

釋字第 803 號解釋部分不同意見書

蔡明誠大法官 提出

本件有關槍砲彈藥刀械管制條例及野生動物保育條例處罰規定，因涉及原住民族傳統習俗文化，而引發合憲性爭議問題。本號解釋肯定原住民從事狩獵活動之憲法文化權利保障，上開文化權利與環境及生態之相互平衡及保護應予並重，可資贊同。惟有關原住民從事狩獵活動之工具、狩獵採申請核准（許可）制及相關規定去刑罰化等爭議，本號解釋僅就系爭子法相關規定小部分，認其違憲，就聲請解釋之系爭母法相關規定之大部分，均認合憲，此等結論與本號解釋所欲揭櫫原住民狩獵之憲法文化權保護意旨有所不符，亦難以達到落實原住民文化權（文化權利）之目的。是本號解釋之結果，從保障原住民人權之憲法意識而言，其與社會期待是否相符，頗值得商榷，爰提出部分不同意見如下：

一、從尊重多元及包容差異之文化觀論憲法保障原住民狩獵文化權之意義

本號解釋闡釋原住民文化權之憲法保護及意旨，本院解釋首次肯定其為憲法權利，具有歷史意義。但其內涵容待未來實務及學理上更進一步詳加詮釋及完善補充。

（一）從國際發展而言

從國際人權保障之發展而言，有關原住民（族）文化權之承認及尊重，可從 1948 年 12 月 10 日通過之聯合國世界人權宣言(The Universal Declaration of Human Rights)第 27.2 條出發，亦即早在世界人權宣言，已宣示人人有權自由參加社會之文化生活(the right to freely participate in the cultural life of the

community)，享受藝術，並分享科學進步及其產生之利益。人人對由其所創作之任何科學、文學或美術著作而產生之精神與物質之利益，享有受到保護之權利。此對於文化生活與人類創作智慧有形或無形之精神與物質權益之保護及分享，係屬世界（國際）人權概念所涵蓋。又公民與政治權利國際公約（International covenant on civil and political rights）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。」此係國際就少數族群權利所提供之保護(Protection Provided by Minority Rights)，即指少數團體及其成員得以享有其固有之文化、宗教或語言之權利，並不得剝奪。另如經濟社會文化權利國際公約（International covenant on economic, Social and cultural rights）第 15 條：「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、文學或藝術著作所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。」¹該條第 1 項規定，從文化生活之參與、科學成果之

¹ 有關國際公約對於原住民文化權之論述，參照 Alexandra Xanthaki, Indigenous Cultural Rights in International Law, European Journal of Law Reform, Vol. 2, No. 3, p. 344-358(2000)，其分別從文化作為資產(Culture as Capital)、文化作為創作成果(Culture as Creativity)與文化作為生活方式(Culture as a Way of Life)面向探討，最後其認為現今國際法欠缺提供適當原住民文化之保護(Current international law fails to provide adequate protection for indigenous cultures)。國際所採取措施往往違反原住民之價值及理念。文化主要被以個人享有財產對待，目前大多採相關措施所提供保護僅係針對前述三項要素，而完全忽視次國家團體及保護其文化之權利(most relevant instruments offer protection only to these three actors, totally neglecting sub-national groups and their rights to protect their cultures)，該文提出之呼籲，值得深思。本意見書仍就前述三種面向解釋原住民文化權，較易了解其意義，但從

分享與科學、文學或藝術之精神與物質成果保護，此三者正是國家應保障少數族群（原住民族）固有文化之重要內涵。

再者，聯合國 2007 年 9 月 13 日第 61 屆聯合國大會通過原住民族權利宣言，其中第 11 條及第 31 條規定，原住民族有權之實施，並提振文化傳統與習俗，對於原住民族之文化遺產、傳統知識及傳統文化表達之智慧財產，並應採取有效之措施，承認並保護此等權利之行使。²學理上，有從前述國際公約及宣言而論，將原住民文化權，包含生活方式(Way of life)、文學藝術建築等之人格精神創作(Creation; Schöpfung)（即如傳統智慧創作）與有形（物質）資產(Capital; Leistungsschutzrechte)（即如文化資產所保護之古蹟或歷史建築等有形文化產物）等要素，將之歸屬除公民權及社會權等人權以外之第三代人權之範疇。³換言之，原住民文化權，並不同於無形之智慧財產或有

學理及實務運作上，仍應留意，本席向來主張智慧財產權用語未涵蓋智慧人格權，故其智慧財產權用語並不完善，認為應以智慧權用語取代，此想法亦可運用於文化權概念之界定，所謂文化權非僅係個人財產利益保護，係含有財產與人格（精神）雙重性格之總有概念，特請留意並供參考。

² 有關聯合國原住民族權利宣言中英文一網站版，參見原住民委員會聯合國原住民議題常設論壇 (UNPFII) 網站：<https://www.cip.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=865E99765D714714&DID=0C3331F0EBD318C2600DB1785159A3BE>（最後瀏覽日期：110 年 5 月 4 日）。

³ 學理上，有以政治哲學角度，從相關國際規約、或是宣言著手，由聯合國、區域性國際組織、到聯合國教科文組織，找出關鍵性的條文、或是文字，藉以考察文化權如何在原住民族落實連結國際條約及人權宣言等國際觀察，來看文化權的正當性何在。此等探究文化權之論點，亦可供本件相關原住民族狩獵文化權之概念形成及界定之出發，亦即茲係兼顧廣義及狹義文化概念，參考 Elsa Stamatopoulou 與 Joanne Bauer（2004）之見解，檢視聯合國相關文獻，將文化分為生

形之物質文化資產，其有高度之意涵，既蘊含集體與個人文化權益，亦涵蓋無形與有形之文化生活及創造成果之保護及分享。有關本件原住民（族）狩獵、捕魚及採集之傳統習俗之固有權，因其難以典型智慧財產(intellectual property)所涵蓋，故另有將之納入無形文化資產(intangible cultural heritage)之範疇，亦即比典型智慧財產更廣泛之原住民（族）文化權(Indigenous Cultural Rights)。綜上，前述國際相關人權宣言，解釋上雖無法之拘束力，但其就原住民（族）個人及集體文化權（人權）保障之理念，在內國法律解釋及實務運作，仍有其參照之價值。⁴況且上述兩公約，在我國業已於 2009 年正式國內法化，承認其所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。

活方式(way of life)、藝術暨科學創造(creation)及物質資產(capital)三大類。另國內學者有將「原住民族的文化權」，指原住民族在文化層面所享有之人權，歸屬於所謂第三代人權，而按個人權與集體權、文化認同與文化資產兩個面向將之區分四大類。以上說明及參考文獻，係參照施正鋒，原住民族的文化權，台灣原住民研究論叢，3 期（97 年 6 月），頁 2 以下。

⁴ 學理上，有比較美國法關於原住民文化權之見解，就美國印地安人之狩獵權，係屬原住民主權(aboriginal rights)之延伸，是附隨在土地上與生俱來之權利(inherent right)。將其定性為附屬於部落全體之集體權，而不是附屬之個人權。但臺灣學者認為此種集體權，從未出現在臺灣法令中。對於統治者言，部落沒有任何意義，個人才是法律規範之對象。且認為僅將原住民狩獵之目的，限縮於文化祭儀、自用，是不符合原住民之基本需求，亦不符合人權公約中關於文化權之要求。（參照鄭川如，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，第二屆傳統原住民習慣規範與國家法制研討會，行政院原住民委員會，2010 年 10 月，頁 342, 347, 352-354，另刊載於台灣原住民族研究學報，2 卷 1 期（2012 年/春季號），頁 101 以下。）且有從兩人權公約探究原住民狩獵權之內涵，認其兼具集體權與個人權之屬性者，例如鄭川如，從兩人權公約檢視原住民狩獵權，輔仁法學，52 期（2016 年 12 月），頁 217-218。

⁵是其具有法規範之效力，更不容忽視。

（二）從歷史發展而言

從臺灣發展史及原住民知識體系觀察，原住民之稱呼，從往昔番族、高山族或山胞等用語，嗣後在法制上，改稱為「原住民（族）」，逐漸使臺灣原住民（族）得以正名，是既然稱之為原住民（族），自顯示正式肯定臺灣原住民（族）在此土地成長及發展之早先性。就本件而言，在尊重與保護原住民傳統文化，同時應尋求狩獵文化與環境自然生態之相互平衡，實不宜認為兩者存在難以諧和(non-harmonized)之衝突，反而基於平衡觀點及理念，嘗試儘力促其兩者之平衡發展。尤其不容忽視者，面對原住民文化早先性及特殊性，在制訂或修正槍砲彈藥刀械及野生動物等法規予以強制或禁止之強行性規範時，不容忽視業已存在原住民族固有傳統習俗文化之社會力、原住民族群社會習慣之特殊性，與給予原住民參與規範形成之機會，與自主管理制度設計及落實。因原初社會之習慣形成，不應單從類似民法第 1 條所稱之習慣（法）出發，因民法就習慣（法）之效力，除若干規定認為特殊習慣，例外上具有優先性者外，原則上認為其僅具補充性或補充效力。若以民法所稱習慣概念作為原住民相關傳統習慣之定義，忽視習慣作為規範之社會力，實非進步之正確作法，亦與尊重及保障原住民意識之發展趨勢及方向，背道而馳。

臺灣原住民族目前有 16 族，雖整體原住民人口數，與臺

⁵ 參照民國 98 年 4 月 22 日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 2 條規定，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。

灣人口總數相比，所占比例甚少⁶，但原住民族有其文化特色⁷，且正因其屬於少數族群，更應參考外國及國際尊重原住民文化之立法例及實務運作經驗，在我國憲法及原住民法體系上，增加其權利保護強度，並積極維護相關法律及社會文化制度之健全發展。尤其是如何在個案權利保護，顯示對於此土地上原住民保護意識之決心及意志，職是，本件原住民狩獵文化權之肯定及落實，並應試圖解決現今引發之相關法律爭議，方是本號解釋所需要面對且具有歷史責任所在。換言之，本號解釋應使社會看到本院對於原住民文化權之尊重及落實，以符合本院解釋向來所秉持保障及維護個人及少數族群文化之意旨及目的。

（三）憲法保障原住民狩獵文化權之內涵

從憲法保障原住民狩獵文化權之內涵而言，可能因所強調重點之差異，而生不同之見解，固屬常見。重要者，如何藉由

⁶ 目前原住民族約有 57 萬 5067 人，占總人口數的 2.4%。經政府認定之原住民族為：阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族（達悟族）、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族、撒奇萊雅族、賽德克族、拉阿魯哇族、卡那卡那富族等 16 族。（參照原住民委員會網站資料，<https://www.cip.gov.tw/portal/docList.html?CID=6726E5B80C8822F9>（最後瀏覽日期：110 年 5 月 6 日）。

⁷ 傳統原住民獵人，平時在獵場巡繞、觀察、管理、祭祀，接著發現動物、決定出獵、占卜（夢占及鳥占）、祭祀、追逐、捕獵宰殺、獵物解剖與分配、返家後獵物處理、食用、供奉神靈等過程，是文化的連續實踐行為。就狹義而言，狩獵純粹指獵人對獵物的搜尋、埋伏、置放陷阱、獵殺、解剖、搬運及食用等獵捕過程。若以廣義而論，狩獵極為文化行為，強調獵捕行為所蘊含的知識、社會規範、禁忌以及各類習俗等。原住民族沒有文字書寫傳統，諸多知識必須透過實際生活實踐，才能維持其功能與意義，也才能傳承發展，並賦予生命。參照本號解釋鑑定人浦忠勇，爭點題綱 4 之書面鑑定意見，頁 1～2。

本號解釋使國際及國內有識之士，肯認本院解釋對於原住民（族）人權保障之意旨及少數族群權益保護之意識。因此，原住民狩獵文化權之內涵，宜認為其具有原住民文化保障之個人基本權(Grundrechten)及集體權之雙重權利內涵，而非僅是基本國策性質而未含有具體或抽象權利內容之方針規定，抑或解為國家目的規定(Staatszielbestimmungen)⁸之性質，而未具體主觀性具體權利之內涵，但其具有客觀性之功能，往往須透過國家目的規定之支持，藉以強化其基本權保護之效力。

如前所述，可見原住民文化權之定性及內涵，可能因不同觀點，而有不盡相同之見解。但對於文化權之肯定及其落實，對於現代民主法治國家應不容忽視。另就原住民文化權歸屬觀之，其不宜單純從主觀公權利或民事法律關係中之單獨個人所有或共有（即採分別共有與共同共有兩分法）之個人權利本位觀點出發。由於傳統文化之原初社會所採以特定共同體所屬成員身分而取得權利之總有觀念⁹，對此等權利歸屬問題之解釋，

⁸ 例如德國基本法第 20a 條，於 2002 年 6 月 26 日基本法修正，事後增訂動物保護 (Nachträgliche Einfügung des Schutzes der „Tiere“作為國家目的(Staatsziel)，以填補舊規定之漏洞，改善動物之有效保護。(參照 Peter Badura, Staatsrecht, 7. Aufl., München: Beck, 2018, D44; Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL Oktober 2020-Beck-online, Art. 20a Rn. 59.)有關自然環境(die natürliche Umwelt)及動物保護(Tierschutz)規定，因其僅解為國家目的規定之性質，解釋上有認為。因其不具基本權內涵，惟可透過國家目的規定之支持及強化基本權保護之效力。(參照 von Coelln, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Grundgesetz, 4. Aufl., München: Beck, 2020, Rn. 9.)

⁹ 因我國現行民法參考瑞士民法分別共有與共同共有（合有）兩分法之共有觀念，並未採總有之概念，所謂總有概念，則日本民法第 263 條有關入會權所採，並為我國原住民傳統智慧創作條例所創設之原住民智慧創作專用權亦所採，並有認為入漁權因僅得漁會或漁業生產

或許具有其歷史意義。亦即原住民欲享有該所屬族群或部落之狩獵文化權，既非純屬於其個人之狩獵權(Jagdrecht)，亦非該族群或部落之共同共有型態之所有權狀態，而宜解為總有形態之歸屬及利用關係，即基於原住民族團體或原住民個人或團體族群從事傳統習俗文化之從事狩獵之活動或行為，而取得及分享獵物之狩獵文化權。性質上其係獨立成類之獨特權（特殊權利）(sui generis)¹⁰。質言之，如具有原住民族團體或原住民個人之身分，始得享有兼具個人權與集體權內涵之基本權，即指該原住民（族）文化權，性質上其非屬單獨所有或共同共有之多數共有之型態，亦即倘若不再擁有其所屬原住民之身分，隨之喪失其原先享有前述獨特權。

合作社享有，該社員始得入漁，其用益權限，與總有頗為相類。（參照謝在全，民法物權論，上，臺北市：新學林，109 年 9 月修訂 7 版，頁 355 註 2。）另依漁業法第 20 條及第 27 條第 2 項規定，漁業權視為物權，除本法規定者外，準用民法關於不動產物權之規定，且入漁權之共有人，非經應有部分三分之二以上之其他共有人之同意，不得處分其應有部分。前述規定，於共同共有準用之。惟從民法本身規定而言，有關總有(Gesamteigentum)之歸屬及利用之規範及制度，並非現行民法所承認。所有權歸屬於特定之共同體或綜合體(Genossenschaft)（例如村落），不具獨立財產權，但於全體利益與個人利益一致之範圍，而許成員個別權之行使。其個別權乃為全體利益所統制之利用權，故總有為絕對的所有權與絕對的國家所有權之間的型態。（有關總有概念，參照史尚寬，物權法論，臺北市：作者發行，60 年 11 月臺北 3 版，頁 138-139；謝在全，前揭書，頁 355 以下。）有關原住民傳統智慧創作專用權，受到永久保護。縱使智慧創作專用權人消失者，其專用權之保護，仍視同存續；其專用權歸屬於全部原住民族享有。

¹⁰ 學理上，主張獨特權（特殊權利）者，參照蔡志偉之本號解釋言詞辯論時之鑑定意見，頁 9。基於特殊權利觀點，認為原住民族權利，絕非單純採以積極平權措施之概念所得理解，亦非僅以平等權之憲法審查所能涵括。是原住民族權利於我國法中，將之定性為特殊權利。

二、狩獵申請許可制度之存廢論

野生動物保育法第 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者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。本號解釋肯認前開規定所稱傳統文化包含非營利性自用之部分，惟僅限於一般野生動物，保育類野生動物部分，採特別嚴格之管制手段，僅於特殊例外（例如野生動物族群量逾越環境容許量之情形），始得予許可。惟本號解釋卻認同條第 2 項前段規定（前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准），尚不違反比例原則。既然原住民從事狩獵活動之文化權利受憲法所保障，原住民生活文化之形成，應受到尊重，公權力不應過度干預。¹¹且如採原住民狩獵事前核准（許可）審查制，與本號解釋肯定原住民(族)傳統習俗之固有狩獵文化權之本質並不相符，此看法亦不利於原住民文化權之落實。縱使有公權力干預介入之必要，應以原住民（族）自主管理為優先考量，而非事前審查，故改以事後報備為當。

再者，系爭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，係基於野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項規定訂定，此係其授權之法源依據。從實務運作情形而言，本號解釋就前揭管理辦法部分規定（例如獵捕動物種類及數量），因其事件發生難以預期或或活動不定期等之不確定因素，

¹¹ 有認原住民族在傳統獵場中對傳統領域野生動物所進行之獵捕、宰殺或利用，因所獵捕之野生動物亦屬於傳統領域權下之自然資源，僅須依其部落之利用規範為之，完全不必再依野生動物保育法及其子法申請主管機關核准。（參照黃居正，憲法解釋與原住民權利，收載於廖福特主編，憲法解釋之理論與實務，臺北市：中央研究院法律學研究所籌備處，98 年 7 月，頁 441。）

認為其違反比例原則。惟既肯定系爭母法規定之申請許可無違憲之疑慮，原住民提出申請狩獵許可之申請書、審核書及報告書，不問其是否事前可得預期，在現實狀況，獲取獵物多寡之因素固多，事前除非先為總量之上限管制，且申請書所提出狩獵種類數量，總是粗估或預估性質，否則何必事後另需要回報之狩獵種類數量，因此，既認為申請許可制度合憲，且其基於前開母法授權訂定許可辦法審查，實務運作上其要求事前提出狩獵種類數量或事後報告，以供審核，勢所難免，故真正癥結係在於母法申請許可制是否有違反比例原則（過苛禁止原則）之違憲情事！

從違憲審查觀點，真正問題在於其狩獵申請許可制度是否因採事前審查制是否違憲，亦即採取事前審查之狩獵申請許可制，對於該憲法保障原住民狩獵文化權有無干預(Eingriff)或限制過苛之爭議。是本號解釋未從申請許可制度相關母法作為審查標的，卻著重於經授權訂定許可辦法所要求獵捕動物之種類數量等事項作為違憲與否之審查對象，此小部分宣告系爭許可辦法違憲，實有所不足，並不如宣示系爭母法事前核准（許可）制違憲，從積極賦權行動（積極平權措施）（affirmative action）進而創設獨特權之權利內涵，如此將更可顯示本號解釋保護原住民（族）狩獵文化權之意旨及目的(Sinn und Zweck)！

另現行原住民申請自用狩獵之許可制度而言，目前相關機關有修正前開許可辦法之想法，擬將以自用為目的之狩獵類型，亦就未來原住民狩獵活動仍然須受事前審查，並將按不同情況設有三種類型，例如規劃區分逐次申請備查制，狩獵前向地方主管機關申請許可，於狩獵活動結束後，再提出狩獵結果進行報備；非逐次申請，一定期間自用狩獵事前一次申請，事

後一次備查；狩獵自主管理制（與行政機關協商並訂立行政契約），替代行政處分，自用狩獵之自主管理，無須逐次申請及逐次向主管機關提出報告書。以上緩和措施，有認為其係基於原住民族主體與政府對等協議訂立公私協力契約與自治自律公約之法律架構，放寬目前單一架構之事前申請許可之管制類型，藉以形成符合現代社會原住民族狩獵之規範。¹²以上可見，相關機關已發現現行相關規定及制度之不足，正思考改善之政策或措施，反而本號解釋卻採取現行相關規定及制度之肯定態度或肯認現行規定合憲，如此解釋之結果，是否意味著相關機關毋庸再修正之必要？因此，本號解釋未適時掌握此一重要關鍵之機遇，糾結在自用與環境生態及動物保護如何平衡，而未考量原住民（族）狩獵文化權議題之特殊性，給予特別處理，將聲請人所期待透過本號解釋解決其爭議問題之最後希望，於此僅以合憲、合憲性解釋或不受理等方式回應，恐無助於實務界解決棘手之系爭問題，甚至可能有為德不卒之憾！

三、自製獵槍安全性衍生規範不足之問題

就系爭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、運輸或持有獵槍，供作生活工具之用者，以自製者為限，始能免除刑罰，且不及於空氣槍。本號解釋認

¹² 詳如關係機關農委會於言詞辯論之補充說明。其中，該會已擬定野保法第 51 條之 1 規定修正草案，納入獵捕保育類野生動物之罰鍰，除補足原本僅規範一般類野生動物而無針對保育類野生動物進行處罰之衡平性外，亦僅課以罰鍰，使原住民獵捕對象無論係一般類或保育類野生動物，皆去刑罰化。此外，該會亦同時檢討現行之事前審查制，使之貼近原住民族傳統狩獵之慣習，例如近年已經開始在全台各地全面推動之原住民狩獵自主管理試辦計畫，希望透過組織自治或回報制度，在學術單位之監測下，進行更適切之管理。

為前開系爭規定，立法者僅就原住民自製獵槍（魚槍）之相關行為予以除罪化，不及於非屬自製之獵槍（魚槍）或其他槍枝種類（例如空氣槍），核屬立法者衡酌原住民以槍枝供作生活工具之用之合理範圍，以及原住民自製之獵槍，其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，對社會秩序可能之影響等相關因素所為立法政策之選擇，尚不生牴觸憲法之疑慮。亦即系爭規定一就除罪化範圍之設定，尚不生違反憲法比例原則之問題。就上述見解而言，並未正視現行自製獵槍所發生安全之疑慮，故根本之道，本號解釋實不宜僅以立法政策選擇而為合憲之結論，否則恐難以要求相關機關藉此機會重新檢討自製獵槍之相關政策或措施及前述系爭之母法規定！

從臺灣獵槍及魚槍管制及放寬措施發展而言，在 72 年制定槍砲彈藥刀械管制條例時，曾就獵槍及魚槍專供生活習慣特殊國民之生活工具者，擬已訂定子法管理，但當時惜未就自製獵槍有所著墨，且因制式獵槍改列為管制品，不得販售給原住民狩獵之用，轉以製造結構簡單之非制式定裝彈藥之前膛槍，作為狩獵之槍枝來源。85 年修正前述條例時，限期（6 個月內）訂定生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法，當時僅係將 72 年至 85 年間，原住民因無槍彈可用，而將自製前述前膛槍，就地合法化，亦即獵槍之許可範圍，限於自製或繼承他人自製者，論者認為此時方正式將自製概念納入我國法令規範之中。之後，陸續修正相關管制規定，其始終許可範圍限於自製獵槍，基於槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 15 條規定，原住民因傳統習俗文化，供作生活工具之用，得申請製造、運輸或持有自製之獵槍或魚槍，並於同辦法第 2 條就自製獵槍為用詞之定義，解釋上將自製從自行獨力，擴及非以營利為目的之原住民協力，其概念有擴張解釋之用意，但將其限制於一定結構及性

能，在警察分局核准之地點製造完成，該自製工具供作生活所用。由於自製獵槍所涉及技術頗具專業性，如製造方法或材料不夠精良，致生自製獵槍之安全性堪慮，且實際上發生膛炸等危害使用自製獵槍之原住民身體等事件，時有所聞。因此，立法者雖基於原住民(族)傳統習俗文化從事狩獵之活動或行為，予以肯認，但在自製獵槍之管制，恐有為德不卒之虞，而實際上難達成安全性獵槍之製造及提供之理想。如從憲法保障原住民人身安全意旨觀察，此與國家維護原住民狩獵文化權准許其使用獵槍作為狩獵工具之本旨，未免有扞格之處。

綜上，本號解釋既已一方面肯定原住民文化權利，但另一方面卻對認系爭規定一符合比例原則（過苛禁止(Übermaßverbot)原則）。惟如前所述，自製獵槍，係槍砲彈藥刀械管制條例制定之後，陸續基於社會要求，陸續放寬限制而發展出之概念，在自製者包含在一定要件下由他人協力製造，因此可見原住民狩獵工具如依法容許使用獵槍，實際上目前自製獵槍相關規範顯有不足之情形，即就狩獵工具之現行規範不足，致生難以符合傳統習俗文化從事狩獵活動或行為之安全保障，此亦應認為憲法保障原住民狩獵文化權之核心內容。換言之，如從我國多年來前述修法過程及規範內容之更迭觀之，現行自製槍枝管制之標準，並非牢不可破之之界線。況且目前未能提供安全獵槍所造成社會問題，已層出不窮，此正是國家對於此等規範不足(Untermaß)之現象，自有導正及排除之防衛義務，有如前揭公政公約第 27 條一般性意見中，要求國家（政府）採取積極保護措施，制訂相關法律制度，以確保原住民之傳統生活方式得以繼續進行，是如在政策上既准許原住民狩獵，卻於獵捕工具上過度設限，導致原住民狩獵發生人身之危險，在此情形，國家所採取措施，已非國家管制過多(zu viel)，

亦即其所欲達成管制目的之手段必要性及均衡性（相稱性；相當性；期待可能性（Zumutbarkeit）之問題，而係國家為達成保障原住民狩獵文化權目的之規範所作過少（zu wenig）之問題，即指要求國家採取有效性（Effektivität）之手段，以落實原住民（族）狩獵文化權之保護措施，並在不妨害公共安全或他人人身安全等法益保護之情形，是其規範重心，應在於獵槍之製造專業性及使用安全性，而非專注於自製或非自製、或自製可能文義範圍如何限縮或擴張解釋之情形，因自製一詞之文義，相當明確，無論如何解釋或補充其概念內涵，似難以達到前述如何提供安全獵槍之目的。換言之，關於原住民從事狩獵活動之工具部分，因國家未盡前述保護義務，並積極採取保護原住民（族）狩獵文化權之措施，故其實已非比例原則中欲達其規範目的所採手段之必要及其手段所造成損益間之均衡問題，亦即宜認其係屬「規範不足禁止」（Untermaßverbot）原則中手段選擇之有效性判斷之問題。因此，本號解釋就系爭規定有關原住民從事狩獵活動工具安全性所衍生之規範不足現象，應宣示其違憲，使立法者重新檢討現行原住民（族）安全獵槍相關立法及行政措施，以消除未具安全性之自製獵槍所引發之危險狀況。

四、原住民傳統文化之狩獵活動是否包括自用之問題

如前所述，狩獵活動，將其認定為憲法保護文化權，固值得肯定。惟此原住民傳統文化及祭儀，是否自用，目前主要規定於原住民基本法第 19 條，原住民得在原住民族地區及經中央原住民族主管機關公告之海域依法從事下列非營利行為，其中包含與本件有關獵捕野生動物，但於同條第 3 項規定，其以傳統文化、祭儀或自用為限。換言之，原住民在特定區域得依

法從事非營利獵捕野生動物，其獵捕目的限於傳統文化、祭儀及自用。細譯其法條文義，傳統文化、祭儀與自用係屬不同三種活動或行為之目的。且如從狩獵目的出發，是否以傳統習俗生活文化活動作為其核心概念，如此則狩獵之目的，可能係為祭儀自用或其他文化目的，故自用或祭儀僅是傳統習俗生活所從事狩獵文化活動目的之例示而已，亦可能涉及法律解釋方法或法之補充之方式選擇問題。再從前述原住民狩獵文化活動之結果而言，原住民狩獵成果之分配，通常是其分享獵物文化之展現，亦屬於狩獵文化權之核心內容。因此，如僅限於傳統文化及祭儀，但在狩獵活動或祭儀完成後，該獵物通常與參與部落或參與文化活動之親屬朋友或客人分享，即除獵物之自己食用外，另為非營利目的供他人食用，亦屬常見。因此，在前述原住民基本法規定，比較系爭野生動物保育法未明定自用目的之獵捕、宰殺及利用野生動物等情形，前者更加周延。且從原住民狩獵活動發展歷史觀之，往昔狩獵活動主要以生業或生計為其目的，亦即所謂生計性漁獵(subsistence fishing and hunting)，指與自己或家人生存相關之狩獵行為，比我國原住民基本法第 19 條所稱非營利自用狩獵之涵蓋範圍更寬，其包括食用及販賣謀生之用。¹³因此可見，自用係屬原住民狩獵文化權之內涵，如不將自用參照原住民基本法規定將之成為狩獵獨立目的之一，亦宜將之涵蓋為傳統文化之範疇，較為妥當。

綜上，目前臺灣原住民狩獵活動逐漸減少，此現象發生之原因，難謂屬單一因素所致，例如因獵場或獵物減少等因素受限，凡此均有待學者專家另深入探討。如前所述，從原住民文

¹³ 參照裴家騏，鑑定人意見書---限制原住民族狩獵集體權之合憲性疑義，頁 1 註 2。

化權觀點出發，「自用」如無法成為單獨概念，亦應將之納入傳統文化概念中，以符保護原住民狩獵文化權之意旨及目的。因此，為因應前述就原住民基本法有關自用之概念及相關規定之解釋及釋義理論之發展，如將自用概念涵蓋於傳統文化之範疇中，固較無疑問。在未修正法律將自用納入系爭規定之前，縱使採嚴格文義解釋者，如認為傳統文化並不包含自用，茲仍宜認為其得採類推方式，補充其法律漏洞。

五、原住民(族)狩獵行為或活動規範之立法鬆綁與全面性去刑罰化之問題

由於法令之禁止，過著靠山吃山之原住民(族)經常因違反森林法、野生動物保育法與槍砲彈藥刀械管制條例而遭起訴。¹⁴從本號解釋多位聲請人的原因案件中，可見此等現象之存在。退而言之，縱認事前許可制之系爭母法規定合憲，惟現行管制相關規定採取刑罰為管制手段是否具有有效性，亦可能發生違憲之疑義？特別是現行有關原住民自製獵槍及獵捕一般類野生動物之去刑罰化，可見立法者對於原住民狩獵文化之尊重，有朝向逐漸放寬之趨勢，此用意值得肯定。但在法之體系及規範內容而言，往往運用本件系爭規定，先於槍砲彈藥管制或野生動物保育規定納入特別條文規定，隨之授權訂定許可或管理辦法，此立法體例，在一般法規中，頗為常見。惟其未充分考慮原住民(族)文化之特殊性，作出通盤法規範之「普通法化」之制度設計。目前特別法方式，甚至以較低位階之法規命令作為規範依據，亦值得商榷。因其涉及刑事或行政制裁，

¹⁴ 參照鄭川如，論兩人權公約中原住民狩獵權漁業權的內涵，台灣原住民族研究季刊，7卷3期（2014年/秋季號），頁84。

較理想方式，應以法律明文規定為當，以符法律保留原則。

另從系爭規定涉及刑罰及行政罰制裁相關規定之法體系整體觀察，現行野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項雖明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 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。又第 51 條之 1 規定，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。在前開規定之適用時，轉致適用多條規定後，如又回到第 41 條第 1 項第 1 款規定，亦即因有未具第 18 條第 1 項第 1 款之要件，獵捕、宰殺保育類野生動物者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰金。此轉致適用法律之結果，因狩獵未經許可或構成涉及三種不同保育類野生動物等處罰要件，而受刑罰制裁。在此情形，可能抵銷前開第 21 條之 1 第 1 項規定原欲基於傳統文化、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 項等規定限制之立法鬆綁之本意。

又縱使立法者或相關機關欲全面禁止保育類野生動物之狩獵，因現行保育類野生動物區分為三種，且其細節性規定仰賴主管機關之審核及公告，尤其是其他應保育之類別不甚確定，以不確定類型，使受規範者限於刑事制裁之風險，亦值得商榷。尤其是保育類野生動物有更準確之類型化，並分級管理，且以去刑罰化為管制原則，如有制裁非營利目的之違法狩獵行為或活動之情形，應優先考量行政罰之制裁，因從刑罰目的觀之，以刑罰作為禁絕原住民（族）違法狩獵之活動或行為之嚇

阻手段，其實效性仍值得深思。

再從司法實務運作觀之，由於原住民狩獵之部分活動，如前所述，現仍可能受到刑罰制裁，且刑法之解釋，原則上應遵守罪刑法定主義（原則）(Gesetzlichkeitsprinzip)，即如類推禁止(Analogieverbot)、刑罰創制或刑罰加重之習慣法禁止(Das Verbotstrafbegründenden und strafschärfenden Gewohnheitsrechts)¹⁵、回溯既往禁止、明確性要求（不確定刑法及刑罰禁止）。¹⁶惟法規設計往往存有漏洞，在有利於行為人之可相比較之事實所適用其他類似規範，宜得以類推(Analogieschlüsse)¹⁷或依原住民族習慣（法），補充法之漏洞。因此，藉由上述看法再探究傳統文化祭儀與自用在原住民狩獵文化之意義，或為法律之解釋或適用。

且雖禁止對行為人之行為適用習慣法，而創制刑罰或加重

¹⁵ 德國學理上，對於刑法類推可適用有利於行為人之情事，或習慣法作為減輕或不構成刑罰之阻卻違法或減輕刑責之事由。（參照 Joecks/Jäger, StGB, 13. Aufl., München: Beck, 2021, §1 Rn.2, 8, 9, 16.）另有類似見解者，認為經由習慣法排除刑罰之適用、其他法律領域之習慣法原則影響及於刑法與不排除藉由習慣法強化刑法總則有關刑法概念之解釋及釋義理論之發展。（參照 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, . 28. Aufl., München: Beck, 2014, §1 Rn.3.）

¹⁶ 參照 Roxin/Creco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5 Aufl., 2020, §5 Rn.7 ff., 26ff., 45ff..

¹⁷ 學理上，不排斥對行為人有利之類推適用刑法者，因為罪刑法定原則本來在保護個人之自由權利，免受事後創制刑罰或加重刑罰之類推。如對行為人有利之類推適用，並不致於違反上開目的，故採類推禁止之例外。參照林山田，刑法通論，上冊，臺北市：作者發行，2008年1月增訂10版，頁84-85；林鈺雄，新刑法總則，臺北市：元照，2019年9月7版，頁42；Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 63. Aufl., München: Beck, 2016, §1 Rn.22（參照 BGH 28, 55）。

刑罰，但在阻卻違法性要件或其他對行為人減輕負擔之規定，亦得適用習慣法，以阻卻刑罰之處罰或減輕其刑罰。¹⁸亦即在肯定原住民狩獵文化權同時，就原住民傳統習慣規範效力亦一併加以肯認，促使原住民習慣（法）作為原住民行為處罰阻卻違法或免責之參酌因素，以強化本號解釋所肯認原住民文化權之憲法意旨及目的。

六、強化原住民自主管理之理念及制度保障---再思考原住民基本法所定原住民族諮商同意權之落實

依原住民基本法第 21 條規定，政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益。政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之。此係明定原住民族之諮商同意運用模式。在現行實際運作上，外界有認為因主動權力往往操諸於主管機關，致原住民方面屈居於被動一方，或許較易實現者係諮商部分，至於同意權之行使，以達原住民自主管理理想，尚有差距，使前述原住民基本法所賦予原住民共同參與之意旨，並不易落實。

再從本件原因案件之前述系爭管理辦法規定觀之，有關原

¹⁸ 德國學理上，對於刑法類推可適用有利於行為人之情事，或習慣法作為減輕或不構成刑罰之阻卻違法或減輕刑責之事由。（參照 Joecks/Jäger, StGB, 13. Aufl., München: Beck, 2021, §1 Rn.2, 8, 9, 16.）另有類似見解者，認為經由習慣法排除刑罰之適用、其他法律領域之習慣法原則影響及於刑法與不排除藉由習慣法強化刑法總則有關刑法概念之解釋及釋義理論之發展。（參照 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, . 28. Aufl., München: Beck, 2014, §1 Rn.3.）

住民獵捕活動許可之申請，係採取定期性於 20 日前，及非定期性於 5 日前提出申請，就原住民個人之申請人，其資格應經轄區內部落會議通過，就資格審查而言，原住民部落會議，就申請案件之資格，固有表示意見之機會，但有關申請案件之審核，是否已符合前揭原住民基本法第 21 條規定諮商同意之意旨，仍值得推敲。尤其是在審核過程，係由原住民所在鄉（鎮市區）轉核申請案件，最後由直轄市縣市主管機關核准，此審核過程及個案判斷，概委行政部分之轉核及個案最終判斷，此以行政力過度介入之運作模式，與前述原住民基本法所欲確保原住民族之諮商及同意之共同參與或自主管理之設計意旨，是否相符，亦值得商榷。

七、結語與展望

多年來，臺灣原住民法發展及原住民權益保護意識，在各界努力，已逐漸上軌道。惟在「好可再更好」之期待下，相關機關仍再強化原住民文化保護意識之努力空間，在法體系及法律制度方面，應鼓勵更多有志人士研究原住民法學，並相關機關亦應積極促進臺灣原住民法規範體系之完整性，克服有關原住民（族）現行規範之不足或失調現象，即時克服法體系之矛盾，補充立法之疏漏，以符憲法保障原住民人權之意旨及目的。

另在系爭規定之受理範圍方面，本號解釋未就野生動物保育法第 41 條¹⁹規定一併受理，不利於釐清目前相關憲法疑義，

¹⁹ 野生動物保育法第 41 條

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

且可能失去促使相關機關盡速檢討現行野生動物之管制制度之機會，故對其不受理之妥適性，值得商榷。因該等規定攸關部分聲請人可能受該條處罰，或法官聲請案涉及相關案件處罰規定之依據，如不予受理，使本件釋憲案件有割裂處理而欠缺其更完整評價，致本號解釋所肯認原住民狩獵文化權之意旨及落實，大打折扣。縱使認為其是否法律見解歧異²⁰或非具重要關聯性，但從往昔本院解釋，就有明顯事實，足認屬於相關範圍者，不得為割裂之認定，始能符合立法之本旨，並不乏採取整體評價方式，整體觀察有聲請案件之相關規定²¹，納入一併

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。

於劃定之野生動物保護區內，犯前項之罪者，加重其刑至三分之一。第一項之未遂犯罰之。

野生動物保育法第 42 條

有下列情形之一，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：
一、未具第十八條第一項第一款之條件，騷擾、虐待保育類野生動物者。

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，騷擾、虐待保育類野生動物者。

於劃定之野生動物保護區內，犯前項之罪者，加重其刑至三分之一。

²⁰ 參照最高法院 106 年度第 2 次刑事庭會議（一）（決議日期：民國 106 年 2 月 7 日）雖有採甲說（應依野生動物保育法第 41 條第 1 項第 1 款之規定處罰），但決議採乙說（否定說，不違反野生動物保育法第 41 條第 1 項第 1 款之刑罰規定），即認為不能因野生動物保育法第 51 條之 1 僅規定對於未經許可獵捕、宰殺或利用「一般類野生動物」科以行政罰，即認同法第 21 條之 1 第 1 項所謂野生動物僅指一般類野生動物而不包括保育類野生動物。

²¹ 在行政法釋憲案件方面，本院釋字第 236 號解釋，「就所徵收之全部土地整體觀察之，在有明顯事實，足認屬於相關範圍者，不得為割裂

審理，且就涉及刑事處罰，事涉受規範者之人身自由或財產等基本權之干預，如採整體觀察及評價，將相關規定納入受理範圍，以期更公允且完整審查釋憲案件。

臺灣原住民族有 16 族，與世界有原住民之國家相比，在現代臺灣逐漸發展出尊重多文化及包容各族群差異之社會特色，期待有迎頭趕上之一天。如從原住民人數所占臺灣人口比率而言，其係屬少數族群，對於原住民文化權之保障，有賴相關機關更加積極維護原住民文化之傳承及延續，此係屬現代憲政國家所應承擔之積極任務。本件所涉及原住民法律規範，雖僅是原住民法之一小部分，但在我國憲政史上，卻是一個極佳時代機遇。

從本件相關機關與聲請人、參與專家、法庭之友及各界關心人士所表達意見，可見此等憲法爭議，事涉文化深層衝突，其如何務實諧和(praktische Konkordanz)化解此等衝突，深具歷史意義。本院解釋應有更高度原住民意識及涵養，來思考原住民文化權之憲法意涵，並對於原住民（族）從事狩獵之活動或行為所衍生槍砲彈藥刀械及野生動物保育等規範失調之現象，積極尋求解決之道。因此，本號解釋之影響，不宜僅侷限於本件原因案件之法律問題解決，而應有更高視野，正視現行規範

之認定，始能符合公用徵收之立法本旨。」釋字第 747 號解釋，「整體觀察系爭規定一及二，尚與前開土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權之憲法意旨有所不符。」釋字第 776 號解釋，「整體評價聲請意旨，自應認系爭函二為相關聯且必要，爰併將其納為解釋客體（本院釋字第 737 號及第 747 號解釋參照），作成本解釋」。在刑事法釋憲案件方面，本院釋字第 737 號解釋，「整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。」釋字第 799 號解釋，「整體觀察，須與刑罰之執行有明顯區隔，始為憲法所許。」

對於原住民文化權益因規範不足所生之失調現象，未來面對原住民法個案處理時，應重視原住民傳統習俗文化之特殊性，不應純以實定法觀點為其出發點，而應探求有利於原住民（族）之習慣（法）作為法律適用之法源依據，以補制定法之不足，並顯示尊重及保護原住民（族）文化權之用心。