的對象等因素⁵，應該扮演著制度變革的重要關鍵推手。

(二)、強化刑罰規範保護生態環境之策略

在國際輿論和經貿制裁的壓力催化下，立法系統受此外來刺激之下，1980年代起逐漸地重視自然生態環境之保育措施，但由於立法技術層面為收立竿見影之效，往往寄望刑罰之嚇阻功能。因此，對於自然生態環境之維護，立法者採取全面架設環境保護網絡、逐步地導入、強化刑罰規範之策略，以迅速地達到立法目的，例如：民國21年制定、74年(1985年)全面修正，以「保育森林資源，發揮森林公益及經濟效益」為目的之森林法；民國18年制定、80年(1991年)全面修正，以「為保育、合理利用水產資源」之漁業法；民國65年制定、75年(1986年)全面修正以「山坡地之保育、利用」為目的之山坡地保育利用條例；民國83年(1994年)制定以「為實施水土保持之處理與維護，以保育水土資源，涵養水源，減免災害」為目的之水土保持法；而在野生動物保育方面，早期制定之狩獵法已不符合維護自然生態環境之目的，雖民國61年(1972年)已訂定國家公園法採取全面禁獵之措施，並於同法第25條視情節是否重大致引起嚴重損害，分別論處行政罰、刑罰，但面對接踵而至的國際壓力，1982年遂於當時之文化資產保存法規定，一旦指定為珍貴稀有動植物者，則禁止捕獵、網釣、採摘、砍伐或其他方式予以破壞，並應維護其生態環境，有違反者則論處刑罰；而後廢止狩獵法，基於國際間保育野生動物，以維護自然生態平衡、物種多樣性之思維，於1989年、1994年分別制定、修正野生動物保育法，同時罰則部分，野動法第41條、第42條也提高法定刑之刑度⁶。若從上述規範制定之軌跡加以觀察，立法者以國家刑罰權作為維護自然環境、生態資源之手段清晰可見。

然而，選擇採取導入、加強刑罰規範之策略，背後其實代表著內、外兩個面向之意涵。外在所彰顯之意涵乃是確立了「維護物種多樣性、自然生態平衡」的重要性，並同時深化了國家主權者所掌握之「生命權力」的治理技術，以統計、科學方法更加細膩地去掌握自然生態環境內野生動物的數量，除了保護之外，更應係強化對於野生動物數量之管理機制；而內在所隱而未顯之意涵則是面對莫之能禦的國際壓力，以明文制定內國法之方式，企圖將國際壓力引入國家內部加以解消，由適用國家內部之法律規範的人民加以承受，而導引之過程，則是將「維護物種多樣性、自然生態平衡」作為「法益」加以保護，法益之概念得以擴充。惟導入、加強之刑罰規範即便形式上符合平等原則，但國家內部若有特定族群原以上開被入罪化的行為態樣作為習慣、文化的一

⁵ 按國際公約對於野生動物之保護類型大致上可分為：(1)保護特定地區，如1940年西半球自然和野生生物保護公約、1959年南極海洋資源保育公約、1968年非洲自然與天然資源保育公約、1979年歐洲野生動物及自然棲地保育公約；(2)保護特定物種，如1946年國際捕鯨管制公約、1950年國際鳥類保護公約；(3)全球性公約，如1971年國際重要濕地公約、1972年保護世界文化暨自然遺產公約、1973年瀕臨絕種野生動植物國際貿易公約。而美國於1971年制定之**培利修正案(全名：對1967年漁民保護法之培利修正案)**，原係美國為保護其漁船免於受到他國扣押，並以經費補償出資釋放遭緝獲漁船及漁民，該修正案之所以成為美國對他國瀕臨絕種野生動植物產品之貿易行為施以貿易制裁，乃因1969年西北大西洋漁業國際委員會決議禁止在公海撈捕鮭魚，1971年眾議員 Pelly 提出大西洋公海鮭魚資源養護提出修正案，藉由禁止漁產品進口的貿易制裁措施，制裁在公海撈捕鮭魚的國家，其後又參考「**華盛頓公約-瀕臨滅絕野生動植物國際貿易公約(CITES)**」之精神，禁止與瀕臨滅絕保育類野生動物直接相關或非直接相關之製品輸入美國。是美國針對我保護犀牛、老虎不力，禁止我國珊瑚與羽毛製品輸入美國作為制裁手段。請參照陳貞如，「買賣奇珍異獸罰不罰」，頁214-215，月旦法學雜誌第197期，2011年10月；倪貴榮，「自由貿易與環境保護之調和-兼論我國在該議題之地位與策略」，收錄於「貿易、環境與公共健康—全球治理與在地化需求之調和」，頁7-9，元照出版，2006年11月。我國立法系統因承受龐大國際壓力而推動立法、修法，亦可從立法院經濟、司法委員會審查「野生動物保育法草案」第二次聯席會議紀錄(第79會期)一窺端倪。請參照 <http://npl.ly.gov.tw/do/www/homePage> (最後瀏覽時間2014年6月18日)。

⁶ 國家公園法第13條第2款：「國家公園區域內禁止狩獵動物或捕捉魚類」、同法第25條第1項：「違反第十三條第二款，處一千元以下罰鍰；其情節重大，致引起嚴重損害者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。」；修正前文化資產保存法第56條第2款：「...可處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科二萬元以下罰金。」；野生動物保育法第41條：「...處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金。」、同法第42條：「...處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰金；其因而致野生動物死亡者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰金。」

部分或者生存意義之事物，生活型態因國家之政經決定被迫改變時，將必然遭受到實質上的衝擊，在特定族群之生活場域中形成結構性之問題。

二、原住民族基本權利之覺醒與掣掣

(一)、從個人性質到集體性之人權概念

原本的習慣、文化之一部或生存意義之事物被入罪化而受到的實質衝擊，並不只是傳統價值觀點的人權概念受到侵害。蓋對於人權發展之進路，通常區分三個階段，第一個階段係爭取個人自由、避免國家干預之「消極人權」概念，屬於「公民政治權(civil and political rights)」之第一代人權；而第二代人權則是需要國家積極作為、給付以求社會平等之「積極人權」概念，為「經濟、社會及文化權(economic, social, and cultural rights)」；而相較於前兩種人權概念屬於「個人權利」，第三代人權則以社群、集體連帶關係作為基礎，擴充人權之概念，包含了發展權、和平權、資源權、環境權、人類共同遺產權以及民族權 (rights of peoples)和民族之自決權(right to self-determination)等「集體性人權」概念，國際上架構集體性人權之重要意義在於保障少數或弱勢之族群或團體⁷。因此，對於原住民族「權利」之理解，除一般個人性質之人權之外，必須注意與人權之原型概念不同的「集體性之權利」。

觀察國際動向，原住民族之權利保護在國際間的重要性，絕不亞於國際間提倡維護自然生態環境之程度，甚至是在同一個世紀、年代中如火如荼地開展⁸。至 1990 年代，國際上對於原住民族權利重視之潮流也影響了我國憲法之修正，民國 85 年 (1994 年)第 4 次憲法修正，將「山胞」之用語更正為「原住民族」，並且於憲法增修條文第 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。」、同條第 12 條規定：「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。」，並透過「憲法委託」之方式，委託立法者加以立法，隨後 1998 年制定「原住民族教育法」、2001 年修正槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條、2004 年修正野生動物保育法第 21 條之 1 及森林法第 15 條，並於 2005 年 2 月 5 日制定「原住民族基本法」。我國此一連串之修法、立法進程似可謂是原住民族權利之覺醒，立法者摒棄長久以來之同化心態，以新夥伴關係作為多元文化發展之起點。

⁷ 李建良，「淺說原住民族的憲法權利-若干初探性的想法」，頁 119-120，台灣本土法學第 47 期，2003 年 6 月；李震山，多元、寬容與人權保障-以憲法為列舉權之保障為中心，頁 294-295，元照，2007 年 9 月。

⁸ 按自 1950 年起，「國際勞工組織(I.L.O.)」即關注原住民族之生活及勞動條件，1957 年採用 I.L.O 之第 107 號「關於獨立國家內之原住民、部族或準部族人民之保護與融合公約」，乃是首先在國際法上承認原住民權利之公約；1976 年 1 月 3 日「經濟社會文化權利公約」第 11、12、15 條，雖然沒有直接說明少數者與原住民之權利，但於 ICESCR 委員會作成對締約國之報告書中則說明「社會中特殊脆弱且不利處境之團體」時，分別充分享有食物、教育與文化生活等權利說明可能之團體(如：失業、老人、小孩、低收入戶、移工等)時，也包含「原住民族」；1976 年 3 月 23 日「公民與政治權利公約」第 27 條：少數群體與群體中之其他成員享有其固有文化、固有語言之權利；1981 年至 1983 年間，聯合國人權委員會之附屬機關「人權促進與保護委員會(原名：差別防止與少數者保護小委員會)」提出最終報告書、設置為了原住民權利做成國際標準之「原住民作業部門」；其後，因為第 107 號公約係從國家主權者之角度保護原住民並將其融合至全體人民當中，同化政策之性質過於濃厚，遂於 1989 年改採第 169 號「於獨立國家原住民族和部族人民公約」，從同化政策走向多元化之目標，以「原住民作為主體性之參與」為重點，環繞在「原住民地位」之認識與發展；1993 年為「世界原住民之國際年」，上述之原住民作業部門，經 1985 年至 1993 年之努力起草完成，1994 年於人權促進與保護委員會中提出「聯合國原住民族權利宣言」的草案，從 1995 年至 2004 年間被指定為「世界原住民之國際十年」，後於 2007 年 9 月 13 日聯合國大會通過「原住民族權利宣言」，完備了整體國際人權體系。有關原住民族權利保護之國際動向之介紹，請參照蔡志偉(Awi Mona)，「從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展」，頁 1508-1511，臺大法學論叢第 40 卷特刊，2011 年 10 月；施正鋒、吳珮瑛，「原住民族的環境權」，頁 16-22，台灣原住民族研究論叢，創刊號，2007 年 6 月；平松 紘、申惠丰、Gerald Paul McAlin，「ニュージーランド先住民マオリの人権と文化」，頁 109-139，明石書店，2000 年。

(二)、原住民族基本法明文化後之困境

然而，雖然立法者高舉重視原住民族基本權利之旗幟，但如前所述，立法者同時也為解消國際壓力，強化了環境刑法中的刑罰規範，將「國際壓力」引流進入國內之後，並把「生態平衡、物種多樣性」納入「法益」，擴充「法益保護機能」之概念，立法系統將原住民族之習慣、文化以及生存意義之事物加以入罪化，兩種須保護之價值因相互衝突形成的「結構性」因素，不僅該刑為入罪化後「人權保障機能」則會受到一定程度之壓縮，因為法益概念本身以外之國際壓力的因素考量下，由多數群體作成之政經決定，更容易地使少數群體之習慣、文化或具有意義之生活方式受到政治、經濟與文化上之侵害⁹，原住民族基本權利雖因國際潮流之助力，開啟了立法系統對於原住民族權利之重視，但即使將原住民族之權利，以法律文字明文規定，就我國法律系統內部而言，一來標榜不同價值之法規範系統(如：野動法與原基法)，價值觀之衝突並未隨著法化而消失，二來則是縱然將一方價值予以法化，執行層面未有落實時，原本躍然紙上的權利仍有淪為空談之虞，而此結構性之困境不僅僅是我國所特有，世界各國也都多有存在¹⁰，只不過如要探究我國之現狀，對立法系統將兩種價值觀法化後，司法系統如何回應價值觀並存之衝突，則有加以爬梳之必要。

貳、現行實務判解之處理模式

一、三種論罪模式：「直接適用」、「依法從事」與「特別法優先」

(一)、直接適用野動法規範

原基法和野動法發生衝突時，實務判解常見採取之第一種處理模式，即是在未討論法規範衝突之情況下，直接適用野動法之規範作成有罪之決斷¹¹，以【五票坑山區獵捕山羌案】為例：「...查無證據證明其前開所為係基於上開得排除處罰規定之事由(應指野動法第 21 條之 1)而所為，依上揭所述，即已違反野生動物保育法第 18 條第 1 項第 1 款規定，核其所為，係犯同法第 41 條第 1 項第 1 款之非法獵捕保育類野生動物罪。....」¹²、【丹大山區第 14 林班獵捕藍腹鵲案】：「...被告固屬布農族之高山原住民，然藍腹鵲既經農委會公告為珍貴稀有野生動物，即不得主張基於傳統文化、祭儀等因素而予獵捕、宰殺.....」¹³。此種處理模式雖沒有指出法規範間之

⁹ 按「原住民族、老人、小孩、婦女、失業者、移工、身心障礙人士」雖經常被列為「置身於脆弱或不利之處境」的少數特定群體，但就政治、經濟體制下以平等原則所採取之反歧視行動、對其脆弱性進行補償，「原住民族」和「其他類型」加以區別，蓋兩者是不同的脆弱性補償類型，前者係透過保護免受同化之外部壓力，幫助文化共同體保持其特性，屬於永久性質；後者則是藉由清除阻止完全融入社會的不公平障礙，幫助社會弱勢融入社會。請參照 Will Kymlica 著，鄧紅風譯，「少數群體之權利-民族主義、多元文化主義與公民權」，頁 250-256，左岸文化，2004 年 10 月。

¹⁰ 例如：美國華盛頓州印第安考馬族獵鯨事件，與澳洲原住民族漁獲權有關之克羅克島判例、威里斯利島判例，日本北海道愛努族傳統領域捕獵熊、鹿或鮭魚。台邦、撒沙勒，「尋找失落的箭矢-原住民狩獵文化的思辨」，請參照 <http://ihc.apc.gov.tw/Journals.php?pid=606&id=629> (最後瀏覽時間：2014 年 7 月 12 日)；施正鋒、吳珮瑛，「澳洲原住民族的漁獲權」，頁 147-148，台灣原住民族研究學報第 1 卷第 2 期，2011 年；謝世忠，「虛實之間的民族史-愛努人之『歷史』與歷史記憶」，請參照 <http://ppt.cc/rpdb> (最後瀏覽時間：2014 年 7 月 12 日)。

¹¹ 臺灣南投地方法院 96 年度訴字第 671 號刑事判決、96 年度埔刑簡字第 163 號簡易判決；臺灣嘉義地方法院 98 年度訴字第 963 號刑事判決；臺灣高雄地方法院 101 年度審訴字第 225 號刑事判決、100 年度訴字第 1123 號刑事判決、100 年度訴字第 27 號刑事判決、99 年度訴字第 931 號刑事判決、98 年度訴字第 950 號刑事判決；臺灣花蓮地方法院 101 年度訴字第 210 號刑事判決、97 年度訴字第 126 號刑事判決；臺灣臺東地方法院 102 年度原訴字第 7 號刑事判決、101 年度訴字第 253 號刑事判決、101 年度訴字第 173 號刑事判決、99 年度東簡字第 214 號刑事簡易判決、98 年度東簡字第 321 號刑事簡易判決、98 年度審簡字第 2 號刑事簡易判決、98 年度簡字第 9 號刑事簡易判決、97 年度訴字第 320 號刑事判決、97 年度訴字第 51 號刑事判決、95 年度訴字第 193 號刑事判決。

¹² 臺灣南投地方法院 101 年度訴字第 138 號刑事判決。

¹³ 臺灣南投地方法院 98 年度重訴字第 5 號刑事判決。

衝突，但從直接適用野動法之論述脈絡，應可認定裁判者決斷時實質上已作出法規衝突時價值選擇。

(二)、「依法從事」之解釋路徑

原基法和野動法發生衝突時，實務判解所採取之第二種處理模式，則是著墨於原基法第 19 條第 1 項：「原住民得在原住民族地區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。」規定中之「依法從事」的解釋路徑。以【大同鄉原住民保留區誤捕山羌、山羊案】為例：「...然該法文同時揭示「依法從事」，所依之法除原住民族基本法外，自應包括野生動物保育法。...」¹⁴，先將「依法」連結至「依野動法」，再就野動法第 21 條之 1、第 51 條之 1 說明：(1)避免輕重失衡：野動法第 21 條之 1 文義上雖似認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，可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物，但考量野動法第 51 條之 1 僅就情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物作有規範(論處行政罰鍰，首犯不罰)，若情節較重之未經許可獵捕保育類野生動物既無行政責任，倘又無刑事責任，豈不輕重失衡；(2)依循歷史解釋：依照立法院公報之紀錄，野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項僅授權主管行政機關就原住民族獵捕、宰殺或利用一般類野生動物之相關許可事項訂定法規命令，而未包括保育類野生動物。以(1)、(2)理由認定，立法者對於原住民權益及野生動物保護之調和，以均須經主管行政機關許可為前提採取二分法，未經許可獵捕一般類野生動物者，施以行政制裁，而未經許可獵捕保育類野生動物者，則應依野生動物保育法第 41 條以刑罰制裁。

(三)、特別法優先於普通法

原基法和野動法發生衝突時，實務判解採用之第三種處理模式，則是基於「特別法優先於普通法」之原則加以處理，亦即「...原住民族基本法性質上為普通法，野生動物保育法為特別法，依特別法優先普通法之原則，應優先適用野生動物保育法。...」¹⁵。此所謂「特別優先於普通」乃是依照中央法規標準法第 16 條所明示之原則，而普通與特別之區分，以「法律效力所及的適用範圍」而言，「普通法」多指適用於一般的人、事、時、地的法律，通常範圍較為廣泛，內容較為簡略，故認為一般性規定；「特別法」則指適用於特定的人、事、時、地的法律，通常範圍較為狹小，內容較為詳盡，且屬特殊性規定，但此分類方法是相對而非絕對的，因而一個法律可同時具有普通法與特別法的地位，特別法的規定如有不足，仍應依普通法的規定予以補充，而由於「普通法」和「特別法」間屬於「法典」和「法典」的適用關係，依照特別優先於普通之原則，被當作是普通法之法典將產生具一般效力之凍結效應¹⁶。

若循此定義觀察，原基法係為特別之「人」制定之法律、野動法係為特別之「物」制定之法律，若在兩部「特別」之法規範中挑選出最特別者，僅能就兩者交集之狩獵行為規範部分再作選擇，而原基法第 19 條容許狩獵之用途範圍大於野動法第 21 條之 1，野動法更進一步地規範須經

¹⁴ 臺灣宜蘭地方法院 97 年度訴字第 160 號刑事判決；其他採取相同解釋路徑之實務判解請參照：臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上訴字第 238 號刑事判決；臺灣臺東地方法院 101 年度重訴字第 11 號刑事判決、臺東地方法院 101 年度訴字第 209 號刑事判決。

¹⁵ 臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上訴字第 238 號刑事判決，其他相同採取特別法優先於普通法之論述見解，請參照：臺灣南投地方法院 101 年度投刑簡字第 172 號刑事簡易判決。而在原基法與森林法發生衝突時，最高法院 99 年度台上字第 6852 號判決亦有認為：「...惟按：(一)、原住民族基本法性質上為普通法、廣義法，森林法為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，應優先適用森林法。...」，其他相同論述見解請參照：臺灣屏東地方法院 102 年度原易字第 28 號刑事判決。

¹⁶ 甘添貴，「罪數理論之研究」，頁 85，元照，2006 年 4 月。

主管機關許可，刑罰規範亦制定於野動法中。從而，實務見解或是循此脈絡而認定兩法相較之下，作成原基法與野動法相較下，野動法屬於特別法的價值宣示，也因此若原住民未經許可獵捕保育類野生動物，仍應依野生動物保育法第 41 條之規定負刑事責任，惟如此一來，原基法第 19 條之效力則被予以凍結、懸置。

二、兩種科刑思維：緩刑或減輕其刑

綜理實務判解論罪科刑之結論，就論罪部分，多論處有罪，但科刑部分，除了依法科刑之外，則是採取緩刑、減輕其刑併用之方式。實務判解則多有考量被告之智識程度，對於野生動物之保育觀念尚屬薄弱，獵捕野生動物之數量不多，及獵捕野生動物食用之犯罪動機單純，為生活所需獵捕食物以為食用、家庭與工作狀況，與所肩負之經濟壓力等因素，在初犯之情形，多認被告係一時思慮不周致罹刑章，依照刑法第 74 條給予一定期間之緩刑¹⁷。而除了給予緩刑之外，科刑部分亦有實務見解在審酌刑度過重，而考量犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，依照刑法第 59 條給予減輕其刑¹⁸；並且個案在特殊情況之下，如【成功事業林區第 48 林班地獵捕白鼻心案】之判決中則是適用刑法第 16 條予以減輕其刑¹⁹。然而，為何實務見解多半作成有罪判決再予以減輕其刑？並且刑法第 59 條、第 16 條後段雖均有得減輕其刑之規定，但刑法第 16 條前段之免除刑事責任的除外規定於何時得以適用？均有需進一步檢視之餘地。

三、法系統內規範衝突與矛盾-衍生與未解決之問題

(一)、野動法第 21 條之 1 授權制定管理辦法所衍生的矛盾

按野動法第 1 條明白揭示了「維護物種多樣性以及自然生態之平衡」之立法目的，並依野動法第 18 條第 1 項「保育類野生動物應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用」規定，對被劃歸於保育類之野生動物採取高度保護為原則性規定，而野動法第 21 條之 1 第 1 項規定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，不受第 18 條第 1

¹⁷ 臺灣南投地方法院 101 年度訴字第 138 號刑事判決、98 年度重訴字第 5 號刑事判決、96 年度訴字第 671 號刑事判決、96 年度埔刊簡字第 163 號簡易判決；臺灣宜蘭地方法院 97 年度訴字第 160 號刑事判決；臺灣嘉義地方法院 98 年度訴字第 963 號刑事判決；臺灣高雄地方法院 102 年度原訴字第 14 號刑事判決、101 年度審訴字第 225 號刑事判決、99 年度訴字第 931 號刑事判決、99 年度審簡字第 1231 號刑事簡易判決、98 年度訴字第 950 號刑事判決；臺灣花蓮地方法院 102 年度原簡字第 5 號刑事簡易判決、101 年度訴字第 210 號刑事判決、97 年度訴字第 470 號刑事判決、97 年度訴字第 224 號刑事判決、97 年度訴字第 126 號刑事判決、95 年度訴字第 98 號刑事判決；臺灣臺東地方法院 102 年度原訴字第 7 號刑事判決、101 年度訴字第 209 號刑事判決、101 年度訴字第 173 號刑事判決、99 年度東簡字第 214 號刑事簡易判決、98 年度東簡字第 321 號刑事簡易判決、98 年度簡字第 9 號刑事簡易判決、97 年度訴字第 320 號刑事判決、97 年度訴字第 51 號刑事判決、95 年度訴字第 193 號刑事判決；臺灣屏東地方法院 99 年度重訴字第 11 號刑事判決。

¹⁸ 臺灣高雄地方法院 102 年度原訴字第 14 號刑事判決：「...查被告非法持有槍枝並持以獵捕山羌之行為固屬非是，然其持有上開槍枝及子彈獵捕野生動物係供已過年時食用，畢竟與一般持槍逞兇鬥狠之徒尚有不同，其惡性並非重大不赦，本院慮及持有槍枝之罪刑非輕，認縱科以法定最低度刑之 3 年有期徒刑，並依刑法第 62 條前段自首之規定減輕其刑後，仍嫌過重，而有情輕法重之情形，被告此部分犯罪顯有可憫恕之處，爰就其非法持有可發射子彈具殺傷力槍枝之犯行，依刑法第 59 條規定，酌減其刑...」。其他亦有適用刑法第 59 條之實務見解請參照：臺灣臺東地方法院 101 年度重訴字第 11 號刑事判決。

¹⁹ 臺東地方法院 101 年度訴字第 209 號刑事判決：「...按除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任；但按其情節，得減輕其刑.....。本件被告係 27 年 11 月生，行為時年紀已高達 73 歲，係一年老之原住民，有其基本年籍資料在卷可參；又被告不識字，無法以國語溝通，其自陳一生大部分均住在屬於阿美族之騰曼原住民部落裡，對於外界資訊較為隔絕（本院卷第 155、156 頁）等情，此觀諸被告開庭時須賴本院原住民籍通譯協助翻譯才能明白開庭進行情形，並於本院詢問其成長歷程時，不經意自述：「伊係就讀日本小學，剛入學的時候是日本人管，後來好像是變成客家人管...」等語（見本院卷第 156 頁背面），無法理解國民政府統治，國語、客家語之差別等事實可以得知。政府雖於近年來大力宣導保護野生動物之政策，並制訂野生動物保育法，然保育類野生動物品類繁雜，非專業人士，難以辨識，且被告係年紀甚大之原住民，從小到大多在部落裡面生活，對外界訊息幾近隔絕，則其辯稱不知獵捕白鼻心係違法行為，於經驗法則上甚有可能，所辯堪以採信，依上開規定，雖不得因不知法律而免除刑事責任，然本院酌量被告不知法律之原因、情節，認被告之可責性甚低，爰依前述規定減輕其刑。...」

項之限制，則屬例外規定，立法者應係在原住民之文化與環境生態間取得一平衡點，考量原住民族之傳統智慧中，狩獵的時節亦包含適當地給予保育類野生動物休養繁殖之時期，而非一年四季任何時節均得加以狩獵²⁰，因此即便是基於傳統文化、祭儀和自用之必要，不至於造成生態平衡的瓦解。

惟依照野動法第 21 條之 1 授權制定，於民國 101 年 6 月 6 日公布之「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」（下稱原民狩獵管理辦法），若檢視該原民狩獵管理辦法的附表²¹，雖可知是僅列出必要的傳統文化、祭儀，並且不同原住民族、傳統文化及祭儀名稱、期間、獵捕方式、獵捕動物種類加以規範，但若細察表格內容，著實存有不少令人困惑之處。首先，在可獵捕的野生動物欄位部分，**(1).名稱不一致**：同樣是「蛙類」，但有「青蛙、蛙類、青蛙類」三種表示方式；**(2).名稱混淆、範圍太廣及語焉不詳**：依照野動法授權制定之原民狩獵管理辦法，理應比授權法規更為具體明確，但表格中所列之分類，或有以學名稱之，又有似以種類名稱之，判斷上容易造成混淆；且更多之情況則以廣泛的種類名稱，則對照「臺灣地區保育類野生動物物種」，可獵捕之範圍除了其他應予保育動物外，似囊括了瀕臨絕種之動物、珍貴稀有之動物²²；甚至有出現非屬動物，語焉不詳之類別²³等，該原民狩獵管理辦法顯有違反明確性之虞，將來實務上在認定是否為可供獵捕動物時，勢必衍生諸多疑慮。再者，**(3).同一種可獵捕之野生動物在同一欄位，被列入兩次**²⁴：該原民狩獵管理辦法表格製作恐流於草率。然而，文字用語混淆、重複、範圍太廣以及語焉不詳處，均得立即改正、使之明確即可，但最為重要的問題則是**(4).附表似未劃定野生動物休養生息之期間**：從附表之獵捕季節欄位觀察，甚或有一年四季(1 月到 12 月)的祭典，均得獵捕保育類動物的情形²⁵，果若依照該管理辦法的附表操作，某些區域之保育類野生動物受到獵捕，將會成為一年四季的常態現象，若無考量納入保育類野生動物

²⁰ 按立法委員孔文吉、陳瑩、簡東明等委員曾於「野生動物保育法第 21 條之 1 條文修正草案」審議過程中分別指出：「...孔委員文吉：...法條規定是包括自用喔！為什麼祭儀文化跟自用還要分開擺呢？我所謂的自用就是，原民會跟林務局應該把辦法訂出來，究竟開放什麼季節？原住民可以在哪一個地方狩獵？在不影響野生動物保育法的前提下，原住民可以獵捕哪些動物？有一定種類、一定的數量、開放一定的季節，這就是指自用之意。...；...陳委員瑩：文化祭儀是生活習慣，它不是犯罪，更不該被污名化。...對於原住民認定的『自用』和其他平地人朋友的定義可能有所差距。...以為是想到就可以去打一隻，完全沒有規範和限制，但事實不是這樣。...其實原住民祖先對打獵的部分是非常有智慧的，他們絕對不會在動物繁殖的季節去打獵。...；...簡委員東明：...大家比較有爭議的部分在自己使用的部分，...實際上，從事狩獵或祭典也好，抓野生動物都要經過一個程序，不是高興狩獵就狩獵，...沒有申請就是違法...在申請時就是一個很好的把關程序。在申請時就會提出獵捕的方式、動物種類、數量、獵捕期間、區域，都要提出申請，沒有申請就核定不能狩獵，否則就是違法...農委會應該針對各種野生動物的繁殖力進行研究調查...」。請參照立法院公報第 97 期第 38 卷 <http://lis.ly.gov.tw/tscqi/ttsweb3?@8144F0B3539386316803> (最後瀏覽時間：2014 年 7 月 11 日)。台灣於日本統治時期的文獻資料記載，各族狩獵之頻率有的每 3 年 1 次、有的 3、4 年一次，但狩獵之動物種類有些則無任何限制、數量亦未限制。請參照野林厚志，「台灣原住民族的狩獵方法-日本統治時代的資料から」，頁 220-225，收錄於「開かれた系としての狩獵採集社会」，2002 年；又以魯凱族為例，根據屏東縣霧台鄉之狩獵活動多在為每年 10 月至翌年 3 月間，除了每年 5 月至 10 月為農忙季節、不利狩獵之雨季外，得以使得野生動物資源長期使用的特殊性，從生態學的角度觀察，至少包含了「狩獵乃季節性活動，提供野生動物族群喘息之時間」此點。請參照裴家騏，「魯凱族的狩獵知識與文化-傳統生態知識的價值」，頁 73-74，台灣原住民研究論叢第 8 期，2010 年 12 月。

²¹ <http://conservation.forest.gov.tw/ct.asp?xItem=60382&ctNode=193&mp=10> (最後瀏覽時間：2014 年 6 月 17 日)

²² 例如：「竹雞等一般類鳥類」是否即指「其他應予保育類之『臺灣山鷓鴣(深山竹雞)』」？有時類別使用學名「高身鰻魚、何氏棘魷」、有時則用種類名「魚類」、通俗名「苦花」；「蛇類」、「百步蛇除外之蛇類」、「魚類」、「青蛙、蛙類、青蛙類」、「溪魚」、「雉雞」、「麻雀」等，是否意指所有蛇類(或排除百步蛇以外之蛇類)、淡水魚類、蛙類？又「雉雞」是否包含「水雉、環頸雉、黑長尾雉(帝雉)」？「麻雀」有沒有包含「山麻雀」？「野溪動物」所指為何？「山豪/山壕」是否等同「野鼠」(若是為何有的分類則是將山豪、野鼠並列；若否，則應否決定統一性之名稱)？

²³ 「山藤」、「鷹羽」所指為何？(若是指植物或鷹類之羽毛似不應制定於此欄位)；又由於「山老鼠」在語言使用上多指稱為「盜伐林木者」，欄位中所列之「山老鼠」是否意思相同？或者其實等同「山豪」或「野鼠」？

²⁴ 附表表格中，魯凱族、高雄市的部分，可獵捕之動物「白鼻心」則被列計二次。

²⁵ 舉例而言：位於「台東縣」之「布農族」，從 1 月到 12 月之祭典，均得以獵槍、傳統獵捕器、陷阱或犬獵的方式，獵捕「台灣野山羊、山羌、白鼻心」；位於「台東縣」之「排灣族」，除了 5、6 月外，其他月份的祭典，均得獵捕「台灣野山羊、山羌、白鼻心」。台東縣區域之「台灣野山羊、山羌、白鼻心」等保育類野生動物之休養生息期間是否有納入劃定附表時的考量因素，實非無疑。

休養繁殖之時期，有無符合當初立法者制定野動法第 21 條之 1 第 1 項的意旨？並且，該管理辦法執行上有無違反野動法第 18 條第 1 項採取之高度保護原則，可否避免某區域之某些物種滅絕造成生態失衡，實質上亦有子法規範超過母法授權目的之疑慮。是以，行政系統雖迅速地擬定管理辦法，但倉促完成之下似衍生更多矛盾。

（二）、法規範衝突優先適用之未解決疑問

除了該原民狩獵管理辦法本身衍生新的矛盾外，依上開實務判解之整理可發現，無論是依照「直接適用野動法」、「特別法優先適用」或者是取徑於「依法從事」的解釋路徑，司法實務運作均係將原住民族「未經許可獵捕保育類動物之行為」，導引回野動法之範疇內認事用法，此已形成既定的處理模式。惟姑且不論立法系統一方面在原基法第 19 條似乎給予基於傳統文化、祭儀或自用之目的狩獵權，另一方面司法系統卻採取優先適用野動法的解釋運用，會否令原基法肯認原住民族之狩獵權僅存在鏡像之中，「依法」等同「依照野動法」、「特別法優先於普通法」等如此具專業性之法律解釋與法理原則之適用方式，對於原住民族之行為人而言，是否能加以理解，誠非無疑。

並且，依照野動法第 21 條之 1 授權制定之原民狩獵管理辦法第 2 條，就傳統文化與祭儀作成定義性規定，而第 12 條規定：「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」與授權之野動法相同，僅限於傳統文化、祭儀，而與原基法第 19 條第 2 項：「...以傳統文化、祭儀或自用為限」相較，則仍將「自用」排拒於該管理辦法之外。可預見原住民族之行為人若未經許可，欲以自用為目的獵捕保育類野生動物，司法系統解釋運用仍會依既定之處理模式，回到野動法範疇認事用法，雖論罪科刑部分可預期也會有如同上述給予緩刑或依刑法第 16 條、第 59 條給予減輕其刑的情形，但只要立法系統沒有調整，此一法規範間的適用衝突之既存風險依舊存在；何況可以想見對於原本的習慣、文化之一部或生存意義之事物被入罪化，在現行規範下，只要未經申請許可就會違法。惟是否所有未經許可之行為都應予以相同評價？由於每個個案環繞在行為人周邊的客觀因素均有不同之處，可以思考的是：**(1).原住民族之行為人有無可能在不知野動法之規範下觸法？**又因原基法第 19 條和野動法第 21 條之 1 第 1 項所允許之狩獵目的及有無要求申請許可程序的規範並不相同，**(2).有無可能原住民族之行為人誤信原基法第 19 條規範？**此二種情形，和**(3).原住民族明知現行實務之運作模式以及法律規範卻仍加以違背，**在刑事責任上是否應予以不一樣的看待？此些未能解決之疑問，司法系統有無提供緩解的方式？抑或是必須仰賴立法系統予以處理遲遲未決的法規範衝突之既存風險？本文認為應從行為人面對既存之法規範衝突，其心理狀態是否形成和法所認同之規範意識不一樣的脈動中，尋求司法系統之可茲提供的處理模式，並且回顧問題之癥結點，探索較為適宜的解決方案。

叁、「違法性意識」之學說與實務的歸納、分析

一、國內學說、實務見解之梳理

(一)、國內學說之論點

按行為人意識到自己之行為係法所不容許者，此一意識為「違法性意識」，雖然認識到犯罪之事實，但誤認自己所實行違法之行為是合法者，則為「違法性錯誤」²⁶，前述原住民族若因原基法第 19 條第 2 項規定，認為即便未經許可基於「自用」之目的進行狩獵，仍屬法律所容許之情形，卻沒有認識到上述實務判解最終適用野動法之處理模式，則需判斷**是否存在「違法性錯誤」**。

立法者對於違法性意識係以明文方式規定我國刑法第 16 條，民國 94 年(2005 年)2 月 2 日公布修正前之舊法規定：「不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑；如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑。」，而修正後之新法規定則為：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」修法沒有改變的是但書「按其情節，得減輕其刑」部分，而不同之處在於：舊法揭示了「不得因不知法律而免除刑事責任」原則，至多僅能「如自信其行為為法律所許可而有正當理由者」得到免刑判決；而新法將「自信其行為為法律所許可而有正當理由」修改為「除有正當理由而無法避免者外」，並以此作為「不得因不知法律而免除刑事責任」原則的除外規定，換言之，如果行為人有「正當理由」而「無法避免」之情形時，應當能獲得免除刑事責任的無罪判決。

國內學說針對如何判斷是新法第 16 條之除外規定「正當理由」而「無法避免」，或是可以避免，認為應依行為人個人之社會地位及能力可期待之範圍，並且有疑慮時，行為人則應該努力地找尋答案，負有查詢相關資訊澄清誤解之義務

，不能恣意地以不確定之猜測，擅斷主張自己的行為係無法避免的「禁止錯誤/違法性錯誤」，以期阻卻責任，必要時行為人應該向專業人士或主管機關加以查詢²⁷；晚近學說亦有從 Niklas Luhmann 風險選擇、分配之視角主張，在高度資訊化之社會裡，行為人只要對於行為之合法性產生疑慮時，表示現實中存在著避免讓自己欠缺不法意識(違法性意識)之機會，依照刑法第 16 條「按其情節」之規範意義，就有繼續設法取得並理解相關法律資訊的義務，行為人是否真有可能排除欠缺不法意識(違法性意識)之狀態，需考慮其社會地位、經濟狀況、生活環境、職業、個人的認識能力與價值觀等因素綜合判斷，就在窮盡所有可能的法律諮詢方法後，行為人如果還是未能獲得關於行為違法性之確信，此時才可被認為係不可避免的²⁸。作為責任階層判斷要件之「違法性意識」，基於個人責任原則，必須考察行為人個人之能力高低，亦即審酌其經社地位、生活環境、職業、認識能力與價值觀進行綜合判斷，本文亦持贊同之見解，惟國內學說多所提及行為

²⁶ 按「違法性意識(das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit)」和「不法意識(das Unrechtsbewußtsein)」、「不法理解(die Unrechtseinsicht)」雖然用語表現不同，但是意義均相同。請參照長井長信，「違法性の意識に関する一考察—その認識を中心として」，頁 140 註(1)，北大法學第 36 卷第 3 号，1985 年 10 月 15 日。國內學說對於「違法性意識」的概念，多稱之為「不法意識」，並且對於「違法性錯誤」而需判斷有無「違法性意識之可能性」的狀況，先將其與分類為「直接禁止錯誤」和「間接禁止錯誤」，前者係行為人對於法律規定之禁止或誡命規範並無認識，因而認為自己的行為是法律上所容許；後者則是行為人認為有阻卻違法事由存在或誤認了容許規範的界限，又稱之為「容許錯誤」。請參照林山田，「刑法通論(上)」，頁 429 以下，作者自版，第 10 版，2008 年 1 月。惟本文認為以「禁止錯誤」與「構成要件錯誤」加以區別，概念上雖較易於分辨，但追根究柢，無論是「直接」或「間接」禁止錯誤，都是在判斷行為人對於被塗抹了一層規範評價之事實，是否認識到具有違法性的問題，並且修理由說明亦係採用了「違法性錯誤」的用語。從而，本文論述用語均以「違法性意識」與「違法性錯誤」，如有論者採用「禁止錯誤」或「法律錯誤」時，始採用「禁止錯誤」或「法律錯誤」，附此敘明。

²⁷ 張麗卿，「無法避免的禁止錯誤」，頁 140-141，台灣本土法學第 73 期，2005 年 8 月。

²⁸ 古承宗，「第三人之禁止錯誤與資訊風險」，頁 24-33，成大法學第 19 期，2009 年 12 月 7 日。

人於有疑慮時應努力找尋解答之查證義務，「有沒有盡其查證義務」是否作為刑法第 16 條判斷有無違法性意識之「前提要件」，則容有再三地思考的空間。

（二）、實務見解之判準

按修法理由提及「不知法律」其態樣包含消極之不認識自己行為為法律所不許，以及積極之誤認自己行為為法律所許二者，此二者情形，即為學理上所謂「違法性錯誤」，又稱「法律錯誤」，實務見解雖對刑法第 16 條之條文文字使用因應修法前、後略有所不同，但就判斷基準上，對於何謂「不知法律(違法性錯誤/法律錯誤)」則向來判例認為係指**對於刑罰法律有所不知**，且其行為**不含惡性者**而言²⁹。事實審法院對於刑法第 16 條之適用方式，則有提出類似上開國內學說之看法認為：「...所謂可否避免，應依行為人的社會地位、能力及知識程度等一切因素考量，判斷行為人是否得以意識到行為之違法，且當行為人對自己之行為是否涉及不法有疑慮時，即負有查詢之義務，不能恣意以不確定之猜測，擅斷主張自己之行為屬無法避免之禁止錯誤，否則倘若一律可主張欠缺不法意識而免責，無異鼓勵輕率，亦未符合社會良性之期待。...」³⁰、而晚近最高法院之見解：「

...惟查：(一)原判決已於理由欄貳、一、(四)內詳為說明，依據**違法性錯誤及規範責任之理論**，說明當行為人違法性認識有錯誤時，應循違法性錯誤之法理解決，不生阻卻故意之成立。又依刑法第十六條之規定，行為人得否減免其刑責，在於行為人對於其行為是否涉及不法有所懷疑時，應負有查詢義務，不可恣意判斷主張。藥事法係經立法院通過並經總統公布，上訴人並非無知識或資力不足，無從知悉相關規定，且其自民國八十年間起即長期濫用藥物(毒品)，此有台灣高等法院前案紀錄表在卷可按，自難謂上訴人有欠缺甲基安非他命係禁藥之違法性認識之可能。...」³¹則認有行為人只要對於自己之行為是否合法有所疑慮，即具有查詢義務，並要求此義務作為前提，否則會鼓勵行為人對於法律規範抱持輕率、不遵守之心態。

又觀察最高法院對於違法性意識、違法性錯誤之標準所提出之詮釋：「刑法第十六條所規定之違法性錯誤之情形，採責任理論，亦即依違法性錯誤之情節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻犯罪之成立，至非屬無法避免者，則不能阻卻犯罪成立，僅得按其情節減輕其刑之不同法律效果。然法律頒布，人民即有知法守法義務；是否可以避免，行為人有類如民法上之善良管理人之注意義務，不可擅自判斷，任作主張。而具反社會性之自然犯，其違反性普遍皆知，自非無法避免。行為人主張依本條之規定據以免除其刑事責任，例如在其本國施用大麻合法之外國人第一次攜帶大麻入境之行為，自應就此阻卻責任事由之存在，指出其不知法律有正當理由而無法避免之情形。至於違法性錯誤尚未達於不可避免之程度者，其可非難性係低於通常，則僅係得減輕其刑，並非必減。是否酌減其刑，端視其行為之惡性程度及依一般社會通念是否皆信為正當者為斷。」³²亦即同樣地強調人民有知法守法之義務，並闡明了「有正當理由而無可避免」之情形，訴訟法上應由主張之行為人負舉證責任，但可否避免應「類如善良管理人之注意義務」，不得擅自判斷。惟「善良管理人之注意義務」向來係用於民事法過失分層體系中之抽象輕過失概念，以「類如」善良管理人之注意義務的用語，是否意味著即以類似民法之抽象輕過失作為認定違法性錯誤可否避免的基準，以及如此認定在個案具體適用上可能產生之現象為

²⁹ 最高法院 36 年特覆字第 1678 號判例、20 年非字第 11 號判例。

³⁰ 臺灣臺北地方法院 102 年度訴字第 491 號刑事判決。

³¹ 最高法院 103 年度台上字第 1452 號判決。

³² 最高法院 100 年度台上字第 156 號判決。

何，亦應加以觀察、分析。

二、外國立法例之借鑑

回溯至二次大戰前、後，1952 年前德國實務見解對於「違法性意識」應如何定位呈現紊亂之情形，或有延續戰前德意志帝國法院所採取之違法性意識不要說，亦有採取故意說、責任說等看法，直至 1952 年德國聯邦通常法院採取「責任說」的看法，違法性意識之判斷始確立作為責任階層判斷之要件³³。而在責任階層中，行為人對於自己之行為是否為法所容許，行為時之際能否檢討自己該行為之合法或非法的情形，則是判斷有無「違法性意識之可能性」的意義範疇³⁴。只不過，何以國內學說見解與實務見解對於違法性意識、違法性錯誤之認定連結到行為人應負查證義務？並且為何以過失之注意義務作為違法性錯誤的判斷標準？從外國立法例當中或許可一探究竟。而外國立法例雖就英美法系和歐陸法系兩大法系之體例有所區別，但在「違法性錯誤」或「法律錯誤」之判斷標準上，亦有相似之看法，爰此，茲將判斷標準加以彙整、歸納。

(一)、以「良心之緊張」或「違法性錯誤之迴避可能性」劃定標準

1. 良心之緊張(*Anspannung des Gewissens*)

違法性意識之可能性的認定標準，有認應以 1952 年之德國聯邦普通法院的裁定，即是否具有「相當程度之良心緊張」作為判斷標準。所謂「是否具有相當程度之良心緊張」乃在判斷行為人做成特定行為時，是否有盡了自己行為時全部之精神認識能力和倫理價值觀念³⁵。該裁定之內容指出除了論述違法性意識外，「作為法共同體之成員，應該要認識到自己確實所為的行為符合全部的法之義務規範，必須以謹慎思考或調查詢問的查證除去疑問，這是因為行為人必須具有良心之緊張程度」，該程度須對應於個別狀況、個人生活領域以及職業領域等情形加以決定。

不僅行為人行為時被期待要有良心上之緊張，也要能夠洞察到行為違法，如果行為違法之情形不能洞察的話，則存在無法克服之錯誤，行為人無法迴避，則無從就其責任加以非難；反之，若是能認識到違法時，則不能阻卻責任，但若是行為人因某種情形減少了良心緊張程度的話，則減少對其責任上之非難³⁶。是以，有認為³⁷此一判斷標準傳達了幾個概念：行為人應被肯認存在經常可以意識到自己行為違法的抽象性義務，並以該「義務違反」作為行為責任非難的基礎，而「違法性意識之可能性」的判斷基準，將以行為人是否能因相當程度之良心緊張而喚起對該行為之違法性意識。

此外，雖未言明要求相當良心之緊張，但美國德拉瓦州(*Delaware*)之最高法院在 *Long v. State*(1949)關於重婚(*bigamy*)之案件中，亦曾提出類似之看法，亦即被告須做出基於善意、盡到勤奮地努力，採取一個至少是適當地根據法律所提供的方向、來源或手段，一個人經由他的努力，基於確實真誠地、有計畫地完成查詢，依照法律作成行為，應是被法律系統所期待的模範公民，而德拉瓦州之最高法院的上開見解，某種程度上類似於德國實務見解脈絡下要求行為人所要履行之查證義務³⁸。對此，法國學者 *Pradel* 則認為社會中之每一個人都會被假設有義務去了解

³³ 高山佳奈子，「故意と違法性の意識」，頁 331，有斐閣，1999 年 4 月 30 日，出版一刷；西原春夫譯，イエシエック、ヴァイゲンド (*Jescheck、Weigend*)「ドイツ刑法総論」，頁 346，1999 年 4 月 10 日初版第 1 刷。

³⁴ 松原久利，「違法性の錯誤と違法性の意識の可能性」，頁 51，成文堂，2006 年 6 月 1 日，初版 1 刷。

³⁵ BGHSt. 4, 1(5)(Beschl. V. 23.12.1952). 請參照松原久利，前註(34)書，頁 118。

³⁶ 高山佳奈子，前註(33)書，頁 331。

³⁷ 松原久利，前註(34)書，頁 53。

³⁸ ANNEMIEKE VERSEVELD, *MISTAKE OF LAW*, 16.17(1st ed., 2012).

其行為是否合法，乃是因為如果任何人都可以主張法律錯誤，則會造成社會之不安定³⁹，因而為了社會秩序之維護，不能不盡到查詢義務。

2. 違法性錯誤之迴避可能性

雖相同地要求有查證義務，惟德國學者 *Rudolphi* 則直接以「**違法性錯誤(禁止錯誤)之迴避可能性**」作為「違法性意識之可能性」主要之判斷標準，蓋「違法性錯誤之迴避可能性」的本質，不只是單純地存在對於自己違法性意識之可能性，而**必須給予行為人一個在現實上利用違法性意識之可能性的契機**。亦即行為人具有檢討自己行為時之行為是否合法的契機，對於行為人而言，必須現實上具有「自己行為的違法性意識之可能性」，但該給予行為人有利用違法性意識之可能性的契機，**必須是對於行為人能夠期待之情形**⁴⁰。從而，與前開良心緊張說之查證義務差別在於：**即使是行為人忘記查證、對於調查疑問之行為有所懈怠，不直接認定該違法性錯誤存在迴避可能的情形，而還要去檢視行為人如果有進行相當之調查、查詢的話會得到怎樣的資訊，必須是限於行為人依照該「調查」會得到自己違法的正確資訊時，該違法性錯誤就會被認為係「具有迴避可能性」，從而行為人具有違法性意識之可能性。**

(二)、納入「過失」、「事前責任」或「刑事政策」作為判斷內容

1. 以「過失」作為比較基準

除了早期德國實務見解之「相當程度的良心緊張」，或德國學說主張之「迴避可能性」外，德國實務以及學說也有提出以「過失」作為判斷基準。只不過，德國實務見解普遍地認為，「違法性錯誤之迴避可能性」要求行為人之注意義務的程度要比「過失」來得高⁴¹，換言之，行為人之「違法性意識之可能性」也要比認定行為人違反注意義務的「過失」程度來得高。

學說見解亦有如同實務見解看法，認為應採取比「過失」判斷更為嚴格的標準，並要求該注意義務要高於過失，因為在違法性錯誤之情形，行為人係基於構成要件之故意推定違法，與具有法中立性質之無認識過失行為，更早涉入「危險領域」，通常在已有構成要件故意時，已經提供行為人檢討該行為是否違法之契機⁴²；惟相對地，學說見解也有不同之看法，有認為科賦行為人比「過失之注意義務」更為嚴格之注意義務，對於行為人實係流於苛酷⁴³，亦有認為應該和過失採取相同之標準，蓋構成要件故意並不能給予行為人行為時有檢討行為是否合法之契機，且如果採取如此嚴格的判準，所有的違法性意識錯誤(禁止錯誤)都會被認定是有迴避可能性，至多僅能減輕罪責而無法阻卻罪責⁴⁴。

2. 事前責任理論

雖然有無迴避可能性之判斷多以行為時為準，但亦有看法認為縱然行為人進行之違法行為的時點是無迴避可能性，但只要行為人在「事前階段」被認為是可能加以迴避的，基於「類似原因自由行為」的性質以「事前迴避可能性」作為根據，行為人既然有依其決意作成行為之自由，行為人應該能夠在行為時點之前，去認識將來行為是否合法，依照這樣的思考邏輯，行為人將會

³⁹ *Id.* at 48.

⁴⁰ 松原久利，前註(34)書，頁 119。

⁴¹ BGHSt. 4, 236(243)(Urt. v. 23.4.1953)；BGH NSZ 2000, S. 307(Urt. v. 15.12.1999)。請參照松原久利，前註(34)書，頁 120、124。

⁴² Bockelmann/Volk, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 1987, S. 123。請參照松原久利，前註(34)書，頁 120、125。

⁴³ 德國學者 *Jürgen Wolter* 之見解，請參照高山佳奈子，前註(33)書，頁 335。

⁴⁴ 德國學者 *Wolter*、*Roxin* 之見解部分，請參照松原久利，前註(34)書，頁 120、125。

被要求在作成違法行為時之前，就應以是否謹慎思考、查詢該行為之是否合法，而決定行為人是否具違法性意識之可能性⁴⁵。

3. 刑事政策預防目的之考量

此外，德國學者 *Roxin* 認為所謂違法性錯誤(禁止錯誤)之迴避可能性，並非事實層面的迴避可能性，而是考量到「特別預防」之目的，因而在具有迴避可能之必要情形時給予處罰。從特別預防之觀點，判斷行為人是否「迴避可能」，必須(1).在當時之情況，行為人對於自己行為之是否違法應該要給予謹慎地思考以及詢問查證之機會；(2).在有這樣的機會下，行為人有沒有努力地確認，此一努力是作為阻卻行為人答責性(*Verantwortigkeit*)⁴⁶的判斷要件；(3).並且經過十分地努力，行為人能夠具備違法性意識，必須要充足上開三個要件，才能認為行為人有接受刑罰之必要；*Jakobs*則以「規範論」之角度切入，認為違法性錯誤(禁止錯誤)之原因在行為人之一方時，包含了行為人對於規範妥當性之敵對態度，此一錯誤是在行為人之答責性領域

(*Verantwortigkeit Zuständigkeit*) 具有迴避可能性，但倘若違法性錯誤之原因係因社會系統之一方造成時，即使行為人能夠達到對於違法性之認識，由於此時並不會影響損害社會系統，該違法性錯誤應屬於無迴避可能性⁴⁷。

三、小結

回溯檢視外國立法例中實務與學說之見解，應可得知判斷「違法性錯誤」時，國內學說與實務判決有認以行為人需具有「查證義務」之看法，乃源自於最早之「相當程度之良心緊張」的判斷標準，而該強調「查詢之義務」之看法則不論是英美法系或歐陸法系之立法例均有之；又相對於最高法院採取「類如善良管理人注意義務」之見解，外國立法例則有以刑事法體系之「過失」的判斷標準，亦即以「注意義務」之高低程度，作為認定是否具有「違法性錯誤之迴避可能性」的比較基準，有的比過失之注意義務高、有的則認為等同過失之注意義務；除此二判斷之外，亦有外國學說直接以是否具備違法性錯誤之迴避可能性、類似原因自由行為之事前責任判斷和刑事政策之特別預防目的的考量，判斷行為人之「違法性錯誤」可否迴避。各說之間對於判斷內容、查證時點或有不同，但各說間的相同點則是：判斷時必須著眼於行為人之年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別、生活環境等各種判斷因素，以認定行為人是否在行為時能具有「違法性意識之可能性」的契機。本文認為應先肯認此一相同點的脈絡下，決定運用於個案之判斷標準，然從此一相同點出發，對照前述各種見解之看法，則仍勢必要檢視是否要以該查證義務作為判斷之前提？並且可否以「良心緊張」作為判斷內容？以及是否須納入「特別預防」之觀點作為判斷目的？職此，本文則著眼於「違法性錯誤」之法理，試圖從檢視制定法規範之國家與行為人間的緊張關係，擇定具體個案的判斷流程模式。

肆、本文見解

⁴⁵ 德國學者 *Cramer*、日本學者松原久利、安田拓人之見解，請參照松原久利，前註(34)書，頁 122、127；安田拓人，「回避した責任無能力状態における故意の犯行について(2.完)」，法學論叢 142 卷 2 号 33 頁以下，1997 年。

⁴⁶ 按德國學者 *Roxin* 所強調之答責性(*Verantwortigkeit*)的概念，有別於向來之責任觀點。蓋向來刑法之「責任」概念具有兩個實踐機能，其一，正當化科予刑罰附加惡害之應報目的觀，其二是劃定國家刑罰權之界線，作為行為人所需負擔之責任上限，*Roxin* 認為責任之概念必須和刑事政策一併加以思考，可以保留第二種機能，但應摒除第一種機能的應報觀點，故與向來責任(*Shuld*)的概念有別。請參照川端博，「責任論と責任主義についての覚書」，收錄於「立石二六先生古稀祝賀論文集」，頁 342-346，成文堂，2010 年 7 月 20 日初版 1 刷。

⁴⁷ 德國學者 *Roxin*、*Jakobs* 之見解，請參照松原久利，前註(34)書，頁 121、126。

一、「不知法律不能免除刑責」之原則及例外

延續上開歸納後之結果，不論英美法系或歐陸法系，外國學說與實務見解似乎對於「違法性錯誤 / 法律錯誤」之情事採取極為嚴格之態勢，此乃因「違法性錯誤」之法理乃是源自羅馬法時代以來，便以「**不知法律不能免除刑責**」(*Ignorantia juris non excusat*)作為原則，僅有少數之例外才有阻卻責任之機會。在此一原則下，同樣屬於英美法系之英國法，應用此原則又比美國法更為嚴格⁴⁸，基本上並不將「對於法律之無知或錯誤」當作是防禦的抗辯，以 *Regina v. Morgan(1975)* 案件中，英國法院所採取之「**必然邏輯準則(inexorable logic rule)**」為例，則不允許將法律之錯誤作為免責之正當理由，蓋為避免不合理之錯誤也得以阻卻刑事責任，從而僅將該錯誤當作是被告之否認，不允許在合理性的基礎上存在差異⁴⁹；

而在向來被歸類於歐陸法系之德國、日本，此概念延續至二戰前，德國和日本實務見解均傾向採取「**違法性意識不要說**」，日本戰前判例甚至嚴峻地認為作為臣民負有法規遵守義務，對於法律之調查義務進到最大的努力，並以此非難行為人對於法律漠不關心⁵⁰，而直至二戰後，日本之最高裁見解，以「**炸藥爆破木橋事件**」為例⁵¹，也是延續了向來大審院之看法。但在現代社會中，除了普通刑法之外，立法者制定諸多龐雜的法律規定，附屬於其他法規之「**附屬刑法**」規範，如何期待一般人民都能完美地了解？因而，不論是在外國學說之間或者是各國之立法層面均有採取柔軟化之態勢，以避免完全貫徹「不知法律不能免責」之法諺所造成之不公平或者不合理之現象。

(一)、對於「不知法律」辯解之處理

1. 消極、單純地不知禁止規範

按「不知法律」之概念，若對具體套用於現代資訊化之社會系統，大致上可以將區分為：**(1).行為人單純不知法律有禁止規範(消極之不認識自己行為為法律所不許)**，及**(2).因對某些資訊產生誤信自己之行為法律規範所允許(積極之誤認自己行為為法律所許)**。而就前者而言，在美國法上，雖然美國德拉瓦州(*Delaware*)之最高法院於 1949 年在 *Long v. State* 案件中，曾表示較為嚴格之標準，但這個標準並沒有被任何法院所遵循，而且該判決宣示之意涵則被美國模範刑法典(*Mo*

⁴⁸ ANNEMIEKE VERSEVELD, *supra* note 38, at 18.

⁴⁹ 按 *Regina v. Morgan* 該案事實係：「四名被告涉嫌對被害人時實行強制性交之行為，依照四名被告所申述之辯解，其已得到被害人丈夫之同意，被害人丈夫指稱被害人會裝作抵抗，以此得到因受強制而屈從之滿足感。」英國法院認為：關於強制性交案件之同意，被告們無疑地試圖用這個錯誤作為犯罪之正當理由，如果以此作為正當理由，結論上會造成任何一種錯誤，即便是不合理的錯誤，也會排除被告的責任。因此，英國法院將該錯誤僅僅當作是被告們之否認，認為因違反了被害人之自主意願，四名被告之故意(intent)應符合強制性交罪之犯意。*Id.* at 20, 21.

⁵⁰ 大判明治 36 年 10 月 9 日刑錄九輯頁 1467、大判昭和 17 年 2 月 23 日判決全集九輯 18 号 457 頁、朝鮮高判昭和 17 年 11 月 9 日法律新報 670 号頁 12、大判昭和 17 年 6 月 15 日新聞 4783 号頁 5。請參照高山佳奈子，前註(33)書，頁 331、352。

⁵¹ 按**炸藥爆破木橋事件(最判昭和 32 年 10 月 18 日)**之事實係：「甲、乙因為村內所有之木製橋樑腐朽，對車、馬往來通行而言有坍塌之危險，多次地向村請求修築都未能實現。甲、乙就遲遲未能重新修築感到日常生活之不便，遂與他人共同謀議，偽裝成因雪災而橋樑斷落，收受災害補償金的話反而較為容易修築木橋，於是使用破壞岩石用之炸藥將該木橋損壞、斷落，妨害交通之往來。」，該案第 2 審法院採用辯護人之主張，亦即甲、乙並不知道該行為該當「**爆發物取締罰則第 1 條**」，因而適用刑法第 38 條第 3 項但書，減輕其刑，廢棄第 1 審之判決，給予緩刑；但最高裁認為**不需要知道該行為具體適用之法令以及不需要知道法定刑之寬嚴程度**，在行為人認識自己行為違法性之情形，則無從適用刑法第 38 條第 3 項但書。此判例則依循了向來大審院採取「**違法性意識不要說**」之立場，違法性意識不是犯罪成立之要件，刑法第 38 條第 3 項的「**法律**」是指違法性，依照違法性錯誤，即使沒有違法性意識，也不能阻卻故意，只能依照但書加以減輕；判例則是認為因為行為人具有違法性意識，自然不能使用但書。請參照高橋則夫、伊東研祐、井田 良、杉田 宗久，「法科大学院テキスト 刑法總論」，頁 242，日本評論社，2007 年 10 月 25 日第 2 版第 1 刷。

del Penal Code / M.P.C.)第 2.04 條第 3 項所拒絕⁵²，亦即 *M.P.C.* ⁵³第 2.04 條第 3 項 a 規定：「定義犯罪之法規或其他成文法，並未被行為人所知道，且未於行為人為所聲稱之行為前，加以公布或以合理地方式使其知悉」時，則行為人可以之作為抗辯犯罪之事由，並以此抗辯時，同法第 2.04 條第 4 項則要求行為人(即被告)需就抗辯事由證明至優勢證據(*preponderance of evidence*)之程度即可。

而實際狀況中何種情形有機會認定「行為人消極、單純不知法律」，或有認為行為人於刑罰規範公布前即實行該行為繼續至公布後，或因資訊不發達而使得法令制定、修改的消息無法即時傳遞，又或者是因為天災(如：地震、風災)造成交通中斷，法規無從發布至該地等情，鄰國日本之實務見解亦曾對此些情形做成判決。但因日本刑法第 38 條第 3 項規定：「即使不知法律，也不能認定沒有犯罪之意思。但依情狀，得減輕其刑。」，加上實務見解採取違法性意識不要說的觀點，依然都判處有罪⁵⁴。

然而，對於德國聯邦普通法院而言，即便在採取「良心緊張」標準之情況下，例如：(1). *BGH JR 1954.188.JR* 案例中：「19 歲和 23 歲之被告兩人係農業勞動者，自 1952 年起與罹患精神分裂症和離婚、接受不孕手術的女性 E 有為 15 次的性交行為，S 和 D 雖然知道 E 女的狀況，但並不知道和精神疾病之女性為性交行為是被禁止且要受到刑罰。原審判決強調 S 和 D 知識水準較低且個性單純，完全沒有考慮到會受到刑罰，且被告 S 的雇主也勸說 S、D 和 E 進行性交行為，參審法院(*Schwurgericht*)以兩名被告具有迴避不可能之禁止錯誤為由，而論處無罪。」⁵⁵、(2). *LG Mannheim NJW 1990,2212* 案例中：「被告係剛來德國之巴基斯坦人，拒絕進入喝醉酒、又裸身女性之房間而被認為違反不救助罪。但因為伊斯蘭教禁止干涉他人，並且巴基斯坦之刑法沒有不救助罪，此外也因為被告自身有受到危害以及接近喝醉酒與赤裸之女性違反伊斯蘭之教義，因此被認為係迴避不能之禁止錯誤的古老案例。」⁵⁶亦有依照「行為人之年齡、智識程度、文化背景、生活環境等情形」加以考慮而判斷無罪的例子。

2. 積極、誤信為法律規範所容許

而就現代資訊化之社會，行為人可能因接受到之資訊而進而誤信，是在積極誤信之類型中，必須檢討介入行為人判斷時之「所接收之資訊」為何，以及可否作為行為人信賴之根源。以 *M.P.C.* 第 2.04 條第 3 項 b 規定為例：「行為人基於對正式法律聲明之合理信賴而行為，而後該法律聲明被認定為無效或錯誤。該法律聲明包括：①、法規或其他成文法；②、法庭裁決、法官意見、判決；③、行政命令或准許許可；④、依法對於定義為犯罪之法律具有解釋、實施或執行權責之公家機關或官員的官方解釋」；美國紐約州刑法第 15 條之 20 第 2 項就不知或錯誤於責任上之效果：「行為人不能因錯誤認為所從事之行為在法律上不會構成犯罪，而免除其行為之犯罪責任，除非該錯誤係基於法律上之官方聲明，包含：①、成文法或其他法令，②、行政命令或取得許可證，③、州或聯邦法院之法庭裁決，④、官方作成或法律上授於行政執行或說明之權限的公務員、

⁵² ANNEMIEKE VERSEVELD, *supra* note 38, at 17.

⁵³ *M.P.C.* 條文內容請參照：<http://www.law-lib.utoronto.ca/bclcl/crimweb/web1/mpc/mpc.html> (最後瀏覽時間：2014 年 6 月 25 日)。

⁵⁴ 最判昭和 26 年 1 月 30 日刑集 5 卷 2 號頁 374、大判昭和 14 年 2 月 28 日刑集 18 卷頁 63、大判大正 13 年 8 月 5 日刑集 3 卷頁 611；又按日本學者松原久利亦認為在「因關東大地震造成之交通機關的破壞，造成法令之發布無法知悉」之案例(大判大正 13 年 8 月 5 日刑集 3 卷頁 611)中，雖然實務見解認定有罪，但認為應該認定是欠缺違法性意識之可能性的特殊案例。請參照松原久利，前註(34)書，頁 136。

⁵⁵ 高山佳奈子，前註(33)書，頁 353-354 註 216。

⁵⁶ 高山佳奈子，前註(33)書，頁 355-356 註 217。

公共機構、公共團體發布對於成文法或法律上犯罪之解釋」⁵⁷。

而就「人民可以對於『法規、判例』主張信賴而認定欠缺違法性意識」的議題，並非只有英美法系獨有之特色，歐陸法系的德國學說以及實務判例也多有認為，「法律規範」部分基於「**立法者之權威**」、「**法律合法性之推定**」，行為人對此之信賴值得加以保障；而就「實務判例」部分，由於**判例有和法規一樣的權威，具有法秩序形成之任務**，應能夠推定其正當性，實難不能期待國民去檢討判例是否和法規合致，此時應該得以之作為違法性錯誤(禁止錯誤)而阻卻行為人之責任⁵⁸；而日本學說亦認為應一般地承認行為人若基於對法規或判例之信賴而作成違法之行為，應欠缺違法性意識之可能性⁵⁹。足認「**法律規範**」或「**實務判例**」應當能夠作為人民信賴之資訊來源。

若在更進一步檢視可茲作為行為人信賴之資訊來源，日本立法例顯然地較德國立法例嚴格。首先，對於「具有權責之公家機關或官員的官方解釋」部分，雖然學說上有認為如果處罰依照解釋行為之行為人，有欠公正⁶⁰，並有認為此種場合之阻卻責任，應屬係欠缺違法性意識之可能性⁶¹，惟日本實務見解則呈現分歧的狀況，或有認為「具有權責之公家機關或官員的官方解釋」足以認定行為人因而欠缺違法性意識，作為阻卻責任⁶²，但亦有認為依然不得主張欠缺責任⁶³；再者，就「私人性質之專家」部分，日本實務見解亦傾向較保守且分歧之看法，例如：即便是信賴律師之意見，亦不得作為欠缺違法性意識之可能性⁶⁴，又由於新聞經常對於事實誤報，亦不得主張信賴⁶⁵；然對於通過自主規制機關之映倫管理委員會此一民間機關的審查則被認為是可以信賴之基礎，具有相當理由而阻卻故意責任⁶⁶；也有認以誤信新聞有相當理由而阻卻故意之判例存在⁶⁷。反觀德國學說則認為「官方說法」之所以可以信賴並非源自於賦予國家機關的權威，而是**就該行為合法或違法之界定，比起行為人有能提供實質正確資訊的特別能力**；同樣地，基於能夠提供正確資訊之能力而作為信賴之標準時，諸如律師、法院院長(*Gerichtspräsident*)、職務上之長官、選酒侍者、汽車駕訓班教練、罷工之領袖、專門團體事務局長、醫師等都可以作為可以信賴之資訊提供者⁶⁸。整體而言，德國實務和學說則較日本立法例傾向採取更為開放之態度。

(二)、系統性信賴-國家與人民間之緊張關係

按德國社會學家 *Niklas Luhmann* 曾認為在社會系統不斷提高複雜性的條件下，人們也需

⁵⁷ New York Consolidated Laws Service PENAL LAW 請參照：<http://ypdcrime.com/penal.law/>(最後瀏覽時間：2014 年 7 月 12 日)

⁵⁸ OLG Celle MDR 1956,S.436(Beschl. v. 20.4.1956)；德國學者 *Rudophi* 之見解，請參照松原久利，前註(34)書，頁 137-138。

⁵⁹ 松原久利，前註(34)書，頁 134。

⁶⁰ 川端博，「正当化事情の錯誤」，頁 59 以下，成文堂，昭和 63 年。

⁶¹ 松原久利，前註(34)書，頁 140。

⁶² 大阪高判昭和 31 年 11 月 28 日裁特 3 卷 24 号 1198 頁(關於地方公務員法，依循公平委員會之意見)、高知地判昭和 43 年 4 月 3 日判時 517 号 89 頁(關於風俗行業等取締法，依照警察署之指示)。請參照山口厚，「ケース&プロブレム刑法総論」，頁 253，弘文堂，平成 20 年 4 月 15 日，初版 3 刷；松原久利，前註(34)書，頁 140、150。

⁶³ 名古屋高判昭和 24 年 9 月 27 日高刑判特 3 号 42 頁(行為人關於政治活動禁止事項，即使信賴檢察廳之回答，確信該行為為合法，但仍不得認為欠缺故意)、札幌高裁函館支判昭和 28 年 7 月 7 日高刑判特 32 号 83 頁(即使依警察之指示將火藥儲藏在自宅中，主張不知法律，仍不妨礙故意之成立)、大判昭和 14 年 3 月 29 日刑集 18 卷 158 頁(關於經濟管制法令之解釋，即便行為人信賴商工省之回答，仍不得主張阻卻責任)。請參照山口厚，前註(62)書，頁 253；松原久利，前註(34)書，頁 140、150。

⁶⁴ 大判昭和 8 年 9 月 13 日刑集 12 卷 1619 頁、大判昭和 9 年 9 月 28 日刑集 13 卷 1230 頁、東京高判昭和 34 年 5 月 26 日東高判時 10 卷 5 号 288 頁。請參照山口厚，前註(62)書，頁 253；松原久利，前註(34)書，頁 142、152。

⁶⁵ 福岡高判昭和 26 年 1 月 16 日高刑集 4 卷 1 号 6 頁。

⁶⁶ 東京高判昭和 44 年 9 月 17 日高刑集 22 卷 4 号 595 頁。

⁶⁷ 函館區判昭和 15 年 2 月 16 日新聞 4537 号 5 頁。

⁶⁸ 德國學者 *Rudophi* 與實務之見解，請參照松原久利，前註(34)書，頁 141-142。

發展能有效簡化複雜性之方式，而為了減縮複雜性，必須透過過往之「經驗」，藉由「信賴」強化人們對於社會當中不確定性之風險承受力⁶⁹。因此，市民社會當中則會發展出「溝通之媒介」及「系統機制」來達到「系統性信賴」之運作，而國家多元分工體制下負責制定成文法規範之立法系統、對其職務有詮釋、執行法規權限之行政系統，及具有認事用法之決斷權限的司法系統，三者均具有發揮系統性信賴之功能。

「不知法律不能免除刑責」之原則雖然是從羅馬法時代便沿用至今的金科玉律，其背後之目的不外乎是為了避免人民欠缺遵守法規範之意識所引起的社會秩序動盪不安定，但從法規範事後所具有科處刑罰之強制力觀察，裁判者所作成之處罰決斷都能再次發揮刑法統制之機能，喚醒系統內的人民遵循規範之意識；況且，法規範之制定均以抽象一般人為標準，在社會結構中，往往難免因為忽略少數部分之人而造成不公平或不合理之現象。是以，與其嚴守不知法律不能免責之上古法諺，毋寧是考量立法者制定伴隨刑罰效力之法規範，國家扮演擁有刑罰權之角色，而具有受到國家刑罰權處罰之風險者則是國家主權所及之人民，若從消極層面觀察國家與人民間所存在之緊張關係，國家既能合法行使刑罰權且擁有比人民充沛之資源，則國家應盡可能地讓人民對法令規範能有所知悉，如果人民實際上不知法令規範，卻又予以處罰的話，則有自相矛盾、有失公正之嫌；再者，作為國家整體架構下系統性信賴之一環者，制定法規或成文法、作成法院判例或判決，或者是發布行政命令、公家機關或官員之官方解釋時，人民應當能將此些資訊作為信賴之來源，否則如果此些資訊來源不能作為人民信賴之資訊，則系統性信賴之功能無從發揮，人民將無所措其手足。

若從此一視角切入回到實定法之規範，我國刑法第 16 條修正後，立法體例已與日本刑法第 38 條第 3 項採取不同之路徑，而傾向德國於 1975 年編纂刑法典時制定之第 17 條：「行為人行為時沒有認識違法性，若該錯誤之認識不可避免，則不負擔刑事責任，如該錯誤認識可以避免，則依第 49 條第 1 項減輕刑罰」⁷⁰區分違法性錯誤可否避免之規定。若遇到上述之情形，從國家應盡可能地讓人民知悉法律規範以及系統性信賴的觀點出發，似宜認有採取比鄰國日本實務見解更為寬鬆之認定的機會。

二、「違法性意識之可能性」之實質概念

(一)、不以「良心緊張」為判斷標準

若將早期德國實務見解中「相當程度之良心緊張」作為「違法性意識之可能性」的內容，則因用語使用了一般道德規範所稱之「良心」，很難排除道德價值觀點，從外國立法例觀察，學說有認為以行為人感受到自己之「良心緊張」和有意識到自己的行為是法所禁止的情形仍有不同，且刑法所規定之禁止規範，有以維持社會秩序之機能，若以良心之緊張作為基準而認行為人沒有對於法規範有正確之認識，則無從確保此一機能；再者，在確信犯和常習犯之情形，因為法規範

⁶⁹ Niklas Luhmann 著，大庭 健、正村俊之譯，「信賴-社会的な複雑性の縮減メカニズム」，頁 21，勁草書房，2007 年 6 月 15 日第 1 版第 9 刷。

⁷⁰ ANNEMIEKE VERSEVELD, *supra* note 38, at 33.; 西原春夫譯，イエシエック・ヴァイゲン(D. Jescheck · Weigend)，前註(33)書，頁 347。按 1994 年之法國刑法(Code Pénal of 1994)制定時因為了解到該法諺之原則是一種法律的擬制，會造成需多不公平、不合理之情況都很難加以主張其辯解、防禦，因此，法國之立法者參考比利時、德國和義大利的規定，以「不可避免之法律錯誤」作為被告得以開釋的基礎，該法之第 122 條之 3 立法者制定了「因為法律錯誤作為阻卻刑事責任的原因」，第 122 條之 3 規定中萃取出三種累積的宣判無罪、開釋被告之要件，1、被告必須具有法律錯誤；2、該法律錯誤或不知係無從避免；3、被告確信其行為之合法性(被告沒有懷疑)。請參照 ANNEMIEKE VERSEVELD, *supra* note 38, at 49, 50.

所建構出之法秩序和行為人之「良心」並不一致，以「良心之緊張」作為判斷標準，則此類行為人將時常無法對其所為之違反法秩序的行為具有違法性意識的可能性⁷¹；況若採用「良心緊張」之判斷標準，在「違法性意識」之「違法性」的認定上往往會偏離實質違法性，而趨向以「先於法律之價值意識(前法之規範價值/道德倫理觀點)」，但實際上，外國立法例之實務見解也鮮少以此種先於法律之倫理價值意識為標準⁷²，又果若行為人歷經慎思或查證之理性價值選擇的行為，還能被稱之為基於「良心」之緊張？其實不無疑問⁷³。爰此，為避免因為用語而造成道德倫理價值觀點過度地侵擾了法規範之價值判斷，在「違法性意識之可能性」的判斷標準，宜認不採取「良心之緊張」的判準。

(二)、不以「查詢義務」為判斷前提

即便因用語上避免道德倫理價值侵擾法的判斷，不採取「良心緊張」的看法，但不論採取何種標準，源自於良心緊張而來「是否有查證義務」之論點，亦即行為人對其行為是否合乎法律規範有疑問時，應否以謹慎思考或調查問除去該疑問的論點，仍有進一步加以論證的必要。責任階層之判斷，則應可理解係環繞於行為人之年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別、生活環境等各種判斷因素，違法性意識既然採取責任說之立場，自應與此些因素作某種程度之連結，此亦為上述諸說間相同之點。

因而行為人是否懷疑其行為之違法與否，亦應要求從此些判斷因素中加以檢視，倘若在不考慮行為人之年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別、生活環境等各種判斷因素，而預設了行為人有無違法性意識的判斷上以「有無踐行查證義務」為區分標準，則已非基於行為人個人因素來考量其所應肩負之責任，劃定責任之上限，從這樣的角度來看，業已違反責任主義；又以「有無查證」作為前提，則有認為該查證義務應屬一般人均應踐行之義務，如此一來，**因未踐行查證義務即被認為不能主張欠缺違法性意識的情形，實質上則是因行為人沒有踐行查證義務而被認為是具有違法性意識，此無疑是將違法性意識之判準和不作為犯劃上等號**⁷⁴，原本「違法性意識」須檢視行為人有無正當理由且無法迴避而可免責，或按其情狀得減輕之情形，卻因「查證義務」之前提預設，而變相使得不作為犯適用的範圍擴大，實已逸脫了違法性意識所要處理的癥結點，反而每個人都有淪為潛在的不作為犯之風險。從而，對於是否有踐行「查證」，不宜當作是判斷行為人有無違法性意識時之首要判斷前提，蓋如同前揭之外國學者 *Rudolphi* 所言即便檢視判斷因素後認為行為人有所懷疑其行為違法與否，感知其行為與法秩序並不一致，但仍需檢視行為人如果有進行相當之調查會得到怎樣的資訊，不能僅以忘記查證或者對於調查行為有所懈怠直接認定該違法性錯誤具有迴避之可能性。

(三)、不以「特別預防」為判斷因子

又當代刑法理論或刑事政策，由於刑罰精神之流變，相較於古老的應報觀點，預防甚或是嚇阻觀點存在著令人著迷的魅力，也因此責任論的建構上，如前所述，德國學者 *Roxin* 主張以「特別預防」目的觀來決定違法性意識之判斷。惟其他學者則認為納入刑事政策之考量，恐造成判斷不明確以及擴大處罰範圍之虞，蓋處罰之必

⁷¹ 德國學者 *Rudolphi*、*Cramer*、*Maurach* 之批評，請參照松原久利，前註(34)書，頁 119 以下。

⁷² 高山佳奈子，前註(33)書，頁 339。

⁷³ 德國學者 *Jürgen Wolter* 對於「良心緊張說」之批評，請參照高山佳奈子，前註(33)書，頁 335。

⁷⁴ 請參照高山佳奈子，前註(33)書，頁 337。

要性，必須考量的是責任能力、違法性意識或違法性意識之可能性、期待可能性等要件，進行非難可能性有無之判斷，思考的觀點並非放置於是否能夠達到法益保護或者社會秩序之維護，可罰性判斷之前提，應該要以非難可能性的觀點加以確定。因而認為若將刑事政策的考量納入違法性意識之可能性，則擴大了判斷上的可能產生之不明確，一旦濫用的話就有擴大處罰範圍之風險⁷⁵。所謂擴大處罰範圍之風險，其實最明顯地即是以類似原因自由行為之「事前責任」作為「違法性意識之可能性」標準的看法，蓋事前責任說的看法流露出「即使行為之際的現階段欠缺違法性意識之可能性，但是前階段可以吧！」此種濃厚的預防思維，以至於判斷有無違法性意識之可能性的時點提前。惟判斷時點之前置化，則嚴重違反了個別行為責任、行為與責任同時存在的原則⁷⁶。

除了上述學說之各種面向之批評外，在裁判者做成有罪、無罪或者刑度輕重之決斷時，「如何確認能夠達成特別預防之目的？」實係值得深思的議題，從特別預防目的的觀點進行檢視，從現行刑罰規範的主刑規定，除了死刑直接剝奪行為人生命之外，無期徒刑、有期徒刑和罰金刑，係採取限制行為人之人身自由和剝奪行為人之財產的方式，對行為人進行處罰後以期減少或改變行為人的再犯可能，行為人之所以能夠將不違反法律規範的主流價值內化而達到「積極之特別預防目的」，乃是因為行為人自己有感知到「不想被與世隔絕地受到人身自由之拘束」或「不想財產受到剝奪」之「懸念」，這種「懸念」係特別預防目的之源頭，而此一「懸念」本身並不存在於具有國家刑罰權之規範，而是在於行為人所置身的周遭環境當中，從刑罰之科處而要達到特別預防之目的委實有一定程度的困難。是以，似不宜在責任階層中寄望裁判者依循特別預防之目的判斷行為人行為時有無違法性意識之可能性。

(四)、回歸能力區分說之本質

按「違法性意識」既係責任階層判斷上之重要核心領域，基於責任主義之「**違法性意識**」係指行為人認識到自己實行之行為是被「法所禁止」或「法所不容許的」，因而**形成作用於行為意思之反對動機**⁷⁷，使行為人得有可能依循法規範而行動⁷⁸，而判斷有無「**違法性意識之可能性**」定位上則應係有無「**給予行為人作成行為決意時，遵循法規範的動機因素**」⁷⁹，有無違法性意識之可能性，則需判斷有無此種動機因素。此乃因刑法存在之目的是為了抑止違法行為，針對出於自由意志所實行之違法行為，對行為人之責任加以非難，如果行為人本身欠缺此種動機因素，並未認識到該行為之實質違法性時，則欠缺非難的基礎。

而作為阻卻責任事由，在考量「違法性意識之可能性」不免和「適法行為之期待可能性」一樣，在以何者為標準上，存在「行為人說」、「平均人說」或者是「國家標準說」的爭議，學說雖有認為諸說之間的差距並不大，因為即便是採取「行為人說」，也不可能是完全以行為人為標準，行為人標準與國家標準間只是量差的關係，並非互相對立⁸⁰，但實際個案判斷上採取「平均人說」的視野，則原本應於責任階段審慎地判斷與「行為人」主觀上各種相關因素時，**要會逐漸趨於客觀化**，也因此在外國立法例當中，德國實務見解有採取了「以過失之注意義務作為比較基準」、「預

⁷⁵ 德國學者 *Jescheck*、*Maurach* 之看法，以及採取相同批判之日本學者佐久間修的見解。請參照松原久利，前註(34)書，頁 121。

⁷⁶ 山口厚，刑法總論，頁 216-217，有斐閣，平成 17 年 2 月 20 日，補訂版第 1 刷；高山佳奈子，前註(33)書，頁 337。

⁷⁷ 按所謂「反對動機」係指相較於行為人之犯罪動機，行為人實行行為時所具有抑制違反法規範的動機。

⁷⁸ 山口厚，前註(76)書，頁 216。

⁷⁹ 高山佳奈子，前註(33)書，頁 345。

⁸⁰ 黃榮堅，基礎刑法學(下)，頁 619-622，元照，2012 年 3 月，第 4 版。

設行為人必須在有懷疑時便要努力地盡到一定之查證義務」的見解，則是傾向統計上想像之「平均人」概念，而如前所述，不應僅以欠缺查詢便斷然認定有違法性意識，並且以此作為判斷基準在適用於每個生活在不同環境、不同智識能力的行為人上，**要求每個人皆須將其認知與對事物之理解，於行為時瞬間提升至平均人之標準，亦未免有違反責任原則以致流於失之過酷的疑慮。**

而分析我國實務見解依照刑法第 16 條所做成無罪或有罪之論斷，實際上亦多係以**環繞在行為人周邊的客觀情狀**加以判斷⁸¹，且最高法院亦有認為：「...又刑法第十六條規定：除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除其刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。是依上述但書規定減輕其刑者，必須在客觀上依據行為人犯罪之動機、目的、內容、性質、態樣輕重及犯罪實害等情節予

以觀察，確認其係因不知法律有處罰之規定，或誤信其行為為法律所不罰而犯罪，**基於刑法之目的、個案正義之考量及國民對於法律之感情**，認為以減輕其刑為適當者，始得為之...」⁸²是以，判斷標準上從責任論中之「能力區分說」之角度出發，進行個案具體、實質之判斷應較能在法秩序的架構下追求個案正義。

採取「能力區分說」之標準，並非完全等同行為人說，而是一種著眼於國家和人民間之緊張關係下，考量行為人能力發揮能夠到何種程度的看法，近似結合行為人與國家標準說。至於如何判斷行為人之能力在國家法規系統當中能夠發會到何種程度，則應如同早期最高法院對於舊刑法第 16 條決議所言「『自信』從主觀，『正當理由』從客觀。」⁸³之見解，以及向來實務所採取之實質、具體評價模式，必須從環繞在行為人周邊之「**年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別、生活環境**」的客觀因子，來審酌行為人個人(主觀)有無違法性意識之可能性，而此周邊之「**年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別、生活環境**」既屬於用以審酌行為人有無「**給予行為人作成行為決意時，遵循法規的動機因素**」的判斷因子，此些判斷因子則屬於認定行為人於行為時是否具有「**違法性意識之可能性**」的實質內涵。

⁸¹ 例如：最高法院 102 年度台上字第 4961 號判決：「...以原判決所認定上訴人共同竊取森林主產物七里香之具體情狀（選定在深夜時分搬運七里香下山，並安排前導車沿路把風），無從認上訴人不知其所為係觸犯刑罰法律，亦未含有惡性，而有刑法第十六條但書規定之適用。...」、最高法院 102 年度台上字第 4465 號判決：「...又原判決已於理由內敘明：上訴人將養樂多廢液傾倒於水溝中，而不得任意將垃圾、物品丟棄於水溝中，此乃一般社會常識，更遑論上訴人所傾倒者係 2 滿車之養樂多廢液，因認上訴人之行為不僅非不可避免，且無正當性可言，並無適用刑法第十六條規定減輕其刑之餘地等旨...」、最高法院 102 年度台上字第 1133 號判決：「...上訴人居住台灣已有三十年之久，難謂不悉我國法律；且其既供認：知悉「劍爐川麝香」價格昂貴，一兩就要新台幣幾萬元，麝香在世界各地都是管制物品等語，足認其並無刑法第十六條規定之法律認識錯誤之適用。...」、最高法院 102 年度台上字第 297 號判決：「...上訴意旨所指美國加州、麻州法規，就種植大麻既有處罰規定。又上訴意旨所指美國華盛頓州、科羅拉多州在西元二〇一二年（即一〇一一年）併同總統選舉舉辦公投，通過大麻以「娛樂」為目的之合法化，已在上訴人製造大麻犯行數年以後，顯與判斷上訴人是否「不知法律」無涉。是上訴人雖在美國出生、成長，仍難認因此不知製造大麻係屬犯罪行為，自無適用上開免除刑事責任或減輕其刑規定之餘地。況上訴人於第一審自承「自九十六年（西元二〇〇七年）就回來台灣長住」（見第一審卷二第一三二頁），則上訴人於有本件製造大麻犯行之前，既已在台灣經常居住足有二年之久，而政府多年以來一再透過大眾傳播媒體宣導有關毒品犯罪之處罰及危害，難認上訴人對台灣嚴厲處罰毒品犯罪之相關規定，仍有所謂「不知法律」之情形存在。...」；臺灣高等法院 86 年度上易字第 2961 號判決：「...審酌被告係美國人，在台教授英文，為人師表，言行足為學生表率美國法律並無禁止持有藍波刀，而該刀械在美國童子軍最高階之鷹級為配刀，況被告係購自一般商店，已無違法之認識，被告購置留念合於美國國情，所辯持有藍波刀為美國法律所許可，亦有正當理由，已可採信，爰依刑法第十六條規定，免除其刑。...」；臺灣臺東地方法院 87 年度訴字第 145 號判決：「...惟按：原住民確多是靠打獵為生，歷代傳統父子相攜而共渡生活，且查被告與其父親陳○文同戶而居，故欲求被告對其父親合法持有之獵槍要求其完全不能有絲毫時間之持有，顯然是無期待可能性，又參原住民生活多在山間內，與山水為伍，在國家文化、資訊、教育之傳輸接受方面，多有重重困難之處，故被告會有自信其持有父親陳○文之獵槍應為法律所許可之情形，核應認為是「有正當理由」。綜據上揭說明暨分析，本案被告本次犯行實不應遽以刑罰對其強加苛責，爰依刑法第十六條後段規定，免除其刑。...」。

⁸² 最高法院 101 年度台上字第 3850 號判決。

⁸³ 最高法院 24 年度總會決議(七)。

三、違反野動法第 21 條之 1 有無「違法性意識之可能性」的思考方針

(一)、延續終審法院指標性判決之意旨

1. 司馬庫斯檉木案與排灣族後膛獵槍案

按最高法院針對原住民族違犯刑法規範時，揭櫫了事實審法院審理應慎思慮及之方向，亦即「...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。本此原則，原住民族基本法第三十條第一項已經揭示，政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法程序等事項，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀等，以保障其合法權益。從而原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，即不能完全立於非原住民族之觀點，而與非原住民之行為同視。...」⁸⁴以及「...中華民國憲法增修條文第十條第十一項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」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。而依同法第十九條之規定，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。...」⁸⁵。足認事實審法院之裁判者作成決斷前，應體察國家刑罰權之規範以及原住民族之行為人間的緊張關係，而該緊張關係不僅是刑罰規範與一般非原住民間，法益保護與人權保障兩種機能間拉鋸，更是與公民與政治國際權利公約第 27 條所言：「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。」相符地要求裁判者作成決斷之觀點時，必須囊括了原住民族之歷史、文化以及傳統習俗與價值觀等集體性人權的概念。

2. 構成要件不該當或者阻卻責任之出罪途徑

然而，最高法院對於上開二案所採取讓行為人出罪之方式，以【司馬庫斯檉木案】而言，撤銷發回後之更一審則以因欠缺主觀不法所有意圖改判無罪⁸⁶；而【排灣族後膛獵槍案】則係將集體性人權之觀點融入槍砲刀械管制條例(下稱槍砲條例)第 20 條之構成要件中，認為中央主管機關作成之函釋及依槍砲條例第 20 條第 3 項授權訂定之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款將自製獵槍定義，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，以行為人所持有之土造長槍符合槍砲刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，以行為應屬不罰來加以出罪⁸⁷，

⁸⁴ 最高法院 98 年度台上字第 7210 號刑事判決【司馬庫斯檉木案】。

⁸⁵ 最高法院 102 年度台上字第 5093 號刑事判決【排灣族後膛獵槍案】

⁸⁶ 臺灣高等法院 98 年度上更(一)字第 565 號判決：「...被告三人方依司馬庫斯部落決議，欲將檉木殘餘部分運回部落以美化部落景觀，是被告三人之行為，並未破壞森林自然資源，且欲發揮該檉木之公益及經濟效用，是被告三人之行為，並未違反森林法之立法目的。依據慎刑原則，唯具有社會倫理非難性的不法行為，始有動用刑法手段之必要；然如上所述，被告三人之行為，既符合原住民族之傳統文化及生活慣俗；且與國家財政資源分配使用之目的，不相違背；又未違反森林法之立法目的，是被告三人之行為，並不具有社會倫理非難性。從而，系爭檉木雖經林務局竹東工作站人員先將樹幹運走，再將殘餘部分噴紅漆烙印，惟被告三人係基於部落傳統文化及生活慣俗，遵循司馬庫斯部落決議，欲將上開檉木殘餘部分運回部落，以作為部落造景美化景觀之用，渠等主觀上並未具有不法所有之意圖...」。

⁸⁷ 最高法院 102 年度台上字第 5093 號刑事判決：「...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

雖然均言及要從原住民族之歷史、文化、傳統習俗與價值觀點作成決斷，卻均未採取刑法第 16 條之違法性意識錯誤之脈絡，而是分別採取從主觀構成要件和客觀構成要件加以出罪的模式。

此種返回事實層面處理模式，亦與英美法系或歐陸法系之部分實務見解雷同，蓋兩種法系之立法例雖均有對「違法性錯誤 / 法律錯誤」制定了實定法規範，但實務操作上仍透過操作「事實」、「法律」間的調整，傾向認定事實錯誤而排除行為人之故意⁸⁸。此種極具技巧性之作法，不外乎是為了契合「不知法律不能免責」之法理，而我國實務見解也隱約地流露出此種意味。粗略地揣測實務見解嚴守不知法律不能免責之法理而另闢蹊徑的原因，或有認為之所以不考慮違法性意識之檢討脈絡，可能是和日本實務見解相似地採取**違法性意識不要說**，將違法性意識係作為故意之要件，由於行為人主觀上已具故意，則無法以違法性意識錯誤出罪，僅能選擇主觀構成要件之其他部分加以出罪。但¹、刑法第 16 條之修法說明將違法性意識定位於犯罪體系中之責任階層，且²、我國實務見解之論證方式，多先肯認行為人認識到事實，再就不能以不知法律阻卻犯罪加以駁斥⁸⁹，並且亦有強調故意和違法性意識為不同之概念⁹⁰，與日本實務採取違法性意識不要說的論理亦有出入，是不宜採此種思考脈絡。

相反地，綜觀實務見解向來對於違法性意識之要求多為「...即依一般觀念，**通常人**不免有此誤認而信為正當，亦即其欠缺違法性認識已達於不可避免之程度者，始足當之...」⁹¹，晚近亦有實務見解論述中逐漸地強調「查證義務」，即是傾向採取統計上「平均人」標準之抽象評價模式。然而，如前所述，行為人是否對於其行為違法與否有所懷疑，應就個案環繞在行為人周邊之判斷因素具體判斷，並且即便具體判斷後行為人確有懷疑，而認其會有查詢之舉止，仍須檢視其是否得查詢到正確之資訊，又或者其是否因而誤信該資訊，倘僅以未有查詢則逕作為認有、無違法性意識之前提的話，一來是平均人之標準抽象且難以劃一而定，二來是以踐行查證義務為前提，要求行為人於行為時之認知、理解躍升至平均人之標準，則有過於苛酷之疑慮；又從判決理由之內容觀察，行為人多採取之「消極、單純不知禁止規範」之抗辯，但消極、單純不知禁止規範之抗辯，除了前述行為人於刑罰規範公布前即實行該行為繼續至公布後、資訊不發達造成法令制定、修改無法即時傳遞或者因為天災造成交通中斷致法規範無從發布等情有成立之可能外，本於羅馬法時代便傳遞至今「不知法律不能免除刑責」的法理，行為人逕自欲以消極、單純之不知禁止規範抗辯而阻卻責任，毋寧是一種無濟於事之無效抗辯。爰此，實務見解之所以另闢蹊徑之緣由，則可能是因為認定**欠缺違法性意識之標準過高**，行為人難以符合出罪門檻，並且為維繫不知法律不得免責之法理，將使得行為人消極抗辯則如同採取無效辯詞之緣故，因而取徑於其他可

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**；...本條項「供作生活工具之用」之解釋，自應因應生活型態之改變而放寬，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要内容者為限，然如溢出此範圍而使用自製獵槍，自不在此限。...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。...**」。

⁸⁸ 按雖然美國於模範刑法典、法國於 1994 年制定之刑法典均有制定對於法律錯誤之規範，但解釋上均極為嚴格，反而是藉由操作事實和法律之間的區別，試圖緩和法謬可能造成的不利之處，德帝國法院時期亦有存在此種現象；而法國之情形則更為嚴峻，蓋法國之犯罪成立構造類似英美法系。法國法系統並未區隔「違法之行為」和「責任歸因」，違法性意識係犯罪意思之要件，無可避免之法律錯誤則會否定成立犯罪時所需要之故意，但法國之刑法之規定卻又像是歐陸法國家之規定，判斷上存在矛盾之情形。請參照 ANNEMIEKE VERSEVELD, MISTAKE OF LAW, 5051, (1st ed., 2012)。

⁸⁹ 最高法院 80 年度台上字第 3536 號判決、臺灣高等法院臺中分院 88 年度上訴字第 1711 號判決。

⁹⁰ 臺灣高等法院 86 年度上易字第 5908 號判決：「...該行為是否為刑法上所處罰之行為之認識，**屬違法性認識錯誤之罪責領域，依刑法第十六條前段規定，亦不影響誹謗之故意...**」。

⁹¹ 最高法院 88 年度台上字第 5658 號判決、彰化地方法院 99 年度重訴緝字第 1 號判決、臺中地方法院 91 年度訴字第 422 號判決。

能出罪的管道。

但依前述操作之結果，我國刑法第 16 條之運用將會形成與日本立法例即刑法第 38 條第 3 項之相同效果，行為人以違法性意識欠缺為由出罪的情形微乎其微，至多僅有可能按其情節加以減輕，正因如此，實務見解中確實也頻繁地運用減輕其刑和緩刑之思維，避免對於非難性程度較低之行為人科予過重之刑罰⁹²。然而，綜覽外國立法例之見解後，反思我國應該採取何種解釋路徑時，應該要考慮到：**1**、我國法繼受之體系的歷史脈絡，實體法判斷犯罪成立之架構向來繼受歐陸法系之體例，判斷上包含責任階層，與英美法系體系、法國法體系有別；**2**、法規範之類型存在核心刑法與附屬刑法之區分，前者存在自然犯與法定犯之特性，但附屬刑法只有法定犯的特質⁹³，通常一般人民對於附屬刑法規範本身有不知或錯誤之情形，比核心刑法規範更為常見⁹⁴，而野動法之刑罰規範應屬於附屬刑法的類型；**3**、抽象一般人或者是具體行為人之判斷標準，各國學說、實務間均多有爭辯⁹⁵，但問題之本質最終仍端視我國之法秩序在「法益保護機能(維護社會秩序)」與「人權保障機能」側重何種刑法機能所展現之價值觀點。

職此，本文認為妥適運用「合理的法律錯誤」或「可否避免之違法性錯誤」的概念，對於一般人民而言，反而能具有促使其有意願地主動找尋合理、合法的依據，同時，對於弱勢群眾而言，可以避免因為法律規範設計造成之不公平、不合理的情況，並且以考量國家與人民之間的緊張關係為前提之下，要求行為人具有對於附屬刑法之遵法意識前，應當思考國家是否已盡可能地將法規範之意旨傳遞給人民，使人民能夠接收，即便是採取消極、單純不知禁止規範之抗辯，判斷上也宜充分考量國家機關有無盡到充分的說明以及有無公平地通知人民等情事⁹⁶，我國刑法第 16 條制訂之類型、效果與日本刑法第 38 條第 3 項有別，反而較類似德國刑法第 17 條之規定模式，如此窄化「不可避免」欠缺違法性意識之情形，恐有變相地架空了具正當理由且無可避免的除外規定。

⁹² 按即便是如同臺東地方法院 102 年度訴字第 209 號判決鉅細靡遺地論證，終究僅能以減輕其刑及緩刑之思維模式處理。

⁹³ 按行政罰之概念實係附屬刑法，附屬刑法與核心刑法同樣以刑事罰作為制裁手段，本質上為刑事不法，而具有刑事不法本質之刑事犯兼有兩種特性，亦即「自體惡」之自然犯(*mala in se*)和「禁止惡」之法定犯(*mala prohibita*)，而核心刑法處罰之刑事犯包含自然犯與法定犯，附屬刑法處罰之刑事犯僅有法定犯。請參照林山田，「行政刑法與行政犯之辯正」，頁 20-21，法令月刊第 40 卷第 9 期。

⁹⁴ 按德國學者 *Roxin* 將法律錯誤之類型分為四種：(1)、規範本身之不知或認識錯誤；(2)、誤認正當理由之存在或範圍；(3)、對於犯罪定義之要件的錯誤解釋；(4)、對於某些規範有效性之誤解。其中第(1)種類型在核心犯罪之規範中並不常見，附屬犯罪之規範較為常見；第(2)種類型則即便是核心犯罪類型也非常常見。請參照 *ANNEMIEKE VERSEVELD, MISTAKE OF LAW*, 36(1st ed., 2012)。

⁹⁵ 例如：法國立法例上亦有依照犯罪類型存在兩種評價之區別：(1)抽象評價模式(*abstract assessment*)：將行為人和一般人置於相同之情狀下比較；(2)具體評價模式(*concrete assessment*)：考慮被告個人之情形，例如其能力、教育等諸如此類因素。請參照 *ANNEMIEKE VERSEVELD, MISTAKE OF LAW*, 52(1st ed., 2012)。

⁹⁶ 按美國最高法院之見解，*Cheek v. U.S.*(1991)，最高法院在稅務案件之案件中：要求政府機關要去證明該法律將責任強制地加諸在被告身上，被告知道這件事，而其自願地、有意地違反這個法律；*Lambert v. California*(1957)關於前科重罪犯須向當地警察局登記、註冊之案件，最高法院認為：一個人欠缺確實之認知關於其登記、註冊之義務，並且沒有顯示任何作成該認知的可能性時，與以處罰則違反了美國憲法上之正當法律程序。被告主張法律錯誤之抗辯成功乃因為「欠缺公平地通知(*lack of fair notice*)」，如果這個抗辯不被允許的話，被告則沒任何機會去避免法律所帶來之結果，或者是防禦任何伴隨法律而來的控訴。*ANNEMIEKE VERSEVELD, supra note 37, at 14*。我國實務見解亦有類似要求國家盡到公平通知，並認為此乃事實審法院應調查事項之見解：「...上訴人雖不得以不知法律而免除刑事責任，但按其情節得減輕其刑；如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑，此觀刑法第十六條之規定甚明(舊法)。上訴人所稱其搭蓋廟宇，係經土地所有人戴蕃薯、戴春塗同意一節，業經該土地所有人等承認其事。...前項查定結果，於公告時並應通知土地管理機關或土地所有人。如行政機關於六十八年間公告前開土地為山坡地保護區後，未通知土地所有人，且該土地登記簿謄本之「編定使用種類」欄，又係空白，上訴人自無從知悉該土地係山坡地或保護區，則上訴人經土地所有人同意，誤在該土地上搭蓋廟宇，其情頗有可原，因而聲請向桃園縣地政局調閱相關資料，查明主管機關於公告前開土地為山坡地及保護區後，有無通知該土地所有人等語。上訴人選任之辯護人，亦先後兩次以言詞聲請為上開之調查。第一審法院未予置理，原審亦仍不為調查，遽行判決，復未在判決內說明無調查必要之理由，顯有應於審判期日調查之證據而未予調查之違背法令。...」請參照最高法院 89 年度台上字第 5172 號判決。

3. 植入「違法性意識之可能性」之概念

行為人內心規範意識之形成，是從出生至成長將「什麼行為可以做、什麼行為不得做」之意識概念規訓化的漫長歷程，即便從客觀、中立、公平之裁判者立場加以檢視行為人有無「給予行為人形成行為決意時，遵循法規範的動機因素」或者「有無形成作用於行為意思之反對動機」，也可能囿於裁判者自身經驗以及價值觀點而無法感知到行為人的規範意識，尤其若是裁判者與行為人兩者間，分別接受不同歷史、文化、傳統習俗與價值觀洗禮的情形，單向地立於裁判者之觀點檢視行為人有無刑責，也有可能作成實質上有欠公平之真的決斷，從而，最高法院之指標性判決宣示：事實審法院審理原住民族違犯刑罰之案件時，**不能完全立於非原住民族之觀點，而與非原住民之行為同視**，換句話說，**裁判者應當將自己置於行為人之立場，設想其處境而作成決斷**。再者，行為人作成行為決意時形成遵循法規範之意識，本質上即是「違法性意識」的概念，而若要檢視行為人是否具有違法性意識，則勢必要著眼於環繞在行為人周邊之客觀因素，而此些促使行為人形成遵法意識之因素，即是行為人之「**年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別、生活環境**」，此則為本文前述「**違法性意識之可能性**」的實質概念。

刑法規範設定之前提雖係假設行為人本身是自由作成行為決意的狀態，由於行為人實行之違法行為否定了禁止規範所宣示之評價，造成法秩序之動盪，從而國家發動刑罰權予以制裁恢復法秩序，但依 Niklas Luhmann 之「功能結構系統論」觀察，若以行為人自身作為系統，現實世界中即使行為人作成之行為決意是自由的，系統外所處之環境也可能是並非行為人所能掌控，換言之對行為人而言是不自由的，行為人受到系統外環境之刺激而於系統內自我再製，即是行為人主觀念頭之意識、價值觀之形成，始終和其身處之社會系統結構無法完全脫鉤，而最高法院也點明**因歷史、文化脈絡不同的結構性因素**，進而要求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，且**依原基法第 19 條之規定，原住民基於傳統文化、祭儀或自用等需求，非因營利，以自製獵槍從事獵捕野生動物即屬其基本權利**。是以，為能延續最高法院所闡明之意旨並予以活用，本文以為在認定「有、無」違法性意識之概念時，容易流於「非無即有」之判斷，因而若為求迅速認定時，則可能採取一率等同視之抽象評價模式(如以踐行查詢義務作為前提)，惟採取抽象評價模式雖較容易迅速地判斷，但如前所述，過於強調整體、劃一之標準，恐扼傷追求個案正義之可能性。爰此，本文認為在行為人提出刑法第 16 條之抗辯時，或許方法論上可植入「**違法性意識之可能性**」概念，並以該概念作為**實質判斷行為人「有 / 無」違法性意識時之緩衝地帶**，功能猶如車輛行進時之煞車來令片，用以作為維繫法秩序時可能對個案產生不合理、不公平之情形的調節閥，而不宜判斷刑法第 16 條過於形式化，避免窄化位於責任判斷之違法性意識的概念運用。

(二)、符合責任主義原則之個案具體審查

1. 類型化之平均人標準與能力區分標準

避免採取「平均人標準」失之過酷，實務見解如前述業已提出解決之參考方法，亦即「**類如善良管理人之注意義務**」⁹⁷之概念，該「**類如善良管理人之注意義務**」之看法，可揣測係為了更加明確化違法性意識之標準，借用了民事法區分過失門檻之分層概念，而學說多認謂「善良管

⁹⁷ 最高法院 100 年度台上字第 156 號判決。

理人之注意義務」係通常合理人之注意義務，屬於**一般客觀化或類型化之過失標準**⁹⁸。亦即實務見解或許為了避免採取平均人標準有違反個人責任原則之虞，但又慮及逕自採取行為人標準，則恐造成弱化刑法法益保護維護法秩序之機能，因而提出了「類如」、「類似」平均人的概念，而強調是屬於分門別類之**類型化後各類型中之平均人**。

若能嚴守「**類型化後各類型中之平均人**」之概念，區分不同年齡階層、智識水準、職業類別等因素，裁判者或許亦能融入最高法院指標性判決所揭櫫之意旨，進行實質、具體判斷，該「類如」似仍柔軟地保留某種程度讓事實審法院得依個案情形進行決斷的空間。惟由於「善良管理人之注意義務」對於適用法律之專家而言，概念內容過於鮮明，恐與客觀平均人標準作直接聯想，並且「類如」之用語，雖然文義解釋可認為「A 類似 B」表示「A 不等同於 B」，但更多地可能性會被認為係「A 類似 B」等同「A 趨近於 B」，並且「注意義務」之內涵若過度以「查證義務」作為前提，心證判斷上則該標準恐會愈益趨近平均人之客觀標準。

與其如此，不如正視「類如善良管理人之注意義務」的概念，於借用民事法之概念至刑事法體系，宜考量刑事法體系之特殊性而加以轉化後予之援用，該概念內涵強調行為人具有某種職業身分、參與某種活動或者某年齡層之智識能力，本意上或仍有因應不同類型作成不同判斷之機會，並且應著眼於「事件」、「職業」，並言明並非需同一標準，無異於從「年齡」、「事件種類」、「職業類別」著眼行為人「智識能力」，如此一來其本身屬於「**能力區分說之亞型**」，從而直接還原採取「**能力區分說**」之標準即可，但所謂「能力區分說」之標準並非單純地行為人標準，僅以行為人陳稱之供述內容為準，而是在基於「國家」和「行為人」間之緊張關係下，裁判者置於行為人之立場，檢視可能形成行為人實行行為決意時之客觀因素，藉以判斷行為人主觀是否具有行為時遵循法規範之動機因素，即「**違法性意識之可能性**」，進而認定行為人有無違法性意識。

2. 能力區分脈絡下之階段性審查

進行能力區分標準判斷時之首要階段，裁判者應慮及「國家」與「行為人」之間的緊張關係，以置於行為人之立場透過「**行為人之年齡身分、智識程度、職業類別及生活環境**」之認定行為人行為決意時有無遵循法規範的動機因素，藉由環繞在行為人周邊之客觀因素，檢視行為人是否可能因為此些客觀因素在作成行為決意時，具有足以喚醒行為人依法規範採取合法行為之反對動機，並且為避免刑法第 16 條反而令每個人具有潛在不作為犯之風險，**並不逕以行為人是否踐行查證義務作為前提**。

於第一階段判斷時，若客觀上之判斷因素不足以喚醒行為人之反對動機，則認定「欠缺違法性意識之可能性」，而分流至刑法第 16 條「欠缺違法性意識」之阻卻刑事責任的類型；反之，如果認定能夠從該客觀因素喚醒行為人之反對動機時，則需進一步檢視**行為人是否有因此主動或被動地接收了某些資訊，或者行為人本身主張曾經接受過之資訊因而決意作成行為**。蓋通常能夠喚醒反對動機之行為人，或多或少都是基於**某種資訊(傳聞、知識或經驗)**的內容，決意選擇作成該行為，是於**第二階段則須檢視資訊之來源**。

知悉行為人之資訊來源後，則緊接著要判斷**行為人可否信賴該資訊來源**決意作成該行為，此乃係**第二階段**應該判斷之內容，若該資訊來源足以作為行為人決意之依據等情，則亦認定為「欠缺違法性意識之可能性」，而分流至刑法第 16 條「無違法性意識」之阻卻刑事責任的類型；反之，若是該資訊來源不足以作為信賴之依據，則因行為人周邊之客觀因素認定行為人足以喚起反

⁹⁸ 王澤鑑，侵權行為法：基本理論之一般侵權行為，頁 296，自版，2003 年 10 月。

對動機，但因決意形成過程中之介入之資訊，不足以支撐行為人主張欠缺違法性意識之可能性，則需在「有、無違法性意識」之認定上，分流至「有違法性意識」，但由於能力區別標準並非單純地採取行為人標準，而是要納入「國家」、「行為人」間之緊張關係，因而特殊情形之遵循法規範意識的客觀因素，在進行階段式審查時亦應加以審酌，例如：**1**、考量國家方面是否踐行公平性之通知，使得規範意識得以沁入行為人之心理系統；**2**、國家機關是否盡可能地透過各種管道宣傳法令規範，讓人民能夠普遍地週知何種行為受到法令禁止；**3**、行為人若曾經具有同樣類型之前案紀錄，不問是否該當刑法第 47 條之累犯、前案是緩起訴處分、不起訴處分或有罪判決、有罪但減輕或緩刑等情形，蓋通常經歷過偵查、審判程序，亦會感知到何種行為受到法規範所禁止。

並且，同樣地思考「國家」、「行為人」間之緊張關係，最後部分之**第三階段**，雖然有違法性意識，但仍需回顧前開流程，即**第一、二階段所判斷內容是否存有得減輕其刑之情節**，由於現實社會中存在系統性之結構因素，此部分須納入集體性人權概念之重視，亦即歷史、文化、傳統習俗之不同所導致之價值觀、規範意識不同等情，如已影響行為人主觀上價值觀、規範意識而有認其非難程度較低等情節者，依照刑法第 16 條但書規定減輕其刑；反之，未達非難程度較低之情況，仍具有違法性意識，而是普遍存在社會系統內難以處理之結構性問題時，則應考量該結構性因素⁹⁹造成犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，則以刑法第 59 條予以減輕其刑。

(三)、法規範衝突之風險應歸責於國家

回到原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的，在原住民族地區，未經許可實行狩獵之行為的爭議問題，在現行司法系統所採取之處理模式最終均適用野動法，依照野動法第 21 條之 1 第 2 項在未經主管機關許可的情況下，均會被認定係違法行為，從而原住民族之行為人主觀上對於實行之狩獵行為及獵得之野生動物等客觀事實之認識沒有疑問，有疑問的是原住民族行為人認為基於其傳統文化、祭儀或自用，此本就歷史、文化、傳統習俗以及價值觀之一部分，因而在原住民族行為人決意行為時是否欠缺了遵循法規範的動機，則是責任階層中「違法性意識」之間

⁹⁹ 按所謂結構性之因素，其實不僅存在與原住民族相關之特殊犯罪類型，即便是一般犯罪類型，亦有加以考量進而適用刑法第 59 條之可能性。例如：花蓮地方法院 102 年度原花交簡字第 209 號刑事判決：「……查被告雖酒後駕車，並且吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 毫克以上，然被告經對其實施呼氣酒精濃度測試結果為每公升 0.33 毫克，僅略高於刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款立法者所制定的最低門檻，且被告現年 31 歲，為平地原住民排灣族，出生於臺東縣、其所居住之花蓮縣吉安鄉，地理環境並未等同人口稠密的都會區，而被告本身所受之國民義務教育僅達國中畢業之程度，對於立法者欲以重刑嚴罰方式達到減少酒駕造成人身傷亡之意旨，囿於經年累月的成長背景、文化以及環境因素，難以立即於其內心的心理系統層面形成一定程度的規範意識。再者，被告目前從事粗雜工，職業屬於藍領的勞工階級，薪資收入相較白領階級非屬優渥，縱判處有期徒刑 6 個月以下得以易科罰金的刑度，亦有超過其本身經濟能力所能負擔的情形，若僅因略高於每公升 0.25 毫克以上而未達 0.55 毫克的呼氣酒精濃度，便判處有期徒刑 2 月以上至 2 年以下間的刑責，在業已無法判處拘役或判處罰金刑而以易服勞役折算的前提下，僅能判處有期徒刑至多以易科罰金折算的刑事處遇方式，對於居住於偏鄉地區的被告，仍屬過苛。未按原住民身分法第 2 條規定：「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：一、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。二、平地原住民：臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉鎮、市、區公所登記為平地原住民有案者。」可知山地原住民與平地原

住民之差異僅在於臺灣光復前原籍在山地行政區或平地行政區，平地原住民本身亦存在屬於原住民文化及生活習慣受到社會政經結構因素影響之問題，亦即非原住民文化系統之一般人對於原住民愛飲酒的刻板印象，實係存在國家對於酒類採行公賣制度、資本主義市場系統的強勢行銷運作以及原住民與其家族親友間行為網絡等因素之影響，促使原住民飲酒的文化習慣，從傳統神聖祭典儀式性文化轉變成現代社會所認知的日常世俗性生活的行為文化，而此原住民習以為常的飲酒行為，在現今社會政經結構處於弱勢的環境中，亦帶有面對現今社會結構中強勢的文化以及法律規範採取自我逃避的意涵。爰此，衡酌上開被告之生長背景、經社地位以及文化衝擊等因素，在客觀上應足以引起一般人之同情，確有法重情輕之失衡情狀，爰依刑法第 59 條之規定，就其前揭酒後駕車犯行，予以減輕其刑。……」。相同見解另請參照花蓮地方法院 102 年度原花交簡字第 204 號刑事判決。

題，而進入是否具有「違法性意識之可能性」的階段性審查。

而在階段性審查時，因為原住民族行為人之「**年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別及生活環境**」等客觀因素，倘若審酌時發現原住民族行為人年邁、成長歷程多在原住民族部落中，並未接受國民教育、不能理解漢語之意思，且亦無職業，生活環境與外界資訊隔絕，考量其周邊之客觀因素幾無可能喚醒該行為人之遵法意識的反對動機，或宜認其欠缺違法性意識之可能性，進而認定符合刑法第 16 條具正當理由且無可避免之阻卻責任的情形；反之，若是「年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別及生活環境」等客觀因素有足以喚醒行為人之遵法意識的反對動機，則必須要檢視其所依憑之資訊，如本文前開所述，行為人若僅是消極、單純地主張不知禁止規範，除在特別情況外，因不知法律不能免責之法理，實屬無效之辯解；而若是積極地主張誤信法規範所容許，則同屬階段性審查過程中，裁判者須檢視該介入行為決意過程之資訊是否足茲信賴，而一般而言，**法規、判例、公家機關之官方見解**均有做為信賴之基礎。

職此，對於原住民族之行為人倘若主張積極、誤信原基法第 19 條規定容許原住民族在原住民族地區，只要非營利，基於傳統文化、祭儀或自用均得獵捕野生動物者，原基法第 19 條並未規範經主管機關許可，則有作為信賴基礎之機會；同理，在經主觀機關許可，卻是出於自用目的者理論上亦同，但此乃涉及行為人當初是以何種理由(傳統文化或祭儀目的)提出申請，並且為何以傳統文化、祭儀作出規避之疑問，所以常見之情形應係誤信不用經許可之情形。當然，司法系統透過釋義學之解釋途徑，以原基法第 19 條「依法」連結至「依野動法」，或者以野動法是特別法、原基法是普通法，依「特別法優先於普通法」原則，解決具體個案之法規範衝突，但對於行為人責任階層中「違法性意識之可能性」的判斷，除非審酌該原住民族行為人之「年齡身分、智識程度、職業類別及生活環境」等客觀因素，或者具有特殊之情形，可以認定其能夠感知、理解具專業性之法律解釋方法外，實難期待原住民族行為人能夠理解除了法條文義之外，更進一步地法律釋義學；並且依照外國立法例，行為人誤信原本有效之法規仍為有效，卻不知該法規已被認為無效或者是錯誤的情形，仍可作為信賴之依據，原基法第 19 條並非無效、錯誤，卻因釋義方式之採用產生實質凍結原基法第 19 條之效應，亦應可作為主張信賴的依據；倘若不得主張信賴，則是將原住民族行為人所不能理解之風險悉數交由行為人自行承擔，則立法機關制定原基法第 19 條時之良善美意均無從實現，反而如同以法律規範埋下陷阱般地等待原住民族誤觸，則恐令尊重多元價值之原住民族之法律規範變成壓縮原住民族多元文化價值觀的道具，誠有違反集體性人權之疑慮¹⁰⁰；何況，原基法第 19 條於民國 94 年 2 月 5 日公布施行至今已 9 年，立法機關依舊未處理其與野動法第 21 條之 1 間的法規範衝突之適用問題，衡酌立法機關制定法律後，所具有法律合法性之推定，並且透過立法機關制定之法規範具有一定讓人民依循的信賴基礎，此種修法怠惰所造成原住民族行為人涉犯刑罰之風險，不宜由原住民族行為人加以承擔，應將風險歸責於國家。

¹⁰⁰ 按 *Monica Chuji* (Tukui shimi 財團人權部長、原厄瓜多制憲會議議員)認為考量個人和社群及自然間之關係，彼此之間的調和關係應保持一定的調節，**從法律層面來看，則是將具有習慣法拘束力反映在法規範之中為必要**；又 *Eckart Klein* (德國波茲坦大學法學院教授、原聯合國人權委員會委員)認為：人權應該以人類彼此間之相互作用的文脈加以理解，以尊重他人之人性尊嚴為必要，而為了確保其尊重而**有必要以法律加以保障，人性尊嚴是要求承認能讓「自我之主體性」獲得發展的人類自由**，不能恣意地限制人性尊嚴。請參照角田猛之、市原靖久、木村光豪，翻譯，「人類的傳統的價值觀と人權」，頁 37-38，關西大學法學論集，第 64 卷第 1 号，2014 年 5 月 10 日。但若如今立法機關制定之法律規範間具有規範衝突矛盾，且立法機關置之不理的話，則原住民族恐屢屢受到野動法之刑罰規範加以處罰，則原本用以保護多元價值觀點之法律規範，卻弔詭地變成促使行為人誤觸野動法的法網，並從誤觸野動法之過程中感知、理解所謂主流價值的遵法意識，則將侵害原住民族自我主體性、價值觀點與集體性人權，也無助於各族群間共存共榮、維護多元文化。

四、代結論-對策提出與建議

綜上所述，本文雖主張立法機關造成之法規範衝突風險應歸責於國家，但在現代社會架構下，法律概念多透過義務教育、法律扶助等機制加以傳遞，讓國民知悉其在法律上所擁有之權利，此法化現象本身具有兩面刃之效力，面對擁有龐大資源的國家，亦可能以法化之手段深入原住民族之生活環境，即全面性廣泛地宣傳「原住民族狩獵亦需經主管機關許可，不然會觸犯野動法」或「原住民族狩獵僅能基於傳統文化、祭儀」等語，或者藉由提供法律扶助讓原住民族除了解法條表面文義外，更進一步理解司法實務運作模式等各式各樣的方式，促成原住民族具有違法性意識之可能性的客觀因素，杜絕階段性審查第二階段主張積極、誤信法規的可能性，然而如此則非尊重多元文化、價值觀點，反倒拙劣地近似早已被國際人權公約所捨棄之同化政策。

可茲解決之方法，或許可從司法、立法、行政三個系統來加以尋求。以司法系統而言，欲解決原基法和野動法問題應依【司馬庫斯櫟木案】、【排灣族後膛獵槍案】由最高法院所作成指標性判決之精神為主軸，並體認刑法第 16 條之爭議問題，解釋上放寬刑法第 16 條之適用標準，以「違法性意識之可能性」作為法規範衝突時之調節閥裝置，由事實審法院具體個案進行審慎之判斷，或許可以在結構中撐起足以喘息的空間。但即便如此，原住民族之行為人均需歷經漫長之偵查與審判的程序，飽受程序上之不利益。

爰此，釜底抽薪之計，應是著眼於立法系統與行政系統，立法者應理解長期性的修法怠惰，放任法規範衝突則會造成原住民族誤罹刑章之風險，應盡速調整原基法與野動法之衝突，以現行法規範之架構下，無論是基於傳統文化或祭儀之目的，均仍需經申請得主管機關之許可，從而若將非營利之「自用」規範於野動法第 21 條之 1 第 1 項與該管理辦法中，只要主管機關能適切地把關則應無違反野動法之立法目的。惟必須強調的是，並非僅是立法增訂「自用」後而無須任何配套措施，制定原民狩獵管理辦法之行政主管機關，應正視該管理辦法附表存在諸多疏失之處，例如：1、未給予野生動物休養生息之期間，與立法者所言及之原住民族狩獵屬於季節性活動的傳統智慧相悖，2、並未規範管理原住民族地區生態環境內野生動物之數量，以及3、欠缺明確規範低於多少數量之野生動物類型不得狩獵，或者雌、雄比例失衡造成物種多樣性難以維持時，不能對該物種進行狩獵的專業性認定說明等情形。是以，行政主管機關應就該管理辦法附表得狩獵之季節與可狩獵之野生動物類型，重新思考並與原住民族主管機關溝通並加以調整管理辦法，以期立法、行政系統相互地調整後，能解消原住民族因法規範衝突所帶來之刑罰風險，能夠真正地維繫法系統內部之多元價值觀。

伍、參考資料

一、期刊專書

王澤鑑，侵權行為法：基本理論之一般侵權行為，自版，2003 年 10 月。

林山田，刑法通論(上)，作者自版，2008 年 1 月。

林山田，「行政刑法與行政犯之辯正」，法令月刊第 40 卷第 9 期，1989 年 9 月。

李震山，多元、寬容與人權保障-以憲法為列舉權之保障為中心，元照，2007 年 9 月。

黃榮堅，基礎刑法學(下)，元照，2012 年 3 月。

古承宗，「第三人之禁止錯誤與資訊風險」，成大法學第 19 期，2009 年 12 月 7 日。

李建良，「淺說原住民族的憲法權利-若干初探性的想法」，台灣本土法學第 47 期，2003 年 6 月。

施正鋒、吳珮瑛，「原住民族的環境權」，台灣原住民族研究論叢，創刊號，2007 年 6 月。

施正鋒、吳珮瑛，「澳洲原住民族的漁獲權」，台灣原住民族研究學報第 1 卷第 2 期，2011 年。

倪貴榮，「自由貿易與環境保護之調和-兼論我國在該議題之地位與策略」，收錄於「貿易、環境與公共健康—全球治理與在地化需求之調和」，元照出版，2006 年 11 月。

陳貞如，「買賣奇珍異獸罰不罰」，月旦法學雜誌第 197 期，2011 年 10 月。

蔡志偉(Awi Mona)，「從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展」，臺大法學論叢第 40 卷特刊，2011 年 10 月。

張麗卿，「無法避免的禁止錯誤」，台灣本土法學第 73 期，2005 年 8 月。

裴家騏，「魯凱族的狩獵知識與文化-傳統生態知識的價值」，台灣原住民研究論叢第 8 期，2010 年 12 月。

Will Kymlica 著，鄧紅風譯，「少數群體之權利-民族主義、多元文化主義與公民權」，左岸文化，2004 年 10 月。

山口厚，「ケース&プロブレム刑法総論」，弘文堂，平成 20 年 4 月 15 日。

山口厚，刑法総論，有斐閣，平成 17 年 2 月 20 日。

川端博，「正当化事情の錯誤」，成文堂，昭和 63 年。

平松 紘、申惠丰、Gerald Paul McAlin，「ニュージーランド先住民マオリの人権と文化」，明石書店，2000 年。

西原春夫譯，イエシエック、ヴァイゲンド (Jescheck、Weigend)「ドイツ刑法総論」，1999 年 4 月 10 日。

松原久利，「違法性の錯誤と違法性の意識の可能性」，成文堂，2006 年 6 月 1 日。

高山佳奈子，「故意と違法性の意識」，有斐閣，1999 年 4 月 30 日，出版一刷。

高橋則夫、伊東研祐、井田 良、杉田宗久，「法科大学院テキスト 刑法総論」，日本評論社，2007 年 10 月 25 日。

川端博，「責任論と責任主義についての覚書」，收錄於「立石二六先生古稀祝賀論文集」，成文堂，2010 年 7 月 20 日。

川口浩一，「『鳥獸の保護及び狩獵の適正化に関する法律』罰則規定の注釈(上)」，関西大学法学論集第 57 卷 3 号，平成 25 年(2013 年)1 月。

安田拓人，「回避しえた責任無能力状態における故意の犯行について(2.完)」，法学論叢 142 卷 2 号，1997 年。

角田猛之、市原靖久、木村光豪，翻譯，「人類の伝統的価値観と人権」，関西大学法学論集，第 64 卷第 1 号，2014 年 5 月 10 日。

長井長信，「違法性の意識に関する一考察—その認識を中心として」，北大法学第 36 卷第 3 号，1985 年 10 月 15 日。

野林厚志，「台湾原住民族の狩獵方法-日本統治時代の資料から」，收錄於「開かれた系としての狩獵採集社会」，2002 年。

Niklas Luhmann 著，大庭 健、正村俊之譯，「信賴-社会的な複雑性の縮減メカニズム」，勁草書

房，2007 年 6 月 15 日。

Annemieke Verseveld, Mistake of Law, T. M. C. Asser Press, 2012(Aug 28, 2012).

二、網站資源

立法院全球法律資訊網

<http://glin.ly.gov.tw/web/nationalLegal.do?isChinese=true&method=legalHtml&id=483>

行政院原住民族委員會網站：台邦·撒沙勒，「尋找失落的箭矢-原住民狩獵文化的思辨」

<http://ihc.apc.gov.tw/Journals.php?pid=606&id=629>

行政院農委會林務局網站

<http://conservation.forest.gov.tw/ct.asp?xItem=60382&ctNode=193&mp=10>

日本國會圖書館網站

<http://kindai.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/787996/24>

日本環境省網站

<http://www.env.go.jp/nature/choju/law/law1-2/index.html>

謝世忠，「虛實之間的民族史-愛努人之『歷史』與歷史記憶」<http://ppt.cc/rpdb>

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附表

<http://conservation.forest.gov.tw/ct.asp?xItem=60382&ctNode=193&mp=10>

原住民之槍彈刑責與刑事法之合理因應

陳重言¹

臺灣臺北地方法院檢察署檢察官

摘要

我國槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條雖於 2001 年修法後，對於原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，供作生活工具之用者，以及原住民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏獵槍或魚槍，供作生活工具之用者，排除其刑事責任。然而，原住民製用槍械行為之可罰性並非已全然豁免。當原住民之相關槍彈支配行為不符前揭槍砲條例之限制成罪要件時，則其違反槍砲條例之刑事責任仍然存在。原住民因此獲罪的司法實務案例仍一再發生。惟依我國憲法增修條文第 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。而狩獵文化既為原住民族所固有的生活及文化，則製用狩獵必要工具之槍彈若為槍砲條例所過度限制，並課予刑責，是否有違上述憲法維護原住民族文化意旨，即非無疑。本文嘗試解析我國刑事司法實務認定此類案件成罪之重要理由。並從維護原住民族文化之角度觀察，評釋我國法律與司法實務是否已充分尊重原住民族之文化內涵。另參照德國武器法（Waffengesetz, WaffG）之相關規範，特別是其中關於因狩獵而許可持槍的第 13 條規定，期亦能從比較外國法例獲得原住民槍彈製用行為合法規範之啟發。

¹ 德國杜賓根大學法學博士候選人。

壹、前言暨問題提出

現行槍砲彈藥刀械管制條例（下稱槍砲條例）第 20 條第 1、2 項規定，既已就原住民（相互間）製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借或寄藏（如無特別指明，上述行為態樣下僅概稱為使用）自製之獵槍與魚槍行為，明定不適用該條例有關刑罰之規定，何以本文仍需討論原住民之槍彈刑責？此因仍層出不窮的原住民使用槍彈案件的追訴與有罪判決，凸顯了諸如槍砲條例本身暨槍砲彈藥刀械許可及管理辦法之相關規定可能仍存有疑義，以及司法實務未必均能正確理解原住民使用槍彈行為於其族群之深層文化意義，或可能下意識存在「原住民使用槍彈=社會危害」思維，或未能對此正確解釋與適用槍砲條例之前述排除刑罰事由。更顯示了作為上位或優位規範之憲法暨增修條文、經濟社會文化權利國際公約與公民與政治權利國際公約（下稱兩公約）及原住民族基本法等，恐怕仍未發揮其實際規範效力。凡此，均有加以檢驗，並嘗試就實際存在之問題予以解決之必要。

需說明者，本文主以槍砲條例規範涉及原住民使用槍彈之行為作為討論標的。考量到最高法院裁判對於下級法院之實際拘束力（即便其本身見解並未統一），本文主以最高法院裁判作為檢驗對象。另於槍砲條例亦涉及之漁民、刀械、行政管理等相關議題，則不在本文討論範圍。至於其他亦可能涉及原住民族文化不當干預之例，如違反野生動物保育法或森林法案例，則因與槍彈刑責無關，本文亦不予處理。

貳、原住民族使用槍彈之正當性基礎

以下分就憲法暨憲法原則、兩公約與普通法律之要求，以及實證研究成果，闡述對於原住民族使用槍彈文化應予尊重之正當性基礎。

一、維護並促進原住民族文化之憲法及兩公約價值設定

我國憲法增修條文第 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。同條第 12 項前段規定，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，其辦法另以法律定之。上述憲法規範的價值宣示，概念上屬於「國家目標」（Staatsziele）的設定，據以課予國家應盡力實現上述目標。然此國家目標的實現以現實可能性存在為前提，與得以訴請法院維護之基本權利（憲法第 7 至 22 條參照）有異²；具體言之，人民無法以國家未達成其目標為由，訴請法院保障其因此受損之（預期）利益，即無法如基本權遭干預般透過憲法訴訟（Verfassungsbeschwerde）保障其權利。

又業經我國於 2009 年 4 月 22 日以施行法內國法化之兩公約，亦有對於少數民族之權利保障規定，如經濟社會文化權利國際公約第 15 條規定：「本公約締約國確認人人有權：（一）參加

² Vgl. Degenhart, Christoph, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, Mit Bezügen zum Europarecht, 27. Aufl., 2011, § 6, Vor Rn. 563. 同此理解（用語則為基本國策），見臺灣臺北地方法院 99 年度訴字第 63 號刑事判決。

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。」。另公民與政治權利國際公約第 1、26 及 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、出生或其他身份而生之歧視。」、「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。」從上開二公約之明文規定可知，屬於少數族群之原住民族文化及傳統習俗等，國家亦有義務予以保障。

關於上述憲法及兩公約規定所提及的多元文化肯定，考量到主流文化並不需要特別提醒國家予以保障的實際情況，故其規範真意，實指對於如原住民族的少數族群文化保障（Minderheitsschutz），對於主流族群乍覺特異之少數族群文化亦予包容。如同國家目標的規範地位般，在我國亦無法以少數權（Minderheitenrechte）遭受侵害為由，訴請（憲法）法院保障其利益。然就此，歐洲人權公約（EMRK）暨歐洲人權法院（EGMR）有啟發性經驗可供我國參照。析言之，在歐洲人權公約中亦如我國般，並無對於少數權之特別保障規定。然而，歐洲人權公約內所保障之相關權利及於所有公約效力所及之人民。另基於該公約第 14 條所要求之歧視禁止（Diskriminierungsverbot），該公約所列舉之權利並應一視同仁，特別是對於少數族群亦提供相同保障。鑒於少數族群之權利易於受損之特質，當少數族群主張其公約權利受損時，並應特別考量其特殊需求及其特有的生活方式。也因此，少數族群之保障需求，即可透過結合現有的公約權利（如私生活、家庭生活或住居權之保障等）訴由法院加以主張³。

據此，我國原住民族之特有少數權利若遭干預，雖無法直接以此訴請法院保障。然應可參照前述比較法例，結合相關的現有基本權利（如因遭宣告徒刑而被干預的憲法第 8 條之人身自由權、第 10 條之居住權、第 15 條之生存權、工作權與財產權等），以發揮其實際的權利保障功能。詳言之，得請求各級法院於個案適用法律時，應遵守憲法基本權利之保障要求，合憲解釋各該普通法規，特別是應同時考量前述憲法與兩公約維護原住民族文化之國家目標追求與其少數權利之特殊保障需求，於個案正確解釋與適用法律。倘經窮盡普通法院救濟途徑仍有不服，尚得根據司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款，以其憲法上所保障之前述權利遭受不法侵害，及該確定終局裁判所適用之法令有違憲疑義為由，聲請大法官解釋憲法。

上述憲法規範及兩公約另提及國家保障原住民族文化的同時，應尊重原住民族之意願（第 10 條第 12 項）與自決權。畢竟，文化的尊重以理解為前提。而對於原住民族文化的理解，自以原住民族自身之意見與抉擇為最重要基準。此項意願與自決權限尊重的要求，就槍彈使用事務而

³ Meyer-Ladewig, Jens, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Aufl., 2011, Art. 8, Rn. 44. 關於歐洲法域對於少數權保障之相關國際公約進展，詳見 Grabenwarter, Christoph/ Pabel, Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 5. Aufl., 2012, § 2, Rn. 2.

言，特別應展現在主管機關對於槍彈許可條件及其程序之相關法令形成過程，應經過原住民族之實質參與（如諮商、同意等⁴）。另不應忽視者，文化並非一成不變的僵化概念，而是兼容一切並具有持續發展的開放性特質。上述憲法規範亦已正確理解文化之此項發展性特質，而要求國家應積極維護「發展」原住民族文化，並對於原住民族文化予以保障扶助並促其「發展」（憲法增修條文第 10 條第 11、12 項前段參照）。故國家機關於處理相關原住民族文化事務之際，自不應誤解原住民族文化屬於僵化既定之概念，而忽略了確保其繼續發展之自由空間。就槍彈事件而言，許可原住民使用之槍彈，即應秉持此項理解，依循科技進展與時代變遷而為相應調整。應同時加以說明者，尊重與維護族群文化，自不應因此保障過程反而使該族群蒙受不利益，此應屬事理之當然。因此，根據此項不利益禁止原則（Prinzip des Verschlechterungsverbots）之要求，保障原住民族狩獵文化之同時，自不應要求原住民放棄改用更安全槍彈之可能性，而坐令其僅能繼續承擔對持槍者有高風險之槍彈。

二、實現原住民族基本法之應許狀態：

為保障原住民族基本權利，並促進其生存發展，我國根據憲法增修條文第 10 條第 12 項，於 2005 年 2 月 5 日制定公布了原住民族基本法（第 1 條參照）。儘管本法並未明定就原住民族相關事務，除有特別規定外，原則上應較其他法規具有優先適用之效力。然解釋上仍應同此理解。立法者設定此法以維護原住民族權益之立意固然甚佳。然法貴在實踐，本法規範目的是否確能在現實世界實現，自尤較立法本身更為重要。另本法所宣示之相關價值，本質上仍有賴規範具體事務之其他法規的具體適用始得呈現。然也因此，當其他相關法規或實務運作有任何保障原住民族權益之具體作為展現時，反面推之，自均得以本法之相關規定作為其正當化之根據。

具體而言，根據原住民族基本法之要求，國家除應保障原住民族之尊嚴及基本人權外（第 29 條），更應依原住民族意願，保障其自主發展，並實行原住民族自治（第 4 條）。因此，非原住民主流族群自認更加的生活方式選項，不應違反原住民族意願而強迫其接受。當政府與原住民族自治間權限發生爭議時，應由總統府召開協商會議決定之（第 6 條）。另本法除宣示承認原住民族之土地及自然資源權利（第 20 條），且尊重原住民族選擇生活方式、習俗、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利外（第 23 條），並許可原住民得在原住民族地區，依法從事非營利之獵捕野生動物行為。但以傳統文化、祭儀或自用為限（第 19 條第 1 項第 1 款、第 2 項）。至於程序保障之參與機制部分，當於原住民族土地內從事土地開發、資源利用等事項，應諮詢並取得原住民族同意或參與。政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源時，應與原住民（族）諮商，並取得其同意（第 21 條）。若涉及於原住民族地區劃設國家公園等事項時，應徵得當地原

⁴ 就此，我國原住民族基本法仍待有效執行，並應修改與之牴觸的相關法律與行政措施，且應落實事先向原住民族諮商，以及關於原住民族事務應保障原住民族直接參與權等未達兩公約要求之違失，業經國際獨立專家於審查我國政府落實國際人權公約初次報告後所通過之結論性意見與建議中（第 30 點以下，特別是第 35 點），清楚點明。免費下載網路資源：<http://www.humanrights.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=328070&ctNode=33698&mp=200>（最後造訪日期：2014 年 8 月 15 日，下文均同）。

住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制；其辦法，由中央目的事業主管機關會同中央原住民族主管機關定之(第 22 條)。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時，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。為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭(第 30 條，實務貫徹情形詳後述)。

就原住民族之槍彈使用而言，除因獵捕所需而應可自前述規定推知容許之意外⁵，因原住民族槍彈之使用，亦涉及民族尊嚴、生活方式選擇、傳統文化與習俗、土地及自然資源權利行使等面向，則於適用如槍砲條例等相關法規時，本法前述規定對於原住民族事務，仍應如前所述具有優先適用效力，進而對於各該法規內涵之解釋，具有指導效力。立法層面，尤應貫徹本法所明揭原住民族自治之原則，於相關涉及於原住民族事項之法規擬定過程，程序上應徵詢原住民族之意見並獲其同意。此亦為兩公約所要求（但為我國尚未貫徹）之內涵⁶。並除於第 6 條外，另應得設置其他自治權限爭議化解機制，並予以實際執行⁷。至於原住民族事務之司法救濟程序部分，司法院業經指定臺灣高等法院所屬桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東、臺東及花蓮等 9 所地方法院，自 2013 年 1 月 1 日設立原住民族專業法庭（股）⁸。暫不論此項機制是否符合法定法官原則之要求，以及該專庭(股)法官是否均已滿足原住民族事務之專業考核，就更加理解並尊重原住民族文化之正向需求而言，此專業法庭之設置已展現初步成效⁹。

三、貫徹憲法責任原則對於情節輕微個案減刑之要求

我國刑罰規範普遍存在過重刑度之問題，槍砲條例之罪尤為釋例。基於具有憲法位階之責任原則（大法官釋字第 275 號解釋參照）要求，刑事制裁以存在責任為前提，且處罰之輕重應與責任程度相符¹⁰。因此，槍砲條例第 8 條第 1 項（舊法）規定，對於未經許可，製造、販賣或運輸具殺傷力之空氣槍者，不論個案犯罪情節之輕重，均課以五年以上之重度自由刑。致違法情節輕微之個案，縱因顯可憫恕依刑法第 59 條規定減刑後，最低刑度仍逾二年六月，無從為易科罰金或緩刑之宣告（或賦予社會勞動之機會），導致罪責與處罰不相對應（此即罪刑相當原則），而違反憲法第 23 條之比例原則，經大法官以釋字第 669 號解釋宣告違憲。

立法者嗣即依照上開解釋修法，而於同條增立第 6 項規定，該條第 1、2、4 項有關空氣槍之罪，因情節輕微得予減刑。然上述修法除未整體性調整槍砲條例之過重刑度外，亦未依照大法官前述解釋意旨，以及對於類似規範客體（如鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、魚槍及其他具殺

⁵ 對於保障原住民族槍彈使用基本權益之指標性裁判：最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決，亦採相同看法。

⁶ 見前文註 3。

⁷ 對於我國關於原住民族事務之規範應然與實然之落差狀態，即仍僅停留在如原住民族基本法宣示相關基本原則之階段，而未於實際個案具體落實之批判，詳見蔡志偉，人體研究與原住民族集體權：人權規範與發展的新課題，收錄於刑事政策與犯罪研究論文集(15)（法務部編印），2012 年 12 月，頁 107。

⁸ 見司法周刊，1615 期，2012 年 10 月 11 日。

⁹ 從原住民族專業法庭設立緣起，介紹原住民族文化在台灣社會應受保障之歷來實況，見林孟皇，讓我們重新發現正義——談設置原住民法庭的時代意義，2013 年 7 月，可自由下載瀏覽網址：

http://www.lre.org.tw/newlre/RTE/myform_detail.asp?id=3397。

¹⁰ Vgl. Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau, Der Verbrechenslehre, 4. Aufl., 2006, § 3, Rn. 51 ff.

傷力之各式槍枝）應予平原對待之憲法第 7 條平等原則要求，一般性增設情節輕微減刑條款，以避免情節輕微個案卻遭重刑宣判之不當。此等被動式立法之缺失，即凸顯於原住民所涉犯之槍彈案件中。蓋原住民所涉犯槍砲條例犯罪所更常使用之槍枝類型，為該條例第 4 條第 1 項第 1 款所稱之其他具殺傷力之槍砲類型。是雖經修法，然因大法官前所明確指陳之違反（責任原則暨）比例原則之違憲情況既仍存在，無異於預告將再次違憲宣告之不必要司法資源耗費。於上述立法嚴重缺失解決之前，司法機關於適用法律之際，自應秉持前述相關憲法原則之要求及大法官釋字第 669 號解釋意旨，合憲性解釋槍砲條例之各該規定，賦予個案合法妥適之法律制裁效果。

四、實證研究結果否定原住民使用槍彈之危害預設

立法與司法實務對於原住民使用槍彈的容許與否及其範圍之嚴格認定，不可諱言，應仍肇因於使用槍彈本身對於他人之生命財產安全可能造成危害之預設（槍砲條例第 1 條參照）。然原住民族持有槍彈業已久遠¹¹，且持槍狩獵又屬於其固有文化之內涵，則對於原住民族因其使用槍彈而課予刑責，自當經實證證實其持用槍彈確實存在規範所預設之一般性危險。否則，制裁規範之設立基礎及其制裁程度即因欠缺正確基礎而有所偏差。

本文以最高法院裁判為檢視對象，在司法院法學資料檢索系統法官版內，不限定時間區段，在「全文檢索語詞」欄位以「原住民&槍-無罪」（即原住民與槍，但不含無罪）為條件查詢，共計獲得 49 件案件。當檢索條件變更為「原住民&槍&殺人」（即原住民與槍及殺人）時，則共獲得 14 件。經具體檢視此 14 件判決之內容後，得知其中僅 101 年度台上字第 2574 號判決（起訴案號：南投地檢署 100 年度偵字第 1796 號），是對於具原住民身分之被告，為持槍殺人既遂罪之有罪判決。另僅 98 年度台上字第 5639 號判決（起訴案號：花蓮地檢署 93 年度偵字第 2662 號），對具原住民身分之被告，為持槍殺人未遂罪之判決。至於 96 年度台上字第 502 號、95 年度台上字第 4256 號及 94 年度台上字第 6587 號，係因案件曾經發回更審之故，與 98 年度台上字第 5639 號判決實為同一案件。其餘案件則或為原住民身分者為被害人（即 88 年度台上字第 1267 號、87 年度台上字第 2013 號、86 年度台上字第 3640 號、85 年度台上字第 2917 號、84 年度台上字第 5649 號、84 年度台上字第 1623 號及 83 年度台上字第 5281 號等違反懲治盜匪條例等案判決。因涉強制性交罪，故判決不公開），或與原住民身分之被告無涉（98 年度台上字第 3865 號、95 年度台上字第 2324 號）。因此可得知，原住民實際持槍犯殺人（既、未遂）罪者僅 2 件，佔原住民持槍成罪案件（49 件）之比例僅百分之四。

另以非原住民為對照組¹²，在相同資料庫及欄位內，不限時段，以「槍-原住民-無罪」（即槍，但不含原住民與無罪）為條件查詢，共計獲得 13680 件。當蒐尋條件變更為「殺人&槍-原住民-無罪」（即槍與殺人，但不含原住民與無罪）時，則共獲得 2489 件，經換算非原住民持槍殺人成

¹¹ 詳見王皇玉，文化衝突與台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，2007 年 9 月，頁 285 以下。

¹² 犯罪實證研究應就研究變因（原住民）設立對照組（非原住民）之方法上必要性，vgl. Meier, Bernd-Dieter, Kriminologie, 4. Aufl., 2010, § 4, Rn. 16.

罪案件佔非原住民持槍成罪案件之比例後，可得知逾百分之十八，為原住民相同情況之四倍有餘。

儘管上述實證研究之資訊仍有更精確掌握之空間。然至少可得確認，原住民因持有槍枝而犯殺人罪之件數與比例均極低，並且遠低於非原住民之持槍被告。據此可知，將持用槍彈即存在對他人生命財產安全造成危險的一般性預設¹³，套用至原住民族身上的作法，並不正確。也因此，原住民族因使用槍彈之規範與管理，自應賦予對其文化生活之更多尊重。

五、小結

基於對最高法位階之憲法規範的忠誠誠命，對於原住民所涉槍彈案件之法律解釋與適用，除應秉持尊重原住民族文化之國家目標指令外，更應遵守各該基本權利保障以及諸如責任原則、比例原則等憲法要求，並貫徹原住民族基本法對於原住民族事務之優位規範效力，輔以原住民族持用槍彈欠缺一般性危險之實證研究結果，匡正原住民使用槍彈行為之槍砲條例立法規範面與實務運作面不當之處，以維持原住民族相關規範體系間應有的位階次序及和諧關係，實現真正尊重並促進原住民族文化發展之規範目的。

參、原住民槍彈罪之成罪與除罪要件解析

一、原住民槍彈罪之構成要件特性

槍砲條例第 7 條以下，對於未經許可使用各類槍彈之行為，分別設立課予刑事與行政制裁效果之規定。由於槍彈之使用，客觀上得以對他人之生命、身體、自由及財產安全形成危害。因此，國家基於其基本權保護義務，對於使用槍彈行為予以管制，甚至在特定情況下課予刑事制裁，非無其正當根據¹⁴。然而，槍彈之使用禁止亦非絕對，觀諸國防、警械、射擊運動槍彈等，均在一定條件下得予容許使用。原住民族基於其傳統族群狩獵文化而使用槍彈，亦屬合法正當事由。則如何妥適權衡調和上述國家保護義務與原住民族文化尊重價值，並具體展現在個案適用上，即為下文嘗試完成的任務。

原住民因使用槍彈，所常見涉及的犯罪為違反槍砲條例第 8 條（槍枝）與第 12 條（子彈）等罪。首就上述犯罪之保護法益而言，經參酌該條例第一條之說明，應為槍彈與刀械之管制、社會秩序維護及人民生命財產安全之保障。也由於此等犯罪之保護法益及於槍彈的管制，因此，即使如前述得以證實原住民使用槍彈，並無規範所預設之危及社會秩序及他人生命財產安全情事。然單憑原住民未經許可使用槍彈之事實，承上所述，即無法再以欠缺保護法益需求為由否定成罪。

次就犯罪構成要件之行為主體而言，因上述犯罪並未限定行為人之身分資格，故屬於一般人均得以正犯資格實行之一般犯。由於此等犯罪另亦未增加任何涉及原住民之構成要件要素。因

¹³ 對於槍砲條例預設使用槍彈存在典型危險之說明，詳見李耿誠，論台灣原住民犯罪一以判決選評為核心，中正大學法律學研究所碩士論文，2012 年 6 月，頁 45 以下。

¹⁴ 與我國同，國家基於其基本權保護義務，透過設立武器法管制槍彈之使用，並於特定情況下課予制裁之德國情況，詳見 Stolz, Moritz/ Ludwig, Jonas, Das Waffengesetz und die staatliche Schutzpflicht vor Amokläufen - BVerfG, Entscheidung vom 23.01.2013 - 2 BvR 1645/10, JSE, Ausgabe 4/2013, S. 549 ff. (abrufbar unter: <http://www.zeitschrift-jse.de/files/JSE-4-2013.pdf#page=131>).

此，就犯罪體系之構成要件階層而言，原住民與非原住民於此並無任何法律適用上的差異存在。然而，由於槍砲條例第 20 條第 1、2 項所設立之排除刑罰規定事由（其法律定性詳後述），以原住民自製之槍枝為前提。另因槍砲條例第 4 條第 1 項第 1 款所列舉之各類槍枝，均為制式槍枝。因此，得以援引該條例第 20 條第 1、2 項排除刑罰規定之自製獵槍或魚槍，必非該條例第 4 條第 1 項第 1 款所列舉之制式獵槍或魚槍¹⁵，而是該款於其後所概括設置之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」¹⁶。至於制式槍枝之使用免責，依現行法自始即排除對原住民之適用可能。

二、原住民槍彈罪之特有阻卻違法事由

（一）槍砲條例第 20 條第 1、2 項之阻卻違法事由定性

專責規範槍彈事務之槍砲條例，自制定時起迄今，歷經多次對於原住民使用槍枝之管制與制裁益形寬容之修法¹⁷。於 1997 年 11 月 24 日該次之修法，於第 20 條對於原住民未經許可，製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，規定減輕或免除其刑之效果。從此條文之文義可明確得知，此條屬於減輕或免除個人刑罰事由；亦即，並不妨礙其所為之刑事違法性與成罪¹⁸。至 2011 年 11 月 14 日再次修正第 20 條，於第 1 項規定，原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍（嗣再修法增列魚槍），供作生活工具之用者，處新臺幣二萬元以下罰鍰（嗣再修法增列新臺幣二千元以上）。本條例有關刑罰之規定，不適用之。同條第 2 項則規定，原住民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍（嗣再修法增列魚槍），供作生活工具之用者，亦同。

上述槍砲條例第 20 條第 1、2 項修法後之排除刑罰（正向）規定，儘管體例不宜地同時規定了（負向）行政罰鍰之制裁規定（應就原住民槍彈犯罪之阻卻違法事由與行政制裁分別規定之立法建議，詳後述），基於前述原住民族使用槍彈之正當化根據（見前文貳），以及刑事違法性之成否本即應兼顧整體法秩序之實質違法性判準，就犯罪體系之階層定位而言，可認為該條項應屬於正當化行為人構成要件該當行為之阻卻違法事由¹⁹；精確言之，屬於刑法第 21 條第 1 項之依法令之行為，為法定阻卻違法事由。因此，即使行為人所為該當上述犯罪之構成要件，倘符合該條例第 20 條第 1、2 項之要件而阻卻違法時，即得以抵消該當犯罪構成要件之違法性徵表（*Tatbestandsmäßigkeit als Indiz der Rechtswidrigkeit*），則其法律意義即不再僅如舊法般，因

¹⁵ 同此理解，見最高法院 89 年度台上字第 2790 號刑事判決。反面言之，即便個案槍枝並不合致槍砲條例第 4、8 條之獵槍要件（如僅屬該條例第 4 條第 1 款之其他可發射金屬或子彈具有殺傷力槍枝之土造霰彈槍），仍不妨礙其該當同條例第 20 條第 1 項所稱原住民自製獵槍之可能性。

¹⁶ 同此理解，見臺灣臺北地方法院 99 年度訴字第 63 號刑事判決。

¹⁷ 詳細修法歷程之介紹與說明，見王皇玉，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，2012 年 3 月，頁 6 以下。

¹⁸ 同此理解，見王皇玉，文化衝突與台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，2007 年 9 月，頁 290。

¹⁹ 認為原住民族文化，得為阻卻違法事由考量內涵者，見許恒達，國家規範、部落傳統與文化衝突－從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題，台灣原住民族研究季刊，6 卷 2 期，2013 年 6 月，頁 49、76。

寬恕行為人而放棄對其處罰之需求。而是其所為經刑事法規宣告屬於合法且正當之行為。也因此，當不具原住民身分之人以教唆或幫助方式，與原住民共犯槍砲條例之罪時，則因作為正犯之原住民所為並非違法之主行為（*rechtswidrige Haupttat*），基於限制從屬之共犯從屬性（*Akzessorietät der Teilnahme*）原則²⁰，非原住民之共犯行為即因無所附麗，亦不成罪。

（二）原住民行為主體資格之認定與突破

依槍砲條例第 20 條第 1、2 項得以阻卻行為違法之人，法文明定僅限於原住民。至於原住民身分之認定，則依原住民身分法之規定。然由於此處之主體資格，並非成罪要件，而是否定成罪之要件。因此，將該條項予以類推解釋適用及於未依原住民身分法取得原住民身分之人，並不違反罪刑法定原則之要求²¹。就此，我國法院實務已有突破性見解，如臺灣高等法院花蓮分院 98 年度上訴字第 254 號刑事判決，即肯認不具原住民身分之被告（然具有山地原住民血統，且其母及妻均為山地原住民），亦有槍砲條例第 20 條第 1 項規定之適用。最高法院 91 年度台上字第 5194 號刑事判決，則認為（行為時）不具原住民身分之被告（然其長期居住於原住民部落，生活方式與原住民同，且其母為山地原住民，嗣並已依原住民身分法取得原住民身分），並非全無槍砲條例第 20 條之適用空間。上述實務見解，是否將成為我國往後改為實質認定刑法原住民身分之先驅，值得觀察。

（三）放寬「供作生活工具之用」要件之解釋

槍砲條例第 20 條第 1、2 項規定行為人所為需為供作生活工具之用者，始得阻卻違法。往昔部分實務見解未秉持前述憲法與原住民族基本法尊重原住民族文化之優位規範精神，對此要件限縮解釋為，須專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者，始符此項要件²²。致使許多原住民因不符此高度要求而擔負刑責。然此不當限縮阻卻違法事由之看法，業經最高法院以 102 年度台上字第 5093 號刑事判決導正。詳言之，此號判決基於肯認原住民族狩獵文化屬於其傳統生活習俗文化之重要內容（包含藉此維生、與祭典文化有關、訓練膽識、學習互助精神及生存技能、藉與族人分享狩獵經驗與成果而獲得認同、提昇在部落族人中之地位等），考量到社會整體發展急遽變遷、原住民族生活型態之改變及因野生動物保育法對於獵捕規定之限制，難期原住民仍專以狩獵維生或以之為生活主要內容。故對於本條項「供作生活工具之用」之解釋應予放寬，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍即可，不以專恃狩獵維生或以之為其生活主要內容者為限。

實則，此項要件依現行規定因屬於客觀要件。於實務個案中仍須經證實存在始得以阻卻違法。基於對原住民族使用槍彈傳統文化應給予最大尊重，以及原住民族持用槍彈並無一般性危害

²⁰ Vgl. Wessels, Johannes/ Beulke, Werner, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 39. Aufl., 2009, § 13, Rn. 551.

²¹ 對於現行法認定原住民身分方式之批判，以及原住民概念本質具有流動性特質之說明，詳見王皇玉，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，2012 年 3 月，頁 18 以下。

²² 如最高法院 102 年度台上字第 3206 號、103 年度台上字第 1521、443 號等多號判決。

存在之實證結果，此項要件實可兼採亦屬原住民族生活型態之農、牧需求，以及其他為維持原住民族既有生活方式之相關需求後，改為主觀目的性之正當化要件。藉由降低阻卻違法之門檻，強調本條例對於原住民族文化之尊重。自此，僅須行為人基於此項目的即為已足，無需再於客觀世界中現實發生為必要。另此項主觀正當化要件，亦可對於原住民所持用槍彈之合法規格內涵，進行規範性之目的性調控。

（四）自製獵槍、魚槍作為許可要件之批判

依據槍砲條例第 20 條第 1、2 項得以正當化槍砲罪構成要件該當行為之客體，僅限於自製之獵槍及魚槍。儘管為了排除原住民不當槍砲刑責之立意甚佳，然此自製獵槍、魚槍之現行立法方式，卻產生了許多問題。首先，就該條例第 20 條第 1 項而言，當原住民之行為態樣為製造時，邏輯上自然即無再就此客體重複規定為自製之必要。次者，解析法條文義可知，由於准許原住民運輸或持有者，僅為自製之獵槍、魚槍。故當該獵槍、魚槍為其他原住民所製造時，則縱運輸或持有者具有原住民身分，依法條文義亦不在許可範圍。且此不當情形亦無法根據該條第 2 項加以改善。蓋該條第 2 項所許可者，僅為原住民相互間之販賣、轉讓、出租、出借及寄藏等(主動)行為，而不及於自原住民處(被動)取得該原住民所製造獵槍、魚槍之行為。即便收受者亦具有原住民身分時，亦然。此等因前述自製獵槍、魚槍之規定所產生之不當課責情形，應與槍砲條例第 20 條第 2 項許可原住民相互間流通槍枝之規範原意相違。實則，只要該獵槍、魚槍為原住民所製造，即其他原住民對之運輸或持有，即應無課予刑責之理。類似情形，當原住民向非原住民購入其自製之土造獵槍時，我國司法實務即以法條文義為由，否定得依據該條例第 20 條第 1、2 項阻卻違法之適用空間²³。

再者，該條例第 20 條第 1、2 項所使用之（自製，即土造）獵槍、魚槍用語，亦易與同條例第 4、8 條之（制式）獵槍、魚槍產生混淆。因第 20 條第 1、2 項所稱之漁獵用槍枝既為原住民所自製，定性上本無法歸類於制式獵槍、魚槍，而屬於該條例第 4 條第 1 項第 1 款所概括設置之「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」。故以中性之「槍枝」用語稱之，或為更好的立法選項。至於火砲，則因非屬於原住民族之固有狩獵文化內涵，故不予列入。

另個因自製獵槍所產生的問題，源自於屬於行政規則之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法之規定。該辦法於 103 年 6 月 10 日修正前在第 2 條第 3 款（未經原住民族參與，片面）對於自製獵槍定義為：原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具（現已改為：原住民為傳統習俗文化，...，供作生活所用之工具），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、

²³ 見最高法院 89 年度台非字第 387 號及 90 年度台非字第 68 號刑事判決。進步言之，儘管此等案件之具原住民身分被告所持有之土造獵槍，係向不詳姓名之男子所購得，就事證而言並非不存在該售槍之人亦具備原住民身分之合理懷疑。然如上所述，此等情況亦因此處之法律不當規定而不影響其成罪之結論。

彈丸等，供發射之用（現已改為：（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）。

上述辦法對於自製獵槍之定義，影響了諸多司法實務對於槍砲條例第 20 條第 1、2 項自製獵槍概念之理解，而對於槍砲條例之自製獵槍概念採取較為嚴格限縮的理解²⁴，導致許多原住民因所持用槍枝無法合致該辦法之自製獵槍定義。致無法正當化其槍砲犯行。然該辦法將自製獵槍限定為「原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具」，且「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，已增加槍砲條例所無之限制，逾越該條例所為之授權範圍²⁵，故幸已為最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決正確地否定。一個主要的荒謬存在於，當國家一方面宣稱尊重原住民族之（狩獵）文化，一方面卻（透過上開管理辦法）片面自定准許原住民族使用之獵槍規格及程序。此等情況無異於坐實前述文化尊重之宣稱實際上僅為口號之譏。

（五）應予容許之制式獵槍及魚槍

由於槍砲條例第 20 條第 1、2 項所許可原住民使用之獵槍與魚槍，僅限於自製始可，故制式的獵槍與魚槍自始即排除得予合理化之範疇。然承前所述（見前文貳、一），對於原住民族文化之尊重意涵，兼及於維護其文化之持續開展，而非強制其僅能維持較原始甚至落後之狀態。且尊重原住民文化的同時，不應強令其承擔不利益之後果，否則即與保障文化之立意有違。況於尊重原住民文化之同時，亦應考量現代社會（包含槍彈製造）專業分工之實況。就獵槍與魚槍之使用而言，無疑制式獵槍與魚槍無論就性能與對持槍者自身之安全性而言，均應優越許多。則尊重原住民族自製槍枝文化的同時，應無強令其仍僅得自製槍枝，承受較高用槍風險²⁶，禁止其為追求相同目的，而使用既存更先進且更安全的制式獵槍與魚槍之理²⁷。參以前述實證研究之結果，原住民族使用槍枝既不存在立法者所預設之一般性危害（見前文貳、四），則擴大允許其使用之槍枝及於制式獵槍與魚槍，自亦無損於社會秩序之維護及國民身家安全之保障。再者，得以阻卻違法之非制式獵槍與魚槍，因討論前提為業已該當槍枝犯罪之構成要件，而如制式槍枝般同具有殺傷力。則限制得予正當化者僅非制式獵槍與魚槍，因並無減其殺傷力之降低。故亦無助於社會安全秩序之維持。

比較法例上，德國武器法（Waffengesetz, WaffG，制定於 2002 年 10 月 11 日，最後修正

²⁴ 如最高法院 88 年度台非字第 321 號、96 年度台上字第 1674 號、102 年度台上字第 2547 號等判決。

²⁵ 因立法怠惰造成原住民族之法律適用不安定的困境，在我國由來已久，詳見王泰升，在法學與國家法中看見原住民族法律，政大法學評論，134 期，2013 年 9 月，頁 23。

²⁶ 用槍安全應予保障想法之精彩論述，見最高法院 102 年度台上字第 5223 號判決。

²⁷ 同認為應准許原住民使用制式槍枝者，見王皇玉，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，2012 年 3 月，頁 27 以下。

日為 2013 年 8 月 7 日）作為該國規範槍彈行為之主要法源。雖於該法第 51、51、52a 條對於違反相關要件（特別是未經許可）使用槍彈之行為，亦如我國般設有刑罰制裁規定。然於該法第 13 條對於依該國聯邦狩獵法（Bundesjagdgesetz）所許可使用之狩獵槍彈（Jagdschusswaffen und -munition），不僅屬於制式槍彈，且縱未依該條第 3 項第 2 句規定，經聲請許可發給武器持有卡（Waffenbesitzkarte）或登錄於已獲頒之武器持有卡中後始為使用，亦僅屬較輕微之秩序違法（ordnungswidrig）非行，而只依該法第 53 條第 1 項第 7 款科以行政罰鍰制裁²⁸。該國對於單純狩獵行為之槍彈准許範圍，既已及於制式之狩獵槍彈，則反觀我國對於原住民族狩獵用槍彈許可因兼含更深層之文化尊重意涵，舉輕以明重，當無較德國施以更多限制，而禁止其使用制式獵槍之理。綜上所述，對於原住民族使用獵槍及魚槍之刑事正當化範圍，應及於制式之獵槍及魚槍。縱其未經許可而使用制式獵槍與魚槍，亦仍僅課予行政罰鍰制裁即為已足。

（六）應等同獵槍及魚槍對待之子彈

槍枝須併用子彈始得發揮其射擊功能，為事物本質之道理。然槍砲條例第 20 條第 1、2 項得以正當化之客體，竟僅列明獵槍及魚槍，而漏未併列子彈，造成明顯的立法缺漏。因此，即有司法實務固守該條文義，認為原住民雖為上山打獵，但未經許可製造霰彈以為發射獵槍的子彈，所犯該條例第 12 條第 1 項之罪者，仍無同條例第 20 條第 1 項減免其刑規定（舊法）之適用²⁹。幸而前述最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決已正確地擴張解釋槍砲條例第 20 條第 1、2 項之客體範圍，而認為基於法律條文與法規體系之當然解釋，原住民既依槍砲條例第 20 條第 1、2 項得自製獵槍，自包括該獵槍所適用之自製子彈。且不受前述槍砲彈藥刀械許可及管理辦法規定之拘束，認為原住民所得自製之獵槍裝填火藥或子彈之方式，法律既未設有限制，則無論「前膛槍」或「後膛槍」均應包括在內。此等見解自值贊同。至於前述應許可原住民使用制式獵槍與魚槍之論證，亦完全適用於此處亦應對原住民予以開放之制式子彈。

肆、原住民槍彈刑案之特有程序保障機制

當原住民涉及槍彈刑案時，規範上當然與非原住民享有刑事訴訟法規所設立之一般程序保障權利。為實際落實其訴訟程序權利之保障，依現行刑事訴訟法第 31 條第 1 項第 4 款，被告為原住民之刑事案件屬於審判階段之強制辯護案件。於偵查階段，偵查機關依同條第 4 項規定，則應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。上述接受法律扶助機構指派律師辯護之權利，依同法第 95 條第 1 項第 3 款規定，並為法定告知義務之事項³⁰。另於偵審階段若對於原住民族相關事務（包含原住民族之狩獵文化內涵、獵槍與魚槍之使用需求及現用規格與遭遇困難

²⁸ Vgl. Heinrich, Bernd, in: Joecks, Wolfgang/ Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5 (Bandredakteur: Lagodny, Otto), Nebenstrafrecht I, Strafvorschriften aus: AMG, BtMG, GÜG, TPG, TFG, GenTG, TierSchG, BnatSchG, VereinsG, VersammlungsG, WaffG, KrWaffG, SprengG, 2007, § 13 WaffG, Rn. 1. Die Beschreibung über Schusswaffen s. § 1 WaffG, Rn. 9 ff.

²⁹ 見最高法院 88 年度台非字第 321 號刑事判決。

³⁰ 對此刑事訴訟新修規定之討論，特別是原住民對此權利之行使實況，可見原住民族電視台原地發聲系列第 275 輯之專題討論。網路資源：<https://www.youtube.com/watch?v=2qzCDcd-o3g>。

等)存有疑義時,得延請對此類事項具有專業知識者,特別是亦具有原住民身分者,依刑事訴訟法現有鑑定機制辦理,自屬當然。

另我國刑事案件於偵查階段,欠缺如同法院得以援用之減刑機制,所將產生之問題,則詳如下述:當檢察官於偵查終結時依既有事證認定該案成立犯罪時,除依法定原則(Legalitätsprinzip,意指起訴強制原則)提起公訴外,現行刑事訴訟法尚分別於第 253 條、第 253 條之一及第 254 條,提供了便宜不起訴與緩起訴處分之選項。因犯槍砲條例之罪均屬重刑之罪,故原則上無適用刑事訴訟法第 253 條及第 254 條便宜不起訴處分之機會。至於緩起訴處分則因僅適用於死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪,就原住民槍彈案件所常涉犯之槍砲條例第 8 條各項之罪(縱刑責最輕之該條第 4 項犯罪,最輕刑亦為三年有期徒刑),即無以緩起訴處分終結之機會,而必須以起訴結案。然相對於此,當法院審理此類案件時,於個案情況符合法定減輕其刑之情況,則得依刑法第 59 條以犯罪情狀顯可憫恕,科以最低度刑仍嫌過重為由,減輕其刑。並可再依槍砲條例第 8 條第 6 項以情節輕微為由(但僅限空氣槍,不當之處詳前文貳、三),據以減輕其刑。因此發生的重要效果是,因減刑後產生得以宣告緩刑之可能性(然因最重刑度過重而仍無法易科罰金)。然與緩刑在某種程度上具有高度相似性之緩起訴處分,卻就相同之減刑情況,仍因欠缺如法院般之減刑機制,而無從下修涉罪之法定刑度,故因不符法定要件而無從為緩起訴處分,於偵查階段即以轉向措施終結本案,讓涉案之原住民提早脫離訟累,而僅有起訴一途。無可避免將造成涉案原住民於事證無疑之情況下,仍須歷經偵查與審判程序的折騰、煎熬。儘管嗣後獲判無罪,實際上也難以完全彌補其真正損失。上述亦存在於其他案件之刑事訴訟根本問題,對於常為重刑伺候之原住民槍彈案件,尤有儘速改革之必要。

其他與此相關的問題,如似應比照法院設立原住民專業法庭(股)之機制,於偵查階段亦即要求偵查機關(包含司法警察與檢察機關),設置專責辦理原住民刑案之專責任務編組。對於作為此類案件之辯護人,亦要求其應具備具原住民法專業知識之專業律師證照。至於職司統一全國法律見解重責之最高法院卻見解分歧之長久存在問題,如於前述指標性之 102 年度台上字第 5093 號判決³¹(另可參照該院 103 年度台上字第 1216 號判決)問世後,最高法院後續仍出現對原住民槍彈案件強取過嚴理解之裁判³²,則有儘速參照引進德國大法庭機制³³,根本性解決此項問題。當然,對於警方查緝績效之配分,排除原住民槍彈案件,更可直接斷除此類刑案發生之

³¹ 法律扶助基金會對於肯定最高法院此則指標性判決之說明,詳見:http://www.laf.org.tw/tw/b1_3_1.php?idno=995&pjtype1=法律扶助基金會針對最高法院「蔡忠誠違反槍砲彈藥刀械管制條例案件」宣判結果說明&msg1=&msg2=&loc=。

³² 如囿於法定用語,排除自製空氣槍之正當化空間,並限制得以阻卻違法之此類槍枝使用目的,見 102 年度台上字第 5203 號判決。

³³ 關於德國大法庭制度之介紹,詳見 Tolksdorf(演講),葛祥林譯,聯邦最高法院如何保障法之統一性—尤其討論大法庭之功能,司法週刊,1677 期,2013 年 12 月 27 日,版 2 以下,及此場由司法院主辦於 2013 年 10 月 11 日舉行之研討會討論紀錄;王士帆,德國大法庭—預防最高法院裁判歧異之法定法庭,月旦法學雜誌,208 期,2012 年 9 月,頁 65 以下;林鈺雄,特偵組與大法庭,自由時報,2012 年 11 月 8 日。司法院研議建置資訊,見:<http://www.judicial.gov.tw/tpnw/newsDetail.asp?SEQNO=115285>。

根源³⁴。而司法實務處理是類案件時，對於各該犯罪之主觀構成要件要素與違法性認識，均應依照證據法則根據具體事證嚴格認定其存在，自屬當然³⁵。

伍、修法建議與展望 一代結論

上述原住民因使用槍彈所發生之諸多適法性疑義，已局部獲得最高法院 102 年度台上字第 5093 號判決暨其他如實尊重原住民族文化之引領性判決加以解決。然囿於現行槍砲條例本身之不當規定，仍存在不少牴觸原住民族文化尊重之相關規定與實務見解及實際運作。由於現行槍砲條例第 20 條第 1、2 項將特定行為之制裁規定與作為其阻卻違法事由不當地併同規定。是本文以下即嘗試就上述問題，在尊重原住民族持槍狩獵文化與國家因管制槍彈以履行其人民基本權保護義務間取得更佳平衡的前提下，對於原住民（不併處理漁民部分）使用槍彈行為之正當性要件，以及未經許可使用槍彈之行政罰鍰制裁規定與申請許可之程序機制，提出各自獨立之具體修法建議如下。

關於原住民族使用槍彈行為之正當化事由，建議可於槍砲條例相關刑罰規定之後，另增設第 13 條之一，規定：

「原住民為供漁、獵、農、牧及其他維持原住民族既有生活方式之相關需求，而

1. 持有獵槍或魚槍暨子彈，或

2. 製造槍枝或彈藥，或運輸或持有此類槍枝或彈藥，或

3. 於原住民相互間販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前兩款所列之槍彈者，

無前述（第 7 條以下）刑罰規定之適用（或更精確稱：其行為不違法，*handelt nicht rechtswidrig*）。」

就上述修法建議首應說明者，使用槍彈之需求場合，不僅存在於漁獵攻擊性質之利用，亦包含除漁獵外之農牧防禦性需求（如抵擋野獸攻擊、驅趕啃噬農作物或禽畜等），故不再沿用現行法之「供作生活工具之用」用詞，改為「為供漁、獵、農、牧及其他維持原住民族既有生活方式之相關需求」，以求盡可能兼顧原住民族因其生活文化型態所產生之各類需求。此項要件亦從現行法之客觀要件轉變成主觀之目的性要件。因此，此要實行行為之原住民有此行為目的即可，不可客觀上確實存在為必要。另從文義亦應可得知不採（部分實務所要求之）專用限定模式。此項要件並可對於特別是第 1 項第 2 款之槍彈內涵，作為目的性限制之根據。

修法建議第 2 款之規定方式，排除了原住民因運輸或持有其他原住民所製造槍彈之刑責可能。且此款有意使用中性之「槍枝」、「彈藥」用語，以避免此等本因自製而難以精確歸類於各式制式槍彈之槍彈，因特定槍彈類型之用語使用，造成（類似）其他槍彈類型之原住民製造槍彈無

³⁴ 謹此致謝好友林達檢察官對此所提的好意見。

³⁵ 如個案被告所購進之槍枝，存在槍枝製造公司所附保證符合法規之規範卡，即有可能排除被告主觀犯意之正確理解，見最高法院 102 年度台上字第 870 號判決。對於原住民犯罪之違法性意識欠缺（即禁止錯誤）之問題探討，詳見王皇玉，原住民犯罪與不法意識之研究，收錄於氏著〈刑法與社會規制〉，2009 年，頁 261 以下。關於原住民族持槍狩獵文化在我國因槍彈案件所受到司法機關認同之變遷歷程，詳見蔡志偉，原住民需要什麼樣的法律協助？法律扶助期刊，35 期，2012 年 2 月，網路自由下載網址：http://www.laf.org.tw/tw/b3_1_2.php?msg1=33&msg2=393

法合致此款客體之缺失。另基於應維持文化內涵的持續進展性，與避免因文化尊重反造成不利益承擔之不當後果，並參照德國武器法相關規定意旨，應准許原住民因前述目的而持有制式獵槍或魚槍。不再強求其務必自製獵槍，或僅得使用品質較低劣且危險性較高之非制式魚獵槍。至於子彈之許可範圍應同於槍枝，要屬當然。

至於行政罰鍰制裁及申請許可程序部分，則建議於該條例第 20 條第 1 至 3 項分別為如下規定，其餘項次內容則不更動：

「原住民未經許可，而

1. 持有獵槍或魚槍暨專用子彈，或
 2. 製造槍枝或彈藥，或運輸或持有此類槍枝或彈藥者，
- 處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰。」（第一項）

「原住民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項各款所稱之槍彈者，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（現為內政部）會同中央原住民族主管機關（現為原住民族委員會），經諮詢並取得原住民族同意後定之。就上述事件發生爭議時，應循原住民族基本法第 6 條之程序解決之（即由總統府召開協商會議決定之）。」（第三項）

此條第 3 項之修法建議，要求由中央主管機關會同中央原住民族主管機關，經諮詢並取得原住民族同意後定之。並再次強調當原住民族自治權限與國家間發生爭議時，至少應循原住民族基本法所明定之協商程序解決。此項建議主係為貫徹前述憲法、兩公約（暨專家審查意見）、原住民族基本法等所揭示應尊重原住民族意願及其自治權，並應保障其程序參與權等規範要求而來。

主題六：

立法疏漏 vs. 法律解釋 II：野生動物保育法：自用

【會議實錄】

與談人：行政院原住民族基本法推動會黃長興委員

獵場管理與動物生態怎麼選擇都是大同小異，太魯閣族在搬遷以後，移居到平地之後，恐怕對於狩獵的知識已經消失，這中間有經濟上的壓力，再加上華盛頓公約推展到台灣之後，保育法律出現，獵人等於是罪人。我所查過的傳統領域位置是從南湖大山到新康山，秀姑巒溪的中間，整個山區我幾乎都跑遍，已經找到了 327 個部落和獵場的據點，對我來說是力求真相的訴求，中研院的同仁對我的這些資料說明，恐怕事沒辦法虎扯，別人說這個地點，他是甚麼時候來的，人文歷史、人民、從過去到現在的生態狀況與使用狀況，在加上衛星定位、空照地圖、再加上當地的說明與攝影。在過去太魯閣族的獵場風評是非常的嚴格，太魯閣族、泰雅族、賽德克族、賽夏族幾乎是一樣的，獵場封閉以後，獵場等於是國家與國家的關係，不能互相侵犯，若是侵犯須要盡速的處理，兩個家族需要趕快處理，不然的話，也只有野蠻的驕傲了。在過去，在自己家族裡就有發生過很多糾紛，幾乎都是因獵場而起衝突，但光復以後就不太發生，原因是有些家族後代沒有獵人，由一家族則去侵占，另外一個，狩獵的人並不直視我們，還有其他的包含漢人都有，所以管理上已經失衡，再來就是保育法，只有警察及保育單位管理，但管理做法完全不對，就像剛剛裴教授所談論到，「管理的方式要交給我們，我們自己來。」我在做土地調查的時候，帶著每一批的人，都特別告訴他們，我們要有規則規範，要恢復過去的管理方式，我在台東會報的時候，也曾經提過這樣的案子。事實上我在自己的鄉裡面，逐步開始做解說員的訓練，比照魯凱族的模式，將來的糾紛、管理也比較正規，都是將來大家來努力的。最後我還想說一句話，「華麗是人的思維，把它建立出來，改變與修改也須透過人是很輕易的。」但需要大家的努力。

與談人：台灣彰化地方法院檢察署余建國檢察官

在法律推定原住民打獵行為違法的時候，檢察官及法官所選擇為原住民最佳辯護，大概就在不法意思做著墨，可以看到在檢察系統裡面，顯然對於原住民違反野動法的案件，欠缺原住民基本法的思維，所以大概都選擇起訴。我在原基法實施後，94 年至 103 年之間，從檢察官數列系統中檢索，任何被人贓俱獲，違反野動法的原住民朋友，下場都是起訴或者是緩起訴，緩起訴更慘，因為還會去抓，被抓之後緩起訴勢必撤銷，兩罪併陳就要去關。在法院的實務見解裡面，吳法官的文章中提供很多資料，目前最近的判決，在台東地院的判決，七十幾歲的原住民獵人，獵捕到保育類動物，這時候法官很勇敢的使用刑法第 16 條來減輕罪責，原因在於說他是一位年紀大的長者，長期與外界沒有接觸，學習到的母語與文化型態都是部落交給他的，所以因此減刑。部落的原住民可區分為四層人口結構，第一層是沒有受過教育，長期居住在山區的原住民，第二

種是受過教育，但只有國小或國中，畢業後回去部落，第三種是受過教育，求學、生活都在外地，第四種是都市原住民人口類型。像我們這種如果去獵捕保育類動物都會很慘，一定都被判有罪，因為我們是知識的來源，所以這時候已經產生了衝突，具有公務員身分的原住民朋友，如果違反到野動法一定都是死罪，事實上追根究柢原住民基本法律位階的問題，94年2月份制訂法律之後，我一直期待可以變成原住民狩獵的法源，在法律結構上，原基法裡面有抓一個依法從事的法律文字，在法律連結到野動法第21條，所有原住民的獵捕行為一定要申請許可，部落原住民有去申請許可嗎？事實上鄰近部落沒有去申請許可的情況還滿多，就變成原住民在部落所形成價值觀與法律衝突的問題，目前是一個無解的習題。在開會的時候，想要把原基法與野動法的法規位階衝突要立法做釐清，但已經九年十年沒有任何的答案，到最後還是要進入到不法意思的階層，去判斷這個人是不是可以阻斷他的刑事責任，很遺憾的，在刑事實務上，一直無法達到無罪的預知，頂多減免罪責，幸運的話可以拉到第59條可以減兩次。第三個觀點，認為要具體評價人的違法意識是不是存在，從年齡身分、精神狀態、知識程度、職業類別及生活環境來做審查，若要做一個審查，將來刑事訴訟會採取參審制度，由民眾及法官來審查刑事案件，我希望我期待，將來原住民的素人朋友、法律素人民眾坐在法臺上，跟法官適用法律，講部落的法律跟國家法律從何規範與法官闡明，也希望在這種參審制度情形下，能得到無罪的判決。

與談人：黃明展律師

持有槍彈為什麼處罰為什麼不處罰？這涉及到為什麼保護原住民的持槍權還是原住民的狩獵權，我在想，是依法條規定是保障原住民的狩獵權，之所以保障狩獵權是依槍砲彈藥管制條例是限於獵槍與魚槍。持槍要處罰是因為社會會受到危害，一般人持有槍械，社會會受到危害所以要處罰，原住民持有槍械也會受到社會危害，為什麼不處罰，這裡就有一個衝突點，為了保障狩獵文化，原則上在一個可允許的範圍，但允許範圍多大也產生了衝突點，是限於自製的獵槍，這要思考。再來回想，為什麼要保障原住民的狩獵權，狩獵文化是有憲法及原基法的規定，如果是保障原住民的狩獵文化權，他就有所謂的狩獵文化及傳統祭儀所需要的狩獵，那另外還有生存權，例如像槍砲刀械彈藥管制條例裡面工生活所需，平常生活可以用來打獵物吃及保護農作物，這是關於生存權的保障。不管是基於文化權或生存權的保障，最後會變成合法的。所以在不同階段都會有不同的法益拉扯，狩獵可能會狩獵到野生動物，動保法也有特別的規定，為了確保動物的多樣性，原住民狩獵是不是要去限制它的範圍，限於保育類或非保育類，也造成拉扯。我在理解原住民持槍狩獵的問題，我就是照這樣的方式去理解，如果我們是基於這樣的方式去理解，可以思考的方向就很多，包括最高法院，你持槍狩獵是生活所需還是維護傳統文化，通常用語會跑來跑去，為了保障文化是合法的，為了保障生存權也是合法的，但是如果把兩個條件加起來，要傳統的文化去狩獵供生活所需，那要件就會更加嚴格，變成合法範圍比較小。所以在思考整個範圍時候，討論說保護文化權的時候，範圍可以開放到多大，也將涉及社會的危害性，那槍是由警察管還是由其他人管，回到原基法的精神，由部落自己管，有部落的管理機制，要打獵也是到部落拿槍。甚麼時候去打獵，打獵的範圍到哪裡，也是由部落自己管，每個部落都有自己的獵場，又回到原基法的精神，也都不會產生違法的問題。

提問人：拔尚

關於原基法與野動法的衝突，常常被說在原基法第 19 條，關於原住民依法從事非營利自然採集行為以及野生動物保育法第 21-1 條之間的衝突，針對非營利行為以及依法從事的部分我有個想法，原基法它不是只有 19 條，是整部有 30 幾條的法律，裴家騏老師在過去針對這 19 條非營利行為，他認為跟原基法其他規定是衝突的，比方原基法第 14 條，應該依照原住民的意願，能讓他針對自然保育及利用，要發展他的經濟產業，經濟產業當然不是非營利行為。我這邊有個看法，在法律還沒修正好之前，是不是可以把這 19 條，這非營利行為解釋在原住民個人，原住民族集體的營利行為或經濟發展應該不受到非營利行為限制。另外針對依法從事，只所有法的總體，以原住民族基本法來講，第 23 條政府應該要承認原住民，用他的習俗來利用自然資源的權利，包括管理的權利，第 30 條更廣泛的，處理原住民事務，不管是行政、立法、司法都應該要尊重原住民的傳統習俗，所以依法來從事這些行為，不能限縮在野生動物保育法裡必須要申請的範疇裡面，原住民的長輩都不能接受，申請這件事，是嚴重破壞傳統行動規範的行為，要申請的話為什麼不是林務局跟我們申請，怎麼是我們要去跟不了解動物生命脈絡的人申請？

依法，他並沒有限制說要依哪個法，但在最高法院提出見解的時候就會受到拘束，這時候就會很難去突破，那更深層的問題，部落衝突的時候，國法到底要介入到甚麼樣的程度，更深層的問題就是自治的程度，在這個地方在法律的詮釋上，我只是歸納出最高法院的見解，下級法院做出了違反最高法院，他有勇氣做挑戰，但必須面臨撤回、非常上訴，這樣沒有辦法去解決對於個別原住民行為人的困境，所以我才會取進到 16 條的部分。

我認為原住民程序參與與自治權的尊重，是在現行法上沒有被落實的地方，不只是一要貫徹原住民族基本法，但事實上原本法本身就有一些問題，政府已經請國際專家審查，在原住民的事件當中，程序參與是不足的不夠尊重。另外關於法律規定的部分，怎樣去訂定讓人可以接受許可的程序規定，我認為這是有考慮的餘地，這也是貫徹程序參與的問題，但換一個角度，對於文化族群的尊重，有時候可能不是完全的，即便是文化的內容，但這文化可能需要去做調整，另外一個觀念，原住民朋友會看這是你們訂的法律，事實上在這社會弱勢的族群不僅僅是原住民，在我從事的實務當中，弱勢族群特別多，可能知識或者個性害羞，例如有人偷竊被抓，事實上他只要繳一些錢就可以走人，但他連打電話的權利都不知道然後就被關。法律，它所保障的權利，不是直接訂定而去保障，他是要被時間貫徹，怎麼該被保障的權力制訂在法律，這一些我認為都是奮鬥的過程，這樣的研討會都是往這樣的方式去邁進，可能會因為弱勢會受到不合理對待的，不僅僅是原住民，我認為這部分要調整法律，法律是大家的，不是只有漢人，法律也不是僵化的，只是我們可以一起去討論，甚至促使他去改變。不只是原住民遇到的問題，而是每個人的問題，我問維用這樣的態度去看待這個法律，或許會有更好的心態更好的結果也不一定。

提問人：林先生

這兩天聽到很多槍枝與狩獵，但好像沒提到關於魚槍的問題，我比較多時間在蘭嶼從事工作我想提一些例子，原住民其實都是狩獵的傳統，但不是傳統性的狩獵，表示說工具性的變遷會隨著本質行為不變，但行為模式可能改變。蘭嶼現在有越來越多的族人自己使用魚槍搭配氧氣筒到深海射魚，就以裴老師所講的工具型的演變，原住民對於狩獵，並不是傳統型的狩獵，工具行為與時近距，但是在於，工具性變遷的同時必須搭配自悅性及領域排他性能夠維持族群數量改變，另外的問題，假設今天談論工具型的改變，實際是不是涉及到行為模式也產生變遷，行為模式

改變的時候它所影響到的範疇也跟著擴大，換句話說，原本我們可以認定他是屬於原住民權利的文化行為，或者屬於原住民必須保障狩獵權的時候，它有可能因為行為的範疇所涉及的層面已經擴大，而產生適法性的疑問，這些工具性我們可能會判斷它殺傷力的認定或者踰越文化權的時候，誰來主張？誰來界定？或者基於不同的理由，誰來去確保原住民擁有的狩獵權以及槍砲、魚槍使用的權力範疇？

自然資源管理或者動物野生管理，最大目標，不要因為人類的利用讓物種滅絕，在這目標之下就是管理的方法。在做野生動物族群管理的關鍵點，第一點就是空間，然後時間最後才是數量。其實如果空間及時間管理的好，數量可不太去照顧，仍然可以永續。如果今天用新的工具，新的工具在空間與時間的管理得當的時候，不見得會造成野生動物族群的傷害，但是要去管理，我的重點是管理，其中，槍砲法是對於原住民的傳統文化尊重最少，而槍砲法、原基法、野保法都沒有保障狩獵權，因為原住民的狩獵權是延續族群發展而產生的行為，但是我們現在只限做到傳統祭典，所以原基法也沒有保障到原住民的狩獵權，頂多增加到持有，可能有一天我們要用動物去做經濟活動，狩獵本身可做為經濟效益，這些事情可能都被排除，但也要看野保法保留了這些空間，運動性狩獵與娛樂性狩獵的空間，以後如果運動性狩獵與娛樂性狩獵開放的話，譬如像現在水鹿很多，它已經缺乏天然管控，這裡面有很多法跟法之間的矛盾，然後保障的是甚麼東西，很遺憾也沒有保障到狩獵權，當然也沒辦法維護到狩獵傳統，然後我們想像的原住民因此發展的可能性都沒有，看到的狩獵傳統都消失了，然後我們訂的法想要保存的東西沒有保存到，這是需要檢討的。

我們祖先說，造物者創造萬物，大自然為人類提供免費的服務，所以我們要珍惜土地、山林，而造物者特別的允許，上帝安排居住在山上長年負責維護大自然生態的民族，去捕取、享用資源，從這當中享用去建立部落與大自然生命共同體的社群意識。

【圓桌論壇】

主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

因為時間有限，應該會很多人歸心似箭，所以現在就開放給各位。

提問人：陳先生

敝姓耳東陳，來自原住民文化的區域，不過對這個議題非常有興趣的一個民眾，一過來這個議題，讓我們非常的省思的地方就是說，我看過一篇文章是說，蒙古在他們的射箭文化，他們是一個勇猛民族，射箭非常的強，可是經過兩次，一個清朝的限制、蘇聯時代的禁止，使得他們的射箭文化消失，回到我們這邊來台灣原住民的不管是射箭或是其他，我之前有提過小米酒文化這個部分，其實在很多環境的限制之下，變成說他的的文化特質沒辦法去發揮，那他們有一些很好的文化一點一滴流失掉，那之前文化制定的保護，到底是保護甚麼？結果很多好的東西，其實我發現很多文化法律幾乎事沒有一個交集，跟社會文化發展可以共存共容，我發現在台灣，我們法律或是文化幾乎是相互衝突，然後很多法律印出來的時候，也是互相矛盾，讓我覺得說，法制研討會的時候，到底我們要的是甚麼，將來我們要發展的事甚麼，是不是在這個議題裡讓我們去省思，將來在制定法令或是原住民要發展的時候，到底要不要持有槍械，其實我覺得在一些國家，像以色列很多的軍人可以帶著槍到處亂跑，都不會有問題，可是在台灣的話會有很多問題不一定管制的好，其實我覺得說要開放，是不是有一個很好的配套措施，在這方面的問題是說，我們的文化及法令推展的互相矛盾，這個基本的問題沒有解決，其實只是談到比較旁邊的問題，如果槍枝可以，那小米酒大家能不能夠去釀，衍伸的問題是一個系統性的問題，我想說在這個教授或是專家，給我們一些很好的建議，謝謝。

主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

謝謝陳先生，針對現行的法令跟文化都互相衝突，在訂立的時候並不見得考量到原住民其他的習慣，或者是文化的考量，跟各位舉最簡單的例子，今天討論的三個法，包括原基法，就以姓名條例來講，姓名條例有講在第一條第二項，原住民可以回復傳統名字，如果這個法律拿到蘭嶼的時候，是完全不適用的，因為蘭嶼，你出生的時候是一個名字，但當你結婚的時候，你的名字全都要改掉，你當祖父的時候也全都要改掉，所以一生中你活的年紀越大，當曾祖父要改四次名字的時候，早就不適合姓名條例裡面的修改姓名的方法，其實原住民有很多特別文化在裡面，所以五年前我們也希望透過研討，讓原住民的文化借此討論，讓大家多點認識，不過，我想這五年來有一些成效出現，所以不曉得剛剛陳先生的問題有沒有人要回應的？那還有沒有其他的問題？

提問人：中原大學財法所鄭偉廷先生

這兩天下來我發現與會貴賓很注重的六點在於說，去強化原住民族關於立法這方面程序與參與權，那我想要請問說，有沒有更好的方法去強化程序的參與權。

主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

特別謝謝這個同學的發問，不曉得同學的發問有沒有在座或是發表的人共同回應。

與談人：財團法人法律扶助基金會台東分會陳采邑律師

你剛剛講的應該是國際兩公約裡面的國際審查對我們這邊對原住民權益保障足夠的部分，就是在於有沒有充分諮詢，其實這部分老實講原基法其實也有規定，如果你要在部落做任何開發，使用行為的時候，你要經過部落的同意，但目前沒有落實的很好，按照現在的制度，這些要管理或開發的單位，比如像林務局等等，那些東西你必須向部落諮詢並且取得同意，某方面它就可以落實到程序參與權的部分。

主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

謝謝陳律師，其實我們也在突破各部會之間的活動，其實這兩天討論到槍砲法，他有個許可及管理辦法，實際上警政署很難得有原住民委員代表，阿浪處長，但是他參與是以個人身分並不是機關身分，所以我們也看到機關跟機關之間，我們很希望藉著這個原基法，相關的相關法案，也希望其他部會在訂定的時候，也都能讓我們參與，不過剛剛還是要提到的就是，現在有一些部落會議實施的相關辦法，實際上在民國 95 年開始執行，我們為了按照原基法在 21 條有關部落的諮詢、參與、甚至包括同意行使，我們有一些新的修訂，現在正在處理中，是不是興中這個部分可以說明，我想因為鄭科長也在

提問人：原住民族委員會曾興中科長

我回應剛剛那個問題，原住民族基本法第 21 條、第 22 條、第 31 條都有規定....原住民同意的部分，但是在原住民族基本法第 21 條部分，它有幾個問題須要去處理.....所以我們第一個要去處理的問題就是甚麼是土地開發？甚麼是資源利用？甚麼是生態保護？甚麼是學術研究？

或者是我自己想要在我的保留地蓋一個殘障機構，照顧老人，找到財團贊助我，我出力他出錢，這算不算一個土地開發，所以精緻的設計，甚麼叫做土地開發，就要回頭去問，這個條文它到底保障的是甚麼權利，然後才可以對應產出比較合理原住民族土地開發、原住民族土地自然利用、生態保育與學術研究.....精準的定義，那這些東西我們目前處理策略是這樣子，我們先初步一定的法案的規畫之後，我們將會在原基法追蹤會在今年即將要舉行的同時，我們把這些初擬好的方案，至少 30 場在部落的說明會，聆聽部落的意見，將部落的意見、各部會的意見、對於初步草案的意見彙整起來，我們會有更完整的方案就可以去做處理，如果在未來發生定義的太寬或者太窄規範都可以進行調整。那第二個針對部落會議實施要點的修正，部落會議實施要點已經實施一段時間，那針對部落會議可能執行今年累積下來應該修正檢討的地方，我們一併聆聽過的意見，在這後半年我們下鄉做說明會過程中，把部落會議實施修正成更符合部落的需求，更具有民族的代表性、民族的正當性，以上。

主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

謝謝曾科長的補充說明。

與談人：黃長興委員

我非常贊成鄭科長所講的，要強化部落的組織，但是上一次我在委員會曾經講過，秀林鄉還有幾個部落還沒有建立部落組織，尤其是南區的三個部落，包含文蘭、崇光，這個民意是最……民意代表，沒有人監督，所以我覺得很奇怪，是不是部落會議一直延緩，……，留一位村長就好了，在裡面的黑箱作業特別多，我不想在這邊說明了，但是部落會議來講，今天我最欣賞還是陳律師在後面支持的周德光銅門部落，銅門部落非常非常的進入狀況，所有的居民對他來講，可能這一次的選舉會改觀，因為它不是不選舉，他推選的這些人都是非常的厲害，所以我想部落組織一定要強化，我恭請原民會趕快督促秀林鄉，要建立部落組織，沒有部落組織怎麼可以這樣呢，部落怎麼可以這樣子，所以我想這個鄉怎麼會這樣子，不願意建立部落組織，村長在幹甚麼，特別把我的話傳下去，我曾經跟鄉長講過，鄉長說人沒有到齊，不是人沒有到齊，是你沒有到嘛，你沒有親自作證，所以這個部落說實在的，我非常的反感，這個部落組織沒有成立，沒有部落組織、沒有部落會議、沒有部落主席，這個民意代表那就完蛋，沒有人指導。

主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

黃委員謝謝，我們會把錄音下來，把你的聲音給他們聽。黃委員對部落很熱心，不過這兩年來有對部落調查，將近 750 個部落，那事實上我們所講的部落，跟五十年前的部落不太一樣，經過光復一次到兩次以上的遷村，所以部落不時的變動中，不過現在很多的行政區都已經確定，只要沒有其他的自然或天然災害大概部落都會底定，所以大概七百多個，那銅門部落發展的很好，又在同一個鄉，所以應該可以互相借鏡，到時候可以借用陳律師的專長，協助幾個部落，所以辦說明會的時候是不是可以特定選定那幾個部落做一個說明，讓他們了解部落會議實施辦法，以上特別謝謝黃委員。

提問人：Login

關於部落會議這部分，我是認為說，現在原住民要如何推行部落會議，應該是說外面的月亮比較圓，比較鄰近的部落，甚至是不同的部落能夠互相的交流，這樣的效果會比較好一點，謝謝。

主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

Login 的建議很好，我們就把部落會議談到現在就結束，我們也謝謝也列入紀錄，我們可以做一些，在做部落說明的時候，部落之間的交流。

提問人：拔尚

抱歉我這次的發言還是會牽涉到部落會議。這一次的研討會，特別的針對怎麼樣子來維護原住民族永續利用自然資源的權利，怎麼樣子來維護原住民安全製造持有與使用狩獵、漁獵工具的權利，在這個部分，如果說要再往前走，也有很多人提到，要非常依法去行事，所謂的依法，當然不是野生動物保育法或槍砲彈藥管制條例，而是依法，那必須要去尊重兩公約原基法，他所

立下的自治，原住民的習慣規範，它的效力與權利，這個時候部落會議是非常重要的，重要的不得了，在我們還沒有進一步的原住民自治的法律之前，部落會議的推動，是原民會非常棒的措施，很多人都認為說，部落會議的實施要點並不符合所有原住民族的需要，那原民會也很辛苦的不斷的修正，到各地方辦說明會，但是我想說，部落會議顧名思義就是他那個部落行使的權利的自治體，那如果說，我們原民會要訂一個適用於 16 族甚至所有原住民族部落的部落會議規範，一方面，原民會等於是一個行政的侵權，行政部門侵害法律上所賦予的部落，他自行組織做行使權利的權利，同時一方面也做不到，定義一個規範，所以以前 Walis 主委訂要點的時候，他有一個想法，這個是提供部落，做一個範例，但不是限制部落，只能夠依照這要點來做部落會議，所以我是想來詢問原民會，是不是部落會議的要點，它可以很明白的說，那部落也可以依照原基法所授予你相關的權利，你自己來訂立部落會議規範，但事實上你不這樣訂，他也有這樣的權利，那他這樣的權利呢，你不這樣訂，你也必須要承認，但是我們行政機關是不習慣承認不在他行政規範的這些法律權利的事情，所以我就想詢問原民會，那要不然就是還是明訂比較好，對我們現在原住民的狀況，部落會議實施要點，他是不是能夠明訂，部落可以依據原基法相關法律的權利，他自己來訂自己的部落會議規範，然後他可以依照這些規範，這個才是承認他的習慣規範，我們這一次大會的主題，它來運作它來行使它的權利，那這個政府行政立法司法都應該要承認他，是不是能夠這樣做，來詢問原民會。

主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

特別謝謝拔尚，其實你也點出一個問題，其實當時 Walis Pelin 主委當主委的時候，當時的部落會議實施要點，大家也知道，原住民到目前 16 族，每一個民族它本身的社會組織、制度是完全不一樣的，像某些民族它是相似、雷同，但是更多的是差異性在裡面，當時我們在訂定部落會議實施要點，那只是參考，是不是要用長老制、還是頭目會議制度、或者耆老制度都完全尊重部落他自己組成的方式，因為原基法他裡面明確的說明，將來原住民部落有是被諮詢要同意參與這樣的權利，同時在傳統智慧創作保護條例，他甚至將來都還有一些基金或是有收入的單位，所以將來部落是一個公法人還是一個私法人，它可以將一個國家或是將一個財團或將一個社會要做一個建設或開發，部落可以說 YES 或 NO，他的機制要怎麼產生，我想這就是我們現在剛剛鄭科長所報告的部落會議實施要點必須跟往年的部落實施要點可能需要調整的地方，因為原基法它整個發展，不過就基本上來講，我們還是會按照拔尚你剛剛提到的重點，部落還是有它的自發性，因為部落是整個民族發展的基礎，有部落才有民族，所以我想我們會把你的意見也會考慮到修訂的辦法裡面，來做一個參考。

提問人：原住民族委員會曾興中科长

我們目前部落會議實施要點的修正，他考慮的有兩個面向，第一個面向就是剛剛黃耆老提到，有些部落想要召開部落會議，目前傳統規範式微的關係，所以有些部落內部溝通平台不是很完整，所以他們反而會希望原民會能夠給他們一個比較明確的運作規範跟模式，但是有些部落傳統規範與傳統組織維護的滿完善，所以他們會希望說，用他們自己所訂定的規範，不要用原民會給他們的那一套規範規制，所以我們是希望朝兩個方向同時去進行，我們設計一個參考一個範例，如果你們沒有自己的想法，就先用我們的版本，那如果用我們的版本不好用的話，你們可以自己

去訂你們的章程跟會議規範來去取代我們的原民會所訂定的部落會議實施要點裡面的內容，那我們也承認你們依照自己的做法所做成的決定法律的效果，以上。

主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

我想還是朝那個方向，也特別謝謝巴尚的提醒。是不是公法，還要經過行政院同意，目前我們知道像農田水利會就是公法人，所謂的公法人，大概像是鄉公所都是公法人，它可以執行公權力，那以後我們的部落是不是到底要怎麼去做，那我想這也是原民會的課題，各位還有沒有其他的意見？

與談人：黃明展律師

這個就是剛剛呼應到的課題，如果我們部落會議做的好，原住民可以自治的話，那其他槍械、包括野生動物管理可以自己做的話，以國家的法令就不用在那裏管是不是自製獵槍或持有甚麼槍，因為那就是由部落自己管，那你要自己把野生動物也是由部落自己決定來怎樣達到永續經營，所以我覺得，部落會議會做得好，其他的法律要修改就很簡單，因為為什麼那些法律要存在，就是怕你有槍會造成社會的危害性，他才會要去做管制，但是當你的部落可以管制自己，那大家覺得你沒有對他造成危害性話，那事實上甚麼槍都可以開放了，大概就是這樣。那另外就是說，動保管那邊也是，當可以維持一種永續經營，自己部落可以管好自己的獵場的時候，我管你要打甚麼，反正那些動物都在，所以不需要在名列，那些都是部落自己決定就好，因為部落該甚麼時候打，你要慶典時候打，那個都是小事情，所以我是覺得就是說，做這些是保障這些權利，但是當你有部落會議的時候，下面的那些危害性無虞，動物的多樣性無虞就不用管，因為就變得沒有這些危害，所以我覺得這是一個前提問題。

主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

特別謝謝黃律師最後報告的最後一張圖，其實就已經說明到我們現在朝那個方向來做一個處理。各位還有沒有其他的問題？

與談人：馬潤明律師

對不起我大概再說幾句話。部落會議是很重要的，不過我們現在規劃的方向，好像是朝向私法人來做，當然是不是由公法來說，不過那時候決議，目前在開會由私法人來做，不過另外一個就我跟其他部會開會，最大的問題是在其他部會裡，包括警政署、包括林務局，他們對於這個權力，當你原住民自治，族人自治的時候，他們的權力就會少，所以我預測就算部落會議運作了，可是其他的機關還是不見得會放手，就是一些動保法、一些森林法，一些本來不該有，包括原基法適用問題，所以我最主要說的是，因為在場很多法官和檢察官，如果在沒有，包括部落會議能夠去運作甚至有部落會議成立之後，又不能去修法去改變那些比較不公平法條的時候，司法的運作能夠讓他比較公平，萬一是這樣的時候。

主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

謝謝馬律師，因為實際上也講到一些重點，原民會在訂定相關法的時候，我想剛剛被點名

的幾個單位，都是與我們討論最久，而且不見得會有一些共識，所以這個部分是有必要一直協調，那我想這兩天也有很多很好的一些建議，其實是可以當作原民會將來透過這個研討會結果，然後把一些提出來重要的建議議題，可以形成未來政策的方向，來做一個處理。謝謝律師，各位還有沒有其他的問題？

與談人：黃長興委員

你是不是可以跟大家清楚說明部落是甚麼？部落的定義？舊時代的部落還是後來形成部落的部落？還是後來我們通過的部落？

主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

現在我們談到的部落是按照原基法第 2 條第 3 款所講的部落，我們都按照原基法的部落來做一個說明，因為實際上，現在的部落很多都是複合型的部落，就以我自己的部落來講，我現在是在春日鄉七佳部落，可是這個七佳部落是在民國 61 年形成的，在之前是屬於義泉村是平地的村莊，大概就只有十幾戶，但是因為舊部落發生水災之後，他們遷過來，其他部落也發生水災也一起遷過來，所以那個部落原來有三個舊部落複合在一起，一個是七佳、一個是立林、一個是龜重包括白鹿的，大概是四個部落，合成現在單一的部落，但是我們在做部落核定與部落調查的時候，有的像以委員您的部落是南和村，事實上南和是由兩個部落形成，一個是高建、一個是白鹿，那我們在做調查的時候，雖然是一個村，可能在大家觀念上是一個部落，但實際上細分的時候，還是兩個不同的歷史背景，而且還是不同來源的遷習部落，所以目前訂案還是由原基法裡面所說的部落來做調查，但是部落認為自己跟它不同有明確的界定之後，我們還是尊重部落的看法

與談人：黃長興委員

所以這個可能還要請鄉公所下鄉去做說明，因為他們所認知的部落是他們的家，因為過去是分散的聚落後來形成，那根據原基法這個說明的話，顯然鄉公所沒有把這個部落的定義講得很清楚。

主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

謝謝委員，因為政規處在前面兩年有做部落調查的業務，我想這個部分在做釐清，因為有 750 幾個部落已經形成了。

提問人：汪秋一

透過早上到現在，發表論文所提出的內容，大概都在槍砲還有原基法的相關條文去做論述的基礎，非常好。那也聽到有些專家學者，因為狩獵是原住民的傳統文化，是因為基於生存、文化的需求、甚至經濟的需求而有狩獵文化延續的活動，也因為狩獵的變遷，我們狩獵的方式也有所改變，但是我覺得狩獵的傳統到底是甚麼？其實這個非常重要，我自己有歸納，狩獵的倫理，包括知識、態度的，像這樣的精隨，如果把它建構起來，就變成我們狩獵的發源做為內含，因此像這樣的看法，將來可以導入成所謂的民族教育的內容，生態、氣候、動物等等的知識都在裡面，因為我不知道過去討論的議題是不是在這個方面，那我最後的結論是希望朝向這方面腳步或視野

去探討建構原住民狩獵文化相關的，融入在教育裡面，包括狩獵是健康的，剛剛教授提的非常好，我們拿著娛樂性的槍到山上，其實那是一種休閒的，我們為何不朝向這樣的方式，有一個現象報紙報導，保育人員反對原住民在運動會現場抓雞抓豬，結果原住民說這是我的傳統，是嗎？其實是錯誤的，我們狩獵傳統是在獵場，不是在運動場，所以我們的認知跟發揚光大是有一些落差，所以我才會提出這樣的感想，以上。

主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

謝謝汪長官的心得，實際上狩獵他最深層的就是文化，他也是一種分享跟生存的權利，**Sakinu** 他已經先離開，他一直在實踐這工作十幾年，在台東成立獵人學校，實際上我稱它為原住民的卡內基，他不是教你獵到很多的動物，他教的是獵人的精神教導許多的年輕人，怎麼認識大地、森林還有自然、天文知識等等，所以在前幾年我的工作有合作過，招生過將近 80 位高中生到文化園區辦獵人文化體驗營，其實所教的都是從文化層面去看這個問題，所以也特別謝謝汪局長的分享。各位有沒有其他的問題要提的？

我這邊還想了解一個問題也就是說，原住民的定義，平埔族也算是其中的一支，經過同化之後，現在沒有固定的聚落，希望也找到從歷史古今、博物館挖出來找到平埔族傳統歷史文化，如果高山族的原住民他們可以，那平埔族能有在法律上是不是有甚麼限制？因為據所知百分之 80 很多是有平埔族的血統，只是現在沒有歸類進去，可是我們真正有他的血統在，那這樣將來也要按照他們原住民朋友一樣，要加入這個所謂的傳統習慣的話，可不可以？法律會不會把他排除掉？因為剛好有法律專家、學者專家在這邊，可以給我一個分享。

其實我們原民會也有一個平埔族推動小組，平埔族的推動也在做一些努力，我們也知道平埔族是南島語族的一支，從台灣的歷史文獻可看得出來，甚至在兩年前我去印尼的時候，跟印尼國家檔案館要了 692 頁的歷史文獻史，是從來沒有被發表過，裡面的內容都談論到台南西拉雅族，當時傳教士、荷蘭人如何進來記錄當時部落狀況。

剛剛那位：如果這個歷史可以找得到的話，我們也希望能夠像高山族原住民的傳統習慣規範也要推行，台灣的法令是不是有限制這一塊，也是希望朝向原住民高山族同樣的待遇。

提問人：拔尚

部落的認定也是非常重要的工作，到底原民會已經核定的七百多個部落有沒有確定好，我有個建議，原基法在部落操作上有一些延伸的空間，如果原民會不敢去核定這個部落的內容，也許可以去做一個預告，去得部落同意，他是依照他的傳統規範組成的團體，所以原民會可以預告，讓部落去看原民會所訂的範圍、名稱、部落組成，這一方面給其他部會示範從事原住民的事務，讓還沒核定即使已經核定的部落，讓每一個部落都來檢視一下，經過原民會所調查的，特別是範圍牽涉到傳統領域，像有一些特別的情況，不同的部落共享一個範圍，這也沒有違背原基法的範圍，原住民基本的釐清之後才能進一步行使權利，維護權利。

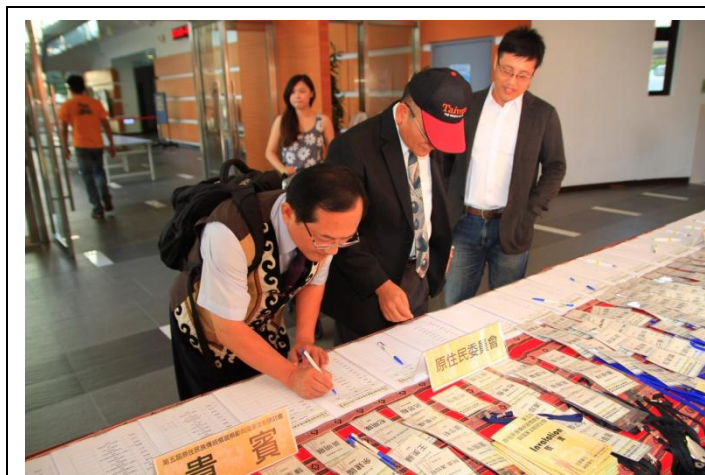
主持人：原住民族委員會鐘興華副主任委員

其實部落核定問不是很多，政規處花了兩年多的時間已經統計 732 個部落，剩 11 個部落問題還需要補正的。

原民會從民國 99 年做部落核定，核定程序由鄉公所開始，鄉公所調查完畢後要做一個月的公告，公告完後再送回縣政府做審核，由縣政府彙整各部落分批次送到會裡面再由會裡面再作審查，招集專家委員、學者做審查，已經彙整了 732 個部落並通報行政院做公告，目前為止還剩下 11 個部落還有一些歷史文獻、部落界訂還沒完成核定動作，預期短期內會招集會議對這 11 個部落做釐清。

第五屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

【影像錦集】



報到處實況



主辦單位鍾興華副主任委員致詞



與會貴賓蔡碧玉次長致詞



與會貴賓陳為祥秘書長致詞



杜東龍前部落主席專題演講



蒞臨貴賓合影

第五屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

【影像錦集】



司儀說明議事規則



專題演講實況



茶敘時間原住民風味餐點



與會貴賓於休息時間進行意見交流



會議實況



會議實況

第五屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會

【影像錦集】



會議實況



與會人員全景實況



會議實況



與會來賓進行提問



會議實況



會議實況

