

# 最高法院的覺醒

## ——由提出王光祿釋憲案所引發最高法院 提出釋憲案的制度與原住民權益保障 的法制問題

陳 新 民<sup>\*</sup>

### 要 目

壹、前 言	(一)蜂蜜案(二〇〇三年)
貳、王光祿案件的訴訟經過與類似案件	(二)司馬庫斯風倒樺木案件(二〇一〇年)
一、王光祿案件	(三)其他法院亦有相關案件——原住民「拾獲」自用獵槍何其多也？
(一)事 由	參、最高法院提出的釋憲聲請——最高法院的「覺悟」的理由及引發的程序與法制的演變必要性
(二)一審判決及其理由	一、釋憲理由及重點
(三)二審的判決理由	
(四)最高法院的判決理由	
二、近年來幾則涉及原住民傳統生活習慣產生的違法案件	

DOI: 10.3966/102398202018120155001

<sup>\*</sup> 臺灣師範大學研究員兼教授，德國慕尼黑大學法學博士。

作者感謝兩位匿名評審人熱心與真誠的指教，讓本文少卻不少疏漏與錯別字之誤，謹此致謝。

投稿日期：一〇七年一月二日；接受刊登日期：一〇七年五月二十四日

責任校對：林嘉瑛

(一)釋憲理由	生動物法益的保障與比例原則的適用
(二)釋憲理由重點	
二、最高法院釋憲聲請的程序面問題——終於回歸「法官聲請釋憲」的正道	一、憲法保障少數族群的權益
(一)法官聲請釋憲制度的初衷——最終審法院的特權	(一)憲法位階的保障——憲法委託的條款
(二)釋字第371號解釋的擴充聲請範圍——及於各級法院法官，並形成法官聲請釋憲的常態	(二)原住民權益的特別保障——原住民族基本法的實踐與功能
(三)法官聲請釋憲的後遺症——釋憲許可性的「雙重門檻」	(三)大法官過去相關解釋案例中的利益衡量考量
(四)大法官透過解釋變更法律明定的「最高法院方有提出釋憲權限」，所引發的破壞法治國原則之情事	二、本案的法益衡量與解決方針
三、最高法院首開提出釋憲案後，大法官審理類似案件應有的制度改變	(一)事實的疑惑：臺灣山地到處可「拾獲」獵槍？
(一)最高法院的自律原則	(二)毋庸在「何為自製」的概念中打轉
(二)大法官的禮遇原則與制度	(三)由開放原住民擁有自用獵槍著眼，建立人民擁有自衛槍械的權利
肆、王光祿釋憲案應考量的利益衡量——憲法保障原住民的權益與野	(四)平衡原住民的狩獵權與國家保護野生動物的法制——建立妥善的「狩獵法」
	伍、結論——歷史的一步，與開創新制的先機

## 摘 要

臺東布農族獵人王光祿因持土製霰彈長槍獵捕保育類動物違反槍砲條例、野生動物保育法等罪判刑三年半定讞。後經檢察總長提起非常上訴。

由於本案涉及憲法保障原住民傳統文化等重要議題，最高法院不僅審理此非常上訴案開庭時全程直播法庭開庭實況，創下臺灣司法史上法庭開庭首度直播的紀錄。同時停止審判，向大法官聲請釋憲，這是最高法院首次提起釋憲之例，具有指標性的意義。

本文就相關法律對自製獵槍的定義是否過於模糊而有違反法律明確性原則、法官提出聲請釋憲的門檻及相關的釋憲聲請意旨，應如何以憲法原則來衡量，並保障原住民應享有狩獵權及保有獵槍權與是否應藉此建立一套完整的武器法與狩獵法制，以平衡保障原住民傳統文化及維護野生動物。

關鍵詞：王光祿、原住民權益保障、自用獵槍、釋憲門檻、狩獵權、武器法

## 壹、前言

二〇一七年九月二十八日最高法院刑七庭決議，對王光祿案提出一個釋憲聲請並發布新聞稿：對王光祿持有先進獵槍射殺保育類野生動物長鬃山羊與山羌各一隻判決確定，經檢察總長提起上訴案，最高法院在二〇一七年二月開庭調查並首開透過網路直播所有過程之例，顯示最高法院對此案件的重視。不僅如此，最高法院刑七庭經研議後，全體法官確認原審所適用的法規有違憲之處，裁定停止審判，聲請大法官解釋。

由於這是最高法院有史以來提出釋憲聲請，一反我國長年來皆由地方法院法官提起釋憲的往例，從而釋憲實務上要求法官提起釋憲應有的門檻（例如違憲確信與重要性），能否一併援用到由最高法院法官提起釋憲案？大法官面對由最高法院提起的釋憲案，是否要建立新的制度與審查程序來因應這種前所未有的釋憲聲請案？皆是最高法院提出此次聲請案應對我國釋憲法制的開創性方面，有極佳的示範功能。

其次，在實體法判斷方面，本號解釋涉及原住民權利的保障與其他公共利益的衡量問題，乍看之下這是由原住民持有先進、而非自製與落伍的獵槍來狩獵而導致違反槍砲彈藥刀械管制條例與野生動物保育法的規定而遭處以重刑，以致引發上述法規的禁制，是否違反我國憲法保障原住民的意旨。

故由聲請意旨，大法官即有必要為之作出回應，大法官勢必要對原住民擁有獵槍的權利及其界限所在作一明確宣示，同時在本案的結果及其理由，如有和過去大法官所做的類似解釋中所表達的意見，並不相同之處，也應當給予明確的理由。最典型的案例莫如當本號釋憲案已經論及了原住民為了狩獵之需而必須擁有足以保障生命安全的先進獵槍時，則是否也應當要重新檢驗大法官過去承認槍

砲彈藥刀械管制條例合憲性所持的態度（即人民不能基於任何正當理由，例如防衛身家性命，而擁有槍械），是否有重新檢討與改弦更張的必要？

此外，本號解釋也觸及到野生動物保護的界線，以及如何確保原住民生活方式、文化傳承與承認原住民狩獵權的範圍何在？其限制的方式又如何？皆是本號解釋的重點所在。

故此次由最高法院提出歷史性的釋憲案，吾人不僅要為最高法院勇於開創新機的決心而喝采，但更重要的是要重視其所引發制度性上的開創效果——不論是在程序面，或是實務面最終透過大法官睿智考慮後，明確界定原住民狩獵權的合憲範圍，甚或可為我國其他相關法制，例如創建一套完整的武器法與狩獵法，開創新機！

## 貳、王光祿案件的訴訟經過與類似案件

### 一、王光祿案件

#### (一)事 由

二〇一三年七月間，布農族原住民王光祿在臺東縣山地的河床上拾獲具有殺傷力的土造長槍一枝（含瞄準鏡與子彈5發），其明知為他人遺失物仍侵占持有之，並持此長槍前往山區捕殺受野生動物保育法保護的山羌與長鬃山羊各一隻，以供其母食用。

王光祿因此觸犯了槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項（以下簡稱系爭法規一）及野生動物保育法第41條第1項第1款非法獵捕保育動物罪（以下簡稱系爭法規二）。臺東地方法院在二〇一四年十月十五日作出刑事判決（102年度原訴字第61號）。

臺東地方法院在審理判決中，認定被告非法持有他人遺失之獵槍作為狩獵之用。但該獵槍並非原住民依據原住民傳統文化所自製

之槍械，而是經過他人加工而可使用制式子彈，故不符合系爭法規一的免責範圍。按系爭法規一，在二〇一一年十一月十四日修正公布前，原規定：「原住民未經許可，製造、持有……自製之獵槍工作生活工具之用者，減輕或免除其刑，……。」故，只要是原住民未經許可持有自製獵槍，仍可減輕或免除其刑罰。此規定在二〇一一年十一月十四日後修改，將「減免或免除其刑」改為「處新台幣2萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定不適用之。」明白的對於未許可擁有自製獵槍之原住民，以2萬元以下的罰鍰取代過去的「必減」刑罰。更具體的減輕原住民非法持有獵槍的責任。

但這個減免責任的規定，只適用在原住民的「自製獵槍」之上這包括了製作人的條件與製作的方法等兩個條件在內，前者為限於原住民自製，後者必須用傳統方法，不能用其他更先進的技術製成。所以一旦獵槍是由非原住民人士，或原住民用非傳統，加工方式而作成者，則非自製，即不受該法條減免條款的規定。

此條文明顯露出一個關鍵疑點：所謂「自製的定義」，是否專屬製作人的身分而定？換言之，即只要製作者是原住民，所作出的槍械不論精細與否概屬自製？如此一來，技術水準差的原住民以較差的工具、製出低檔次的原始獵槍；反之，技術水準較高之原住民在良好的車床、工具的使用下，即可製出先進與殺傷力的獵槍而免責？抑或只是以獵槍的「品質」而論，區分為「原始或先進」，認定原住民的自製獵槍應當是原始與落後的品質，從而殺傷力有限，不足以戕害太多野生動物，只供個人或家庭使用而已。

上述種種疑點在槍砲彈藥刀械管制條例之立法理由書中並未見到清楚界定。但是以系爭法規一屬於禁止規定的「例外規定」性質，可知應當是朝後者的考量<sup>1</sup>。所以這種獵槍既然是屬於自製，

---

<sup>1</sup> 查考本條文制定時（民國86年11月11日）之立法理由：「基於原住民所自製

即「土製」，一旦超越了傳統原住民技術與方式所製成，即非自製。因此認定上便會將購來的獵槍、較先進、且可以使用一般制式彈藥的獵槍納入「非自製獵槍」的範圍而具可罰性。

關於此點最高法院曾有一個判決（103年度臺上字第1521號刑事判決）認為此種自製槍械應當是屬於原住民本其文化、傳統所形成之特殊習慣，「專為」狩獵祭典活動而使用，而自行獨立製造、運輸或持有自製之簡單獵槍、魚槍為限。這種性質與目的所作出的獵槍，可以在原住民間轉讓。至於「不專為」個人（如狩獵）所「獨立自製」，且非「簡單」之獵槍，例如與其他平地人技術合作作出較為先進的獵槍，或是自己獨立製造的簡單獵槍，但不是以自己專用、而是販售他人，即使販賣給其他原住民，也不屬於系爭法規一的例外免責規定範圍之內。該判決的被告便是後者的情形<sup>2</sup>。

可見最高法院在上述判決對自製獵槍的界定，不僅是製作人為

---

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……。」可知是以製作方式與功能落伍為特色。

- 2 103年度臺上字第1521號刑事判決：「槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一項規定，旨在尊重原住民傳統生活習慣之特殊性，於身分及用途上為特殊考量而予以除罪，自應解釋為原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而自行獨立製造、運輸或持有自製之簡易獵槍、魚槍為限。本諸相同立法精神，同條例第二項亦應以原住民間相互販賣、轉讓其原供自己作為生活工具用之非營利自製獵槍、魚槍為限。且主管機關內政部依槍砲彈藥刀械管制條例第六條之一第一項及第二十條第三項規定授權訂頒之『槍砲彈藥刀械許可及管理辦法』第十五條第一項規定：『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。』仍以自行獨力製造及非以營利為目的而製造獵槍、魚槍為限。依卷內資料，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。」

原住民，製作方法與品質都有嚴格限制、使用目的與使用人也限於本人使用，且經此嚴格條件所製成的自製獵槍仍不可為了營利而轉讓、製作或持有，可謂極度限縮的司法解釋。

這是典型法律規範不明確的例子，自然容易產生法律秩序不明確，甚至日後相關制定的子法是否會超越母法的違憲問題，學術界也對此有極為深入的分析<sup>3</sup>。尤其是有優良技術的原住民，若製成殺傷力與先進的獵槍，可否作為商業或交易標的？可否享受相關法規的免責對待？都是可提出釋憲聲請的標的。

#### (二)一審判決及其理由

第一審地方法院在承審案件時，便面臨所謂「自製槍械」的爭議。但最終作為認定此槍械並非自製的理由是：「認為必須考量槍枝『結構與性能』是否為原住民文化所允許的方式製造外，也應考量該槍枝之『來源』是否與原住民之文化有關。意即，倘該槍枝係行為人以原住民文化所允許之方式製造而取得者，固有該條文之適用而不罰；縱行為人所持有之槍枝非自己所製造，惟該槍枝係屬原住民以其文化所允許之方式製造而由行為人繼受取得，此種單純持有自製槍枝之行為，亦應有該條文之適用而不罰，始與立法本旨相契合<sup>4</sup>。」換言之，所謂的自製，並不以所有人自己製造為要件，若為他人所製造，只要是依原住民以傳統方法製造者，都可以轉讓他人，而該他人一樣可以免責。

值得注意的是，臺東地方法院所認定的自製標準主要是在製作

<sup>3</sup> 參見王皇玉，原住民犯罪與不法意識之研究——兼評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件，載：刑罰與社會規訓——台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁274以下，2009年4月；王皇玉，原住民持有槍械合法性之研究，台灣原住民族研究季刊，5卷1期，頁1以下，2012年3月。

<sup>4</sup> 臺灣臺東地方法院刑事判決102年度原訴字第61號。

的方法之上，即：「文化習俗所遵循的方法，做出結構與性能都相當符合原住民文化的獵槍而言，不一定非由持有者自製為限。」這是否意味著，若有個別高知識水準的原住民，使用非傳統文化技術製造出較先進獵槍，就不是「自製」獵槍？

這種純粹的製作方法與品質論，主要在強調落伍、以及可能因此帶來對持有人健康、生命、安全的顧慮（土製獵槍殺傷力有限，常常在捕獵山豬等凶猛獵物時，會有無法充分保護獵人之情形發生），槍砲條例限制原住民僅能以「自製」的落後槍枝打獵，致原住民不能使用較安全的現代化制式獵槍，此種限制是否合憲，成為本案最後由最高法院提起釋憲的理由之一。但最後聲請解釋的理由，卻非針對相關法律有關自製的範圍，是否規範過度模糊，而有規範不明確的違憲疑慮。

關於此點，在地方法院訴訟時，也曾發生爭議，被告律師援引一份內政部早在一九九八年六月二日所公布的函釋（在二〇一一年二月十一日又重新公布，臺內警字第100087215號函釋）中所提到的：「所謂的自製槍械乃原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具……其結構性能需逐次從槍口向槍管內裝填黑色火藥，以打擊底火或他法引爆，將填充物射出的槍械為限。」這種定義，顯然是指老式獵槍，不包括凡是以子彈裝填於槍膛來擊發的現代獵槍而言。

但最高法院的判決實例則否認這種只限於「前膛槍」的見解，認為系爭法規一對獵槍並無限制其乃裝填火藥或是子彈的方法，所謂前膛槍或後膛槍都應當包括在內（最高法院102年度臺上字第5093號判決）。故被告律師主張法院應當擺脫內政部函釋的見解，另為獨立判斷，但法院最終對此未有任何的明確表態。

本案認為被告擁有的獵槍不得免責，處有期徒刑三年二個月，併科罰金7萬元；其使用槍械獵殺的兩頭野生動物以致觸犯野生動

物保育法的系爭法規二則處以有期徒刑七個月，依刑法第55條從一重處斷，最後判刑三年六個月確定。

法官在判決理由書不僅對構成事實加以論述外，也對被告持有槍械來獵捕野生保護動物的合法性與立法理由進行詳述的討論。針對被告行為並不會造成對野生動物數量減少太多的正當性抗辯部分，法官援引農委會的調查報告，提出具體與相當可信的理由與依據，認定所獵捕的長鬃山羊與山羌族群並未大量繁殖超越環境容許的程度，故認被告獵殺該些動物顯違反系爭法規二，來反駁被告的行為正當性。其次，判決理由書更仔細的討論原住民固然有狩獵的傳統習慣，多年來生活情形已有許多改變，同時野生動物保育法也特別訂有詳盡的管理辦法，明定各族原住民依其傳統保持其有一定的「狩獵祭」，明訂獵捕方式、種類、地區，使得原住民既可維持狩獵的傳統文化，又可以兼顧野生動物的繁衍與休養生息時機，顯示傳統文化與自然共存共榮的山林精神。保育法的制度即已經符合了憲法所要求的維護原住民的傳統文化，以及保障野生動物物種多樣性的立法目的，故認為：「不能隨便讓原住民高呼祭儀或傳統文化之大纛，便能肆無忌憚的獵捕野生動物，否則野生動物保護法將形同具文……」。

持平而論，縱不論讀者是否贊同該法院見解，但判決已善盡說理義務，當無疑問也！

### (三)二審的判決理由

本案後經提起上訴臺灣高等法院花蓮高分院。該院於二〇一五年五月六日作出判決<sup>5</sup>，特別針對一審未詳盡討論的獵槍自製問題再加申述，認為：「主管機關（內政部）前述函釋所提及自製獵

<sup>5</sup> 臺灣高等法院花蓮高分院刑事判決103年度原上訴字第17號。

槍：『應由逐次槍口裝填黑色火藥……』之見解，乃是增加法律所無之限制，而已逾越法律之授權，法院自不受拘束。然法院於適用法律時仍應審酌立法機關尊重、寬容原住民供生活之用而自製獵槍，而其供獵槍使用之子彈，應以『自製子彈』的範圍。」故無論前膛槍或後膛槍，其所使用的子彈皆需火藥與彈頭分離之自製子彈，可見得使用制式子彈之獵槍已逾越原住民供生活工具而用的範圍。

值得一提的是：高等法院承認內政部對於自製獵槍的函釋僅限於前膛槍，乃超越母法之限制，而法院不受此函釋的拘束。已宣示母法的模糊規定與子法的超越母法之違憲性。同時，其提出來「自製子彈」，似乎也只是排斥一般制式的子彈，如此一來，個別原住民以較先進的工具與技術製造出來之火藥與彈頭可分離的「非制式子彈」，更具迅速殺傷力，則已屬「自製」範圍？又，在涉及獵捕與維護傳統文化與生活方式以及野生動物保育法的衡量問題之間，高等法院判決多半重複一審法院的立論，並無太多新意，維持了原來判決的刑度。

在二審上訴狀裡，王光祿特別請求法院斟酌其獵捕長鬃山羊等乃為家人食用之目的，自承僅有國中肄業之知識水準，並育有3名子女，最小的還在大學就讀一年級，需撫養高齡的母親，目前重大傷病在家休養，種菜謀生，請求法院特別斟酌其生活之困苦。惟，二審法院認為獵捕2隻野生動物「危害生態情況非輕」而不採納。

#### (四)最高法院的判決理由

本案後經上訴最高法院，最高法院在二〇一五年十一月三日作出駁回之判決<sup>6</sup>，其中對於指摘非法持有自製獵槍的疑慮部分，最

---

<sup>6</sup> 最高法院刑事判決104年度臺上字第3280號。

高法院並未指出究竟是指二審法院所主張的「自製子彈」的認定，抑或應採納主管機關多次函釋所強調的「前膛槍」的認定模式作為斷定「自製獵槍」的標準，反而含糊地認為可擊發「制式散彈」便足以排除「自製獵槍」的範疇，而認定原審的判斷與量刑無誤。至於觸犯系爭法規二，從而引發該規定的限制狩獵權有無牴觸憲法保障原住民傳統文化傳承與生活習慣的疑慮問題，最高法院則以此部分未載明上訴理由，且逾期不補正，即認為此部分上訴不合法而予以駁回。故一部分為實體駁回，一部分為程序駁回。

相較過去多起拾獲自用獵槍的類似案件都能獲寬免刑罰，王光祿卻需承擔三年有餘的刑責，引發輿論許多聲援，特別是其自稱獵捕山羊是母親希望品嚐才觸法，更引起了社會一片同情之聲。同時，二審認為王光祿獵捕長鬃山羊與山羌各一隻，已屬「危害生態情形非輕」，此種認定是否過度誇張、有渲染之嫌？亦多有批評。

面對各界蜂擁而來的不滿抨擊，檢察總長遂順應民意，提起非常上訴<sup>7</sup>。最高法院最終也認為系爭法規一、二皆不符合原住民族基本法精神而提起釋憲。

## 二、近年來幾則涉及原住民傳統生活習慣產生的違法案件

### (一) 蜂蜜案（二〇〇三年）

二〇〇三年二月，阿里山鄒族達邦社頭目汪傳發及兒子汪建光於承租林班地、也是鄒族傳統領域上，發現陳登茂及其同夥車上疑載有竊自林班地的一桶蜂蜜，汪姓頭目父子認為陳登茂等二人已經

<sup>7</sup> 由於該第三審駁回理由中，有一部分乃基於未附理由，以至於上訴不合法而遭駁回。幸而非常上訴之要件，不以人民聲請釋憲必須窮盡救濟程序為前提，如因上訴不合法而駁回定讞者，不屬於窮盡救濟程序，即不得提起釋憲也。

侵犯其部落傳統謀生的蜂蜜，故而行使原住民傳統領域管轄權，將蜂蜜留置於自己的車上，因而被控告觸犯刑法第325條第1項的搶奪罪。臺灣嘉義地方法院判處六個月，緩刑二年確定<sup>8</sup>。二〇〇四年二審駁回確定，引發許多民間團體抗議並要求檢察總長提起非常上訴不果。

### (二)司馬庫斯風倒櫟木案件（二〇一〇年）

二〇〇五年，新竹縣尖石鄉泰雅族司馬庫斯部落族人曾榮義、何國正、余榮明等三人在山地發現有一棵櫟木殘枝被強烈颱風泰利吹倒塌，經部落會議決定後，將該棵風倒櫟木其帶回部落作為美化環境用，並在其上作雕刻圖騰等工藝，被林務局以盜竊林木告發。二〇〇六年，臺灣新竹地檢署檢察官以曾榮義、何國正、余榮明等三人盜採國有森林產物為理由起訴，臺灣新竹地方法院於二〇〇七年，判決三人各六個月有期徒刑、易科罰金各16萬元，緩刑兩年<sup>9</sup>。高等法院二審維持有罪判決，但是改判三個月有期徒刑，併科罰金7萬9,488元，緩刑維持兩年<sup>10</sup>。司馬庫斯族人表示，由於這是部落會議的決議，雖由被告等三人負責執行，但撿拾部落所在地山林的倒塌林木作為部落的使用材料，早已行之有年，視為慣俗，理應依原住民族基本法之精神而免刑，因此，站在原住民族傳統慣俗立場，他們堅持無罪，也不向司法妥協。故提出上訴，此上訴在二〇〇九年獲得最高法院支持<sup>11</sup>，廢棄原判決，交由高等法院更審。高

<sup>8</sup> 臺灣嘉義地方法院92年度簡字第1064號刑事判決的判決書、臺灣嘉義地方法院92年度簡上字第151號刑事判決。

<sup>9</sup> 臺灣新竹地方法院96年度易字第4號刑事判決。

<sup>10</sup> 臺灣高等法院刑事判決96年度上訴字第2092號判決。

<sup>11</sup> 最高法院98年度臺上字第7210號刑事判決。

等法院遂於二〇一〇年二月九日作出更一審的判決<sup>12</sup>，宣布被告三人無罪，理由乃援引原住民族基本法的基本精神，此案歷經五年司法訴訟，終於達到令原住民團體滿意的答覆。

本案是臺灣司法判決歷史上，第一個承認原住民在自己部落傳統領域採集自然資源合法的判案。由獲判無罪的啟示可知：以倒塌之殘木為對象，因該倒塌殘木已無生長可能，視同廢棄物，與草木同朽，故原住民取之並不涉及侵害林務局之財產。至於非原住民（包括非該部落所在地的原住民）則對該倒塌之樹木無拾取之權利。此在許多颱風過後河流與海岸邊常見有由山上漂流下來殘木，仍屬林務局財產，人民不得侵占之，便是一例證<sup>13</sup>。又，該殘木必須屬於公用，且經部落會議決議，顯然排除了「為私利或私用」的撿拾行為。因此，本判決對於日後發生的原住民撿拾倒塌的林木回去提供修補房屋或裝飾之用仍否一樣被認定為符合原住民族基本法的精神而可獲得無罪判決？仍有待考量。

不過，以本案的司馬庫斯部落族人的見解，依該族傳統不會主動去砍伐樹木，但是對颱風等天災所造成的樹木損害，則認為是上天的賞賜，不能夠辜負之，才會撿拾為公用，這也是傳統。所以，本案依司馬庫斯的傳統，當排除任何枯木可提供為私用的正當性。

### (三)其他法院亦有相關案件——原住民「撿獲」自用獵槍何其多也？

不僅是原住民因基於生活方式、謀生需要，始有撿拾、竊取林木導致違反森林法遭判刑的司馬庫斯案、汪建光案，或是王光祿案的撿拾自用獵槍而違反槍砲彈藥刀械管制條例或野生動物保育法的案例，多年來已經產生無數的例子，但卻未引起最高法院的重視，

<sup>12</sup> 臺灣高等法院98年度上更(一)字第565號刑事判決。

<sup>13</sup> 臺灣高等法院高雄分院100年度抗字第259號刑事判決。

違論提起大法官會議解釋。

就以原住民觸法類似案件層出不窮而論，先由司法院的網站查詢，以新竹地方法院為例，自二〇〇〇年至二〇一五年即有18案涉及原住民與森林法的案件，平均一年一件。

另在原住民最多的臺灣東部地區，也經常發生原住民違反槍砲彈藥刀械管制條例的案件。就以Facebook上一個著名的「一起讀判決」<sup>14</sup>專頁於二〇一五年十二月十三日所刊載的「原住民拾獲槍枝意見整理」來看，就刊載了臺東地院一位郭玉林法官在二〇一四年十二月十一日投書報紙指出，東部法院針對原住民以拾獲獵槍打獵的數個案件所持見解與王光祿案的結果不同而引起討論。該文作者認為此文章提出的八個案件中，除有一件類似案件，但被告並非原住民故而排除討論外，其他七個案子都獲判無罪，且認為屬於原住民自製獵槍供生活之用，而得以逃避牢獄之災。此與王光祿案之判決結果差異甚大。

看到這則新聞，令人不禁懷疑：為何都是原住民「拾獲獵槍」而有違法的獵捕行為？依前述Facebook所述，光是東部就有七個拾獲獵槍的案子，而王光祿案也是拾獲獵槍，似乎臺灣山地到處都有獵槍得以俯首拾獲？而且拾獲的獵槍規格與精密度（殺傷力）亦有不同：在前述七個無罪案件，法院都認定被告的辯詞無誤，乃是自用獵槍；而王光祿案的法院則認定，該拾獲之獵槍可以發射制式子彈，因此為類似軍用武器，屬於槍砲彈藥刀械管制條例所禁止的標的。由此可知，被「拾獲」的武器也可精細到類似軍用武器的標準（竟有瞄準鏡及五顆子彈），早已超過了原住民自製的程度，而此「拾獲」並使用此遺失物的行為成為王光祿犯罪的事實，顯見此所

---

<sup>14</sup> <https://www.facebook.com/legal.taiwan/posts/999495696774641>，最後瀏覽日：2018年11月21日。

謂的「超過自製的加工程度」所完成的獵槍雖然被遺落在山區而被拾獲，但不是當作廢棄物般，而是仍具有財產或交易價值，才會造成侵占遺失物的罪嫌。這不禁令吾人狐疑，臺灣山地似乎很容易就可被原住民拾獲獵槍？且其中不乏加工精細而具有交易價值的精密槍械。但此有價值之槍械，卻少見由非原住民拾獲而為行獵（如上述Facebook所引八個案件中僅有宜蘭地院一件非原住民拾獲槍械者），豈非巧合之極？

吾人以常理推斷，大概不會認同臺灣山地中竟藏有如此多「遺失的」的獵槍，且大多不是被喜愛登山的平地登山客所拾獲！臺灣的山區豈非形成私造獵槍的樂園？合理之推斷，乃是被告的「脫詞」而已，避免被論斷有製造獵槍之嫌，而妄稱為拾獲也。

## 參、最高法院提出的釋憲聲請——最高法院的「覺悟」的理由及引發的程序與法制的演變必要性

### 一、釋憲理由及重點

#### (一)釋憲理由

最高法院本來對王光祿案作出駁回的裁定，但早在十年前爆發的蜂蜜案，民間團體對於原住民觸犯不論是與狩獵有關的槍砲彈藥刀械管制條例、野生動物保育法，或是一般刑法（蜂蜜案係被控搶奪罪），只要扯上原住民為了維護原來生活空間（部落所在山地）內的狩獵、山林產品（如採集蜂蜜、香菇、牛樟芝、木材……等）而被判刑，都會有一批民間的司改或社福團體起來聲援，更遑論被定罪的原住民族群或部落會群情激憤的要求全部落一起去坐牢。甚

至在蜂蜜案時，還要求檢察長提起非常上訴而不果<sup>15</sup>。

經過十年，這種護衛原住民應保有更多維繫生活的祖傳行為自由權限的風潮，不衰反盛，其累積的能量，終於在王光祿案中達到最高峰。一則是其罪刑之重乃是歷年原住民類似刑案所不能相比者；其次，王光祿案件的審理間，其訴求家庭困難因素（已於前述），以及狩獵目的乃為滿足母親的口腹之慾，加上其母以其老邁身軀，猶親自出庭陪同兒子辯護，更引起社會的同情，才會使得檢察總長提出非常上訴，使得最高法院刑七庭的改變初衷也。

至於本案釋憲理由何在？依最高法院提出之釋憲新聞稿所示，最高法院合議庭認為：「狩獵是原住民傳統文化特徵之一，槍砲彈藥刀械管制條例限制原住民僅能以自製的落後槍枝打獵，致不能使用較安全的現代化制式獵槍；野生動物保育法限制原住民只能基於因動物逾量、學術研究、教育目的或傳統文化祭儀必要，進行狩獵，罔顧其生活習慣，既都未確實依據原住民族基本法檢討修正，且不符合兩公約揭示應事先與原民部落諮商，獲得其同意，和分享科技之惠的尊重、雙贏理念，並違反憲法增修條文肯定多元文化、維護原住民傳統及促進其發展的意旨。」

## (二)釋憲理由重點

由上述聲請釋憲的意旨可知有三：第一，槍砲彈藥刀械管制條例與野生動物保育法，禁止人民使用先進與安全的制式獵槍狩獵，侵犯了原住民傳統的文化與生活習慣。在此明白提出原住民的「狩獵權」應當加以保障，同時應保障其擁有先進的獵槍；第二，該兩法的禁止規定未符合原住民族基本法，且未檢討修正並違反兩公約

<sup>15</sup> 參見莊日昇，實質平等之追求與困境——從兩則判決來看原運後法制實踐，臺東大學南島文化研究所碩士論文，頁102以下，2011年7月。

法之必須事先與原部落諮商，獲得其同意後，方能剝奪其使用先進獵槍的權利而違憲；第三，違反系爭法規憲法增修條文肯定多元文化、維護原住民傳統及促進其發展的意旨。

這三項主要的聲請釋憲內容，都觸及到原住民狩獵權的存在，擁有進步及安全的獵槍，以及限制原住民的狩獵權必須經過與原住民部落諮商並獲得同意的正當程序，這些都必須連結上檢討槍砲彈藥刀械管制條例禁止人民擁有槍械的合憲性、尊重原住民文化繼承及生活權利、保護野生動物法益等的衝突與衡量問題。

## 二、最高法院釋憲聲請的程序面問題——終於回歸「法官聲請釋憲」的正道

在進行這些釋憲內容的合憲性問題探究之前，本案的釋憲聲請，也正巧引發起一個程序上值得重視的特點，先敘述如下：

### (一)法官聲請釋憲制度的初衷——最終審法院的特權

這次最高法院聲請的釋憲，創出兩個首次的紀錄，第一是網路直播其調查庭的程序，這具有透明訴訟程序的功能，值得讚許。但更重要的是，最高法院首次對承審案件認為應適用的法律有違憲之虞而勇於提起釋憲。依據我國憲法第80條規定：「法官依據法律獨立審判不受任何干涉」，並無許可法官對於法律有違憲之虞，可停止審判聲請大法官會議解釋之餘地。然而法律如有違反憲法之虞，現代法治國家所追求的乃「實質意義的法治國」，而非「形式意義的法治國」，應當設立違憲審查的制度，此觀憲法第171條第2項自明，當法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之，足見明白規定將違憲審查權交付大法官手中。

至於如何啟動釋憲的機制，我國大法官會議法第5條第2項規定：「最高法院或最高行政法院對於受理的案件所適用的法律命令

有違憲之虞，得聲請大法官會議解釋。」惟，最高法院之下的各級法院，並無擁有此項所謂的「具體法規審查權」。但例如德國基本法第100條第1項，便將此聲請釋憲權賦予各級法院行之。

(二)釋字第371號解釋的擴充聲請範圍——及於各級法院法官，  
並形成法官聲請釋憲的常態

然而，我國司法院在一九九五年一月二十日作出釋字第371號解釋時開始採納了德國的制度，打破最高法院法官才能提起釋憲的專屬權利，而開放給各級法院法官都能聲請大法官解釋。<sup>16</sup>

至此，激發不少基層法院法官積極釋憲的勇氣，例如第384號解釋（檢肅流氓條例）、第392號解釋（羈押權回歸法院）、第554號解釋（通姦除罪化）<sup>17</sup>、第665號解釋（罰娼不罰嫖）<sup>18</sup>、及第669號解釋（人民對擁有或改造空氣槍就一律處以重刑）……，都是由基層法院法官聲請釋憲所做創建的里程碑，足見此對強化我國的法治國家之素質，以及填補公法學學理與實務間的漏洞，具有非凡的意義，也獲得學術界普遍讚揚，認為對於人權的保障將邁出一大步，也鼓舞基層法院法官認真檢討所適用法律是否違憲的問

<sup>16</sup> 參見陳新民，憲法學釋論，頁807以下，2015年5月，修正8版。

<sup>17</sup> 大法官在第554號解釋明白承認性行為屬於個人人格權之一，故擁有性自主的權利，惟鑑於婚姻與家庭為社會形成與發展的基礎，乃受憲法制度性保障的對象，故得以作為限制性自由的依據。易言之，該號解釋對性自主的限制雖以家庭制度的保障法益具優越性，但系爭法規的法亦顯然不在保障婚姻制度，而是屬於善良風俗與社會秩序的維繫方面，兩種情形比較顯然前者的限制所維護的具有憲法制度性保障的位階，後者顯然只是一般社會公益，衡量標準豈非失衡？可參見作者在釋字第666號解釋所提出的協同意見書已對此有詳加敘述，不再贅述。

<sup>18</sup> 關於本號解釋仍有不少缺漏之處，可參見陳新民大法官在該號解釋所提出的協同意見書。

題，變向深厚了法官對憲法研究的動力。這對我國的憲法發展無疑是極為正面的，因為過去司法官的鑽研重點鮮少在憲法之上，多半把憲法的法理認為乃學者或國外的學理，與我國的司法實務毫無關聯。

### (三)法官聲請釋憲的後遺症——釋憲許可性的「雙重門檻」

在許多基層法官勇於提出釋憲，形成釋憲制度常態化後，伴隨而來的隱憂是：基層法官動輒停止審判，聲請大法官會議解釋。

需知法官依據法律獨立審判，加上法官有維護憲法權力分立的體制，對於立法者合法程序通過的法律，法官本應保持認定其合憲性的義務，豈可輕率懷疑其合憲性從而停止適用？否則國家法律儘管有嚴謹的三讀程序通過，卻在依法行政或審判階段喪失法規的具體規範效力，豈不視國家法律如鴻毛之輕？其次，再以人民的角度而論，法官的審判行為亦是保障人權的必要途徑。人民享有訴訟權，得以期待法官為迅速且公正的裁判，乃法官工作範疇內之當然執掌與職業道德，如此才有資格成為捍衛人民訴訟權利的法界菁英。然，自從釋憲成為基層法官審判態度的一種風潮後，法官動輒對判決適用的法律有違憲疑慮便停止審判，率爾提出聲請大法官會議解釋，以骨牌效應的邏輯來看，如此必定嚴重延宕了法院訴訟的速度，造成人民權利「及時性」保障的漏洞。試假想：全國有一千八百多位法官，每年承審數以百萬計的案件，若法官對聲請釋憲的頻率不予節制的話，大法官將會被潮水般湧進的案件所淹沒！

為防止這種「法官的怠惰」所可能造成的訴訟程序推遲，並「推向」大法官的現象，我國大法官釋憲已仿照德國聯邦憲法法院的釋憲實務<sup>19</sup>，大法官在釋字第572號解釋所提出之要件：「法官

<sup>19</sup> Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl., 2007, Rn. 146-149;

依其合理之確信，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，這是採行了兩種許可條件——所謂的「雙重門檻」：第一，有違憲性之確信（Überzeugung）：要求法官應當「善盡」仔細分析所聲請標的是否具有違憲性的理論基礎之義務。易言之，法官必須要深切檢討相關的違憲理由後，獲得「堅強的確定性」，認定該法規乃毫無疑問的具有違憲性方可。不能一有違憲的懷疑即可提出釋憲；第二，對判決結果具有重要性（Entscheidungserheblichkeit）：這種違憲情況必須具有「重要性」，對判決的影響具有決定的影響力而言，方足以構成聲請釋憲的理由，否則該法規即使有若干明顯違憲事實存在，但不影響本案判決時，則仍屬於「聲請不適格」<sup>20</sup>。此外，在釋字第590號及第601號解釋，都同持此一見解<sup>21</sup>。

#### （四）大法官透過解釋變更法律明定的「最高法院方有提出釋憲權限」，所引發的破壞法治國原則之情事

除了必須遏止可能造成基層法院聲請釋憲的聲請潮外，釋字第371號解釋的「開放論」其實造成一個更嚴重的憲法問題：大法官在該號解釋所採行的開放宣示，完全抵觸了大法官審理案件法第5條第2項的意旨——只開放終審級的聲請釋憲權。大法官若認為該

---

*Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., 2011, Rn. 612.*

<sup>20</sup> 德國學界除了上述兩種門檻要求外也會有產生其他的標準，有認為應當採行「重大明確違憲論」，這是唯有法律從外觀一看具有明確的違憲性，便可提出釋憲，因為這是客觀與明顯的違憲狀態，不必再要求法官詳盡說明其認為違憲之處。例如BVerfG66, 100/105; Dazu, *Schlaich/Korioth, aaO.*, Rn. 150.

<sup>21</sup> 另外在違憲確信的要求上，實務界經常會出現「備位聲明」，這是表示聲請法官對法律違憲並不堅持，故按理這種制度不應許可。但大法官實務上並不重視之。參見陳新民大法官在司法院釋字第664號解釋所提之不同與部分協同意見書。另見陳新民，同註16，頁809以下。

法條規範範圍過窄形成「規範不足」的現象，自可宣布該法條違憲，而要求立法者立即或定期修改之。當然，大法官可以為規範立法空窗期的法秩序，利用宣布若干過度與暫時措施之便，而將宣布的要旨提早實施。但無論如何必須宣布相關法條規範不足的違憲，並要求立法者迅速更改之，這才符合憲法第171條第1項所規範的：「法律與憲法牴觸者，無效」之規定。

但釋字第371號解釋卻不循此途徑：在不宣布系爭條文的違憲情況下，直接將其許可聲請權限開放給各級法官。也造成各級法官擁有釋憲權來牴觸現行法律，且不需透過修改法律的方式而直接擁有聲請權限。這種由大法官來破壞法律規範力的現象，一直延續至今，換言之，由一九九五年一月二十日作出釋字第371號解釋至今，已超越二十二年，但當年釋憲的標的大法官審理案件法第5條第2項的條文：「得提出釋憲的對象僅是最高法院與行政法院」，至今仍未見更動，尤其是「行政法院」一詞早已應更動為「最高行政法院」，已有別於當時只有一級審的行政訴訟體制。這種聲請釋憲的實務明白牴觸法律的規定，已經構成法治國家法秩序最惡劣的現象——公然牴觸現行法律之規定，同時顯現出立法的嚴重怠惰，以及司法權力的越界。

特別是維護國家法秩序的大法官更應該謹守權力分立的角度，除了釋字第371號解釋暴露出大法官可能取代立法者的功能外，近年來引起「大法官造法」之虞最多的案件則是大法官是否擁有保全與暫時處分的權利問題。而大法官是否擁有這種規範緊急與暫時狀態的處分權力或權力的種類與範圍，應當在相關法律中明白規定，且給此權力一定的界線<sup>22</sup>，然而我國大法官卻在沒有法律規定的前

---

<sup>22</sup> 這是我國學界的通說，參見許宗力，大法官釋憲權行使的程序與範圍——從大法官審理案件法予修正草案之檢視說起，載：憲法與法治國行政，頁87以

提之下明確提出贊成的見解。尤其是促成大法官作出這種重大變革的決定都是在充滿政治爭鬥與政黨權力抗爭的高度政治性案件，例如：釋字第585號解釋319槍擊真調會條例的違憲問題；釋字第599號解釋身分證按捺指紋的違憲問題……都是典型的案例，也將大法官捲入了政治鬥爭的漩渦之中，被列為近年來學界所質疑有政治黑手介入最大程度的釋憲案件，不無可惜<sup>23</sup>。

故，大法官的造法行為應當僅限於填補暫時性的法規漏洞所為的不得已之舉，如此方可顯出大法官亦遵守「司法自制」（Judicial Self-restraint）的法治國原則。

綜上所述，吾人應當歡迎最高法院的「覺悟」，藉著王光祿釋憲聲請案，讓我國法官釋憲聲請回到正軌——職司法理審的法官，於思考判決所依據的法律時不僅僅是由合法的角度切入，而應延伸到探求其有無符合所有上位階法規之處。此種尋求法理與憲法一致性的理念探求過程中，更能夠使憲法的意志與學養流入到終審法院的腦海中，這正是法治國家及基本人權條款所期待的司法權實踐，透過司法體制以實踐憲法的理想途徑。而其主要任務乃在探求事實問題的基層與中級法院法官，既然必須耗費許多精力與時間事實問題的澄清，相對的毋庸花費太多在法理的推敲以及法律合憲性的審查之上，且這方面的經驗與法學素養、造詣也不如終審法院法官來

---

下，2007年1月。

23 參見李念祖，釋憲者創造暫時處分之意義，台灣本土法學雜誌，72期，頁6，2005年7月；吳志光，倚天既出，誰與爭鋒——大法官釋憲權與暫時處分簡評釋字第五九九號解釋，台灣本土法學雜誌，72期，頁221，2005年7月；另參見吳信華，真調會條例急速處分的憲法訴訟問題，中正大學法學期刊，18期，頁139以下，2005年4月；陳春生，大法官是否有發布暫時處分之權限與「真調會條例」合憲性問題，載：法律哲理與制度（公法理論）——馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，頁305以下，2006年1月。

得強，所以是三審級法院分工的積極目的所在。

### 三、最高法院首開提出釋憲案後，大法官審理類似案件應有的制度改變

吾人在歡迎最高法院「覺悟」之虞，也要對今後最高法院聲請釋憲的程序是否應當援用過去由基層法院法官所提出「不算正常」的聲請釋憲路徑？還是應該要受到所謂「雙重許可門檻」原則的適用？

自王光祿案最高法院提出釋憲聲請後，此問題學界尚未有人提起之，作者為未雨綢繆，特別提出淺見如下：應當建立最高法院的自律原則，以及大法官的禮遇原則與制度。分述如下：

#### (一)最高法院的自律原則

雖然論理上，各級法院法官都可以提出釋憲聲請，例如德國法制般，認為任何法官只要憑其法律素養認為有違憲確信，並提出詳盡理由，就滿足了釋憲的形式要求。至於理由是否充分、是否引起釋憲機關認為有釋憲的重要性與必要，則是另外的考量。

但我國情形則不完全相同，立法者原意並不樂見各級法院法官質疑其所通過法律有違憲嫌疑之權限。故相關的法律既然只開放最高法院法官得釋憲，即使大法官開放給各級法院法官提起釋憲權，並非意味著大法官不能夠對其他法院法官聲請釋憲的條件可以不同於最高法院法官。

更何況，大法官實務所實施的「雙重門檻制」一樣是採納自德國的釋憲實務，也未經任何法律的規定，而形成釋憲實務的原則。而仔細考究此「雙重限制」的立法理由，目的正是防止數目龐大的各級法院法官會濫行聲請釋憲所產生。如今若將問題的焦點集中在僅有為數甚少的最高法院法官之上，則擔心動輒濫行停止訴訟，提

起釋憲的情形，則可望大幅減少，甚至可到忽略的程度。所以，可以不必擔心會產生重蹈推向大法官之覆轍，造成「最高法院怠惰」的副作用。

儘管如此，吾人即使認為最高法院法官提出釋憲門檻不必遵守確信力與重要性的原則，不若基層法院法官來得嚴格，並不表示最高法院法官對釋憲案的聲請可以掉以輕心、馬虎或輕鬆以對。按作為最終審與法理審專門機構的最高法院與最高行政法院，其法理見解的權威性已經不容懷疑，因此應當在釋憲理由的水準上，顯露其論理推理能力的優勢，一則為盡責之表現，同時可向全體國民、司法實務與法學界顯示出我國終審法官法政與憲法素養的底蘊，再而，亦能夠藉著所提出的理由，協助大法官作出最正確與周詳的解釋，可謂一舉三得也！

倘若最高法院的釋憲案不能達到此標準，卻反而以敷衍、模糊的態度提出聲請案，對比由基層法院法官兢兢業業所提出的聲請案，頓時優劣立判，則將對司法尊嚴造成傷害，致使最高法院權威淪喪，造成不可挽回的後果<sup>24</sup>。

上述這種要求最高法院要勇於提出釋憲聲請，也要極其慎重周詳的提出聲請書的目的都希望藉此顯示其高明的法理見解，且最高法院應當要「自我期許」，給自己定下最高規格的「自律條款」，而不應當作為「他律」來強制地給予大法官作為受理最高法院聲請

---

<sup>24</sup> 就以最高法院聲請的釋憲案而論，由於一般人，在大法官作出解釋前都無法得知其釋憲聲請案的全文，只能由該院的新聞稿得知其梗概，但細觀王光祿案在第一審判決（臺東地方法院刑事判決102年度原訴字第61號）的判決理由書已經對於被告侵占他人遺失的槍械而獵捕野生動物，是否抵觸原住民的傳統生活與文化之虞有極為深入的分析。可參見本文中有關王光祿案的判決要旨，顯示承審法官已善盡闡釋法律合憲的義務。惟不知最高法院提出的釋憲立論有無超越該基層法院法官的判決標準？可繼續留待觀察與比較。

釋憲案的審查標準。

### (二)大法官的禮遇原則與制度

隨著大法官對於最高法院聲請釋憲的大門一開，也要相對的有所因應，這點極為重要而不可忽視。基於對最高審級法官的尊重，大法官對於來自於最高法院法官的釋憲案，應當樹立「禮遇」的憲法慣例——不得駁回釋憲的聲請，以顯示對終審法院法官法理見解與憲法解釋的高度尊重！否則，極易形成我國此兩個最高司法機關間的齟齬，甚至相互抨擊的情形，而戕害國民對司法機關的尊重<sup>25</sup>。

本文之所以特別期待大法官能夠樹立禮遇最高法院（及最高行政法院）所提出釋憲案，一來基於民主法治國家應當在司法領域內實行「司法禮儀」（Judicial Courtesy），以最大程度對司法機關成員的見解表示尊重，尤其是對終審法院的權威與資深法官的合憲性質疑，大法官應給全力的尊重。雖然論者會有質疑：終審法官的憲法智識未必高深，大法官何庸給予禮遇？這也是本文前已提及：最高法院應當自律地給自己所提出的釋憲聲請，提具充沛的理由，由此一來，大法官就更應該待之以禮。這種「以禮相待」，正是大法官所應當建立的「司法文明」之制度也。<sup>26</sup>

<sup>25</sup> 猶記得大法官在作出釋字第582號解釋後引發最高法院發表態度強硬與措詞凌厲的聲明。指責大法官解釋的流於輕率與粗糙，也形成大法官重新作出釋字第592號的解釋來彌補其不足之處；另一例則是司法院在98年12月11日上午作出釋字第668號解釋後，當天下午3點30分最高行政法院便召開庭長法官聯席會議，批評該解釋：「與法有違、且無理由，……改變交易安全及繼承法次序之安定性、違反憲法法律及社會改革之本質。」這種由最高法院及最高行政法院批評大法官釋憲有違憲法規定之舉，不僅失去釋憲結果應使憲法次序更見明確性與說服力之積極功能，反而更混淆憲政次序的明確性，實非法治國家所樂見。

<sup>26</sup> 這種法官階層，應當強調禮儀，將自己視為有品德的君子與紳士，乃是建立

這種形成對最高法院聲請內容標準的自律原則，以及大法官應當建立的「不得駁回」的禮儀體制，皆是此次最高法院提出王光祿釋憲案所引發的「火車頭效應」，對我國最高法院釋憲程序的完善，能夠帶來非凡的歷史意義！

## 肆、王光祿釋憲案應考量的利益衡量——憲法保障原住民的權益與野生動物法益的保障與比例原則的適用

### 一、憲法保障少數族群的權益

#### (一) 憲法位階的保障——憲法委託的條款

此次最高法院決定邁出聲請釋憲的歷史性腳步，尤其是強調了憲法保障原住民多元文化與尊重生活習慣的特徵，進而承認原住民擁有狩獵權，值得讚許。

觀之我國憲法增修條文第10條第11項規定：「國家應積極維護發展原住民族語言與文化之義務。」以及同條第12項：「國家應依民族意願，保障原住民之地位與政治參與，並應輔助及發展且須透過特別立法達成之。」而實際立法方面，立法院早於二〇〇五年二月五日便制定了一個頗為範圍廣泛的原住民族基本法，洋洋灑灑規定許多原住民應有的權利，以及國家應有的扶助義務等等。這些都是屬於「憲法委託」（*Verfassungsauftrag*）的概念。使得所有國家機關，無論是立法機關、行政機關、甚至司法機關都有全方位的履

---

一個有深厚司法傳統與精神的「法官形象」（*Richterbild*）所必須。德國司法界便認為法官傳統頗認為自己為司法騎士、貴族，有護衛司法尊嚴的義務。這種自我操持，也會衍生以禮待人，謹慎言行的準則。可參見 *Rasehorn, Kritische Justiz, Vol. 19, No. 1 (1986), S. 76.*

行該憲法委託的義務。典型的案例可舉大法官在釋字第719號解釋的立論便提及國家利用實施政府採購法的方式將保護原住民的憲法委託加以實現之適切例證<sup>27</sup>。

立法者是履行憲法委託的最重要對象，因此憲法委託也可以稱為立法委託（Gesetzgebungsauftrag），由立法者可以利用制定專法、或是其他相關的法律逐步建立保障某該法益的法律體系。足見立法者就如何履行該憲法委託的步驟、方式，擁有相當大程度的裁量權。在具體的實踐方面，立法者不應再延續如憲法委託條款般的抽象與概括模式，而是要儘量朝具體取得規範效力，俾可作為行政與司法的法源基礎的目的來制定。

### （二）原住民權益的特別保障——原住民族基本法的實踐與功能

原住民族基本法的保障功能本即應當履行這種任務，亦即化憲法的抽象性委託條款為具體，經由更細膩與周詳的法律規定，將此些原則性的保障條款具體化，創造出具實質規範力的基準法。這在一審及二審的判決攻防中，法官之所以不厭其煩一再申述相關法律開放原住民擁有獵槍以供其狩獵之用，以及在野生動物保育法與狩獵祭之間尋求一個調合狩獵文化傳承與維護野生物種均衡生長的平衡點並闡述相關立法考量等等，顯見原住民族基本法已經在此部分，發揮具體拘束法院判決的規範效力。

再而，最高法院提出的釋憲案也質疑野生動物保育法限制狩獵的立法理由，認為該限制有牴觸原住民族基本法的立法精神而引發違憲疑慮，這些在在都顯示出已承認原住民族基本法具有實質上的法規範力，否則並無提出釋憲之必要。因此，在立法手段上，堪稱

---

<sup>27</sup> 關於憲法委託的概念可參見陳新民，憲法基本權利之基本理論（上冊），頁1以下，2008年1月。

屬於成熟的立法模式。

然而原住民族基本法中仍存有許多屬於「原則性」的立法條款，有待日後的立法才能實現；另外也有不少所謂「畫大餅」式，或是「天馬行空」式的立法規劃，這些將會注定立法不成，而淪為永遠的承諾、跳票以及道歉……等的政治遊戲。這兩大法規特性的弊病，到處充斥在原住民族基本法之中。

在前者的原則條款，本法許多都重複憲法增修條款的相關內容，以及「另以法律規定」，這便喪失了原住民族基本法作為履行憲法委託的執行法與具體法的功能，而將憲法委託具體化的任務推給以後的立法者。所以這些原則條款只有宣示與期待功能。

更嚴重的是所謂的「畫大餅」立法，似乎都過於理想且顯難以實現。一旦執意執行，小則傷筋動骨，大則會造成國家整個法治秩序的混淆。

僅就以「更動項目」最少的所謂「更名」而論：例如原住民族基本法第11條規定：「政府於原住民族地區，應依原住民族意願，回復原住民族部落，及山川傳統名稱。」這一條看似簡單的「更名條款」似乎忽視臺灣所有原住民的地區，山川都有原住民的原名，政府能夠依該法規定一一更正之？需知更動一地、一山、一川的名稱將牽動多少公私文書的更正，要耗費多少國家與社會的資源？

在會對我國法治社會造成不可預料的大變動，莫如「歸還原住民土地」的立法目標，又可舉原住民族基本法第20條第1項規定為例：「政府承認原住民族土地及自然資源權利。」然而，這些歸屬原住民權利的土地究竟何在？若該地區內已有的私有或公有土地的區分如何能再歸還原住民？而我國憲法第43條第1項已明確規定：「中華民國內之土地屬於國民全體，人民依法取得土地所有權，應受法律之保障與限制。」同條第2項也規定：「附著於土地之礦，及經濟上可供公眾利用之天然力，屬於國家所有，不因人民取得土

地所有權而受影響。」如今原住民族基本法第20條第1項的規定，是否已將原住民的土地與自然資源由原住民獨攬？而導致上述憲法規定失其效力？同條第2項也規定：「政府應當設置原住民土地調查與處理委員會，以特別立法的方式來處理原住民族土地的調查與處理。」同條第3項且明定：「要將原住民族所使用的土地、海域的回復、取得、處分、計畫……都由法律另行規定。」換言之，這是將原住民族曾經擁有過的土地，甚至海域，由所有權至處分權都可能全盤更動與調整。如果政府果真依此方針立法並執行，則似乎整個臺灣原本就是原住民的天下，而後由移來的漢人所占據，即使現在全國的55個鄉鎮（其中30個山地鄉，以及25個原住民平地鄉）被視為原住民地區。

是否劃入原住民地區依現行法制，例如原住民工作權保障法（第5條針對相關機關強制雇用原住民規定）是有異於非原住民地區的差別。然而，究竟要如何區分原住民區？若只是保障原住民就業權利，給予特權牽涉尚小，若要涉及歸還原有土地、獨占天然資源以及決定或參決公共事務或公共建設，當然會產生排擠其他住民的權利，可謂驚天動地！這立即會面臨原住民地區劃分的問題。

眾所周知，臺灣漢人移入已經超過三百年，這三百年間漢人從來沒有停止往山地侵入。臺灣各山地已非純為原住民所居住之處，閩南人、客家人，以及甚至退伍榮民早已深入山林經營果園、茶園或其他墾荒。即使前述30個所謂的「山地鄉」也是在一九四五年所認定，至今已超過七十年，勿忘當時政府尚未遷來臺，大批的外省人士也未進入臺灣。所以目前山地早已是原住民與其他國民混居。土地所有權的分布，呈現犬牙交錯之勢，政府有必要也要有能力，甚至憲法許可透過立法方式，來對這些土地的所有權再作重分配？

臺灣社會是否能承擔這種宛如革命的巨大折磨<sup>28</sup>？

即使採取比較和緩的「原住民參決權」，同樣也會因界分領域的困難造成翻天覆地的結果。觀原住民族基本法第16條第1項為例：「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。」這是將原住民族居住地周遭不特定的範圍內，公有土地的開發所為的限制，然而無論範圍多廣，牽涉事項之多，甚至原住民部落如何同意與參與獲利分享的程序，都失之於空泛，而同條第3項將此些規定的細部要件由「中央原住民主管機關另定之」顯然是將地方、偏遠原住民如何決定涉及其權益的細則規定，概括授權由中央行政機關來包攬，似乎完全與所謂的原住民部落之事不論由組織、人事或裁決程序方面，都應由原住民組成之團體決定之，因此很難由中央主管機關比照一般行政事務般，制定僵硬的施行細則之子法來全國一致的適用在所有的原住民部落之上。

勿忘這可能又會造成另一個類似「環評」的弊害，有了賦予原住民參決或其他特別權力的地區界分不明的問題在前，而後又產生了原住民應當分享地區開發利益的權利，換言之，一旦政府或一般國民在有原住民的地方進行開發或投資行為，不僅許可程序變為更複雜，而後更有可能由原住民單方要求「回饋金」等利益分享的困擾，試問「這些程序與結果的不確定性炸彈」是否會嚇退所有的投資人？是否符合法治國家的依法而治、法律保留以及法律明確性原則？

甚至，為了形塑原住民部落乃是其部落文化的母體，避免傳統

---

<sup>28</sup> 可參見胡博硯，各國原住民自治制度之權限差異與研究，載：第八屆原住民傳統習慣與國家法制研討會會議手冊，頁164以下，2017年12月。

部落組織因現代社會統一的行政制度而瀕臨破散，原住民族基本法在二〇一五年十二月十六日且增訂第2條之1：「為促進原住民部落健全自主發展，部落應設部落會議。部落經中央原住民族機關核定者，為公法人。」這是原住民部落的「公法人化」規定。

為了落實此一規定，行政院原住民族委員會在二〇一六年預告「部落公法人組織設置辦法」草案，盼能加強部落自治能力，讓部落取得公法人地位，進而恢復重建部落傳統制度。希望除了放寬部落公法人代表人的擔任資格，同時明定直轄縣市政府等地方主管機關，有共同協助部落公法人的義務。這個公法人的構想，引發許多討論與批評，但主管機關似乎未能重視：所謂公法人的組織與特性，乃是必須承擔一定的公共任務，不同於私法人，特別是社團法人，必須依據其社員的意志而運作。質言之，私法人基本上比照私人可以享有基本人權（除了本質上無法具備，例如行動自由、犯罪能力等行為自由、人身自由），但公法人則否，並非人權的享有者，僅在法律特別許可時才有例外給予人權。這是憲法學的基本理論<sup>29</sup>。這是因為基本人權的制度主要在防止國家對人權的侵害，即所謂的「防衛權」。如今公法人正是得行使公權力擔任行政任務的法人，甚至由國家公權力處移轉一部分的權利與義務，因此亦有可能作為侵犯人權的來源。故憲法學上總是給予有限度的權利主體及訴訟權限。

如今，原住民族基本法第2條之1的第2項更進一步地將這個決定部落重要事務、維繫傳統文化與權益的部落會議之核定、組織、部落會議之組成、決議程序，及其他事項之辦法，不由部落之成員或部落會議之族人來決定，反而交由中央主管機關全權決定之。是否已經完全剝奪部落會議作為部落人民的自主與自治組織，以及享

---

<sup>29</sup> 參見陳新民，同註16，頁137以下。

有幾乎完整的基本人權之地位，改為類似行政組織之公法人，不知是否開了保護原住民自治權力的倒車？

同時，部落會議是「應設組織」，故此部落公法人之會議，應當三思是否有嚴重的違憲之虞？以及一旦實施之後會否造成原住民間更大的矛盾，加深與政府之間的誤會和困擾？

上述信手拈來的案例都說明原住民族基本法的定性依然不明，許多「願景式」的條文似乎都為將來原住民的政策定下一個困難至極，又未必能符合公平或正義理念的立法方針。立法的大餅畫得如此之大，主管機關實現的能力自然相對顯得渺小，無怪乎蔡英文總統在二〇一六年八月一日向原住民道歉，認為我們雖然有一部相當進步的原住民族基本法，「不過，這部法律，並沒有獲得政府機關的普遍重視。我們做得不夠快、不夠全面、不夠完善。為此，我要代表政府，向原住民族道歉。」

如果原住民族基本法還繼續朝著不務實、不具執行性，及口號式願景的方向一意孤行，恐怕類似蔡總統的道歉，會成為「年度例行公事」。也會產生許多類似王光祿案件所引發的違憲爭議，給各級法院及大法官帶來更多的案源與困擾。

### (三)大法官過去相關解釋案例中的利益衡量考量

對原住民權益的特別重視，立法者履行了憲法的委託，制定了有利於原住民的條款，自然很容易的產生了有無抵觸平等權的疑慮。就此而言，大法官過去的相關解釋，已經提出明確的合憲依據可以作為本號解釋的定調。大法官日後的解釋必須斟酌過去類似案件的理論思脈，除非附有正當性理由，否則不能前後矛盾，是為「體系解釋」，也才符合「體系正義」（Systemsgerechtigkeit）之

原則<sup>30</sup>。

這便涉及到了憲法平等原則是否遭到侵犯時，特別是對少數或弱勢族群，採行優惠式的立法（Affirmative Action）來增強其競爭能力，是否會導致減少對其他族群的扶助，而有害公平競爭原則？此在上世紀六〇年代美國法學界對此合憲與否的問題曾進行長達一、二十年的討論<sup>31</sup>；同樣的，德國也在上世紀五〇年代開始對於收入較低以及老弱殘障國民，國家所採行的各種福利措施、排除嚴格的依法行政原則是否將造成牴觸平等原則與違憲之虞的爭論，都在德國公法學界反覆討論，也因此為針對國內少數族群、社會困難階層人民的實質救濟，以及屬於維繫國家多元文化，提倡社會正義……等等目的，卻認為屬於國家特別應盡的救助義務，因此立法者必須給予國家採行的各種優惠政策，能夠有一個完整的法規依據起見而為積極立法之義務。

隨著檢驗這些優惠立法政策是否符合憲法之意旨，有無過度的侵害到其他人民的權益？德、美國法學界經過長年的實踐，也獲致了相當具體的檢驗標準，例如比例原則便是判斷優惠措施有無過度渲染少數族群受歧視情況的嚴重性、也可據此檢驗優惠措施的實效性、正當性及說服力，以防止採行的優惠措施會過度侵害社會的公共利益，例如減少了其他族群重大的就業機會等。這種對於少數族群的「優惠式政策」合憲性檢查機制與判斷標準，便形成憲法平等

<sup>30</sup> 參見李惠宗，「體系正義」作為違憲審查基準之探討——以釋字第228號解釋為素材，憲政時代，16卷2期，頁26以下，1990年10月。

<sup>31</sup> 可參見廖元豪，美國「種族優惠性差別待遇」（Racial Affirmative Action）合憲性之研究，東吳大學法律學報，9卷2期，頁1以下，1996年8月；王玉葉，美國最高法院處理優惠待遇（Affirmative Action）案件之新趨勢，載：美國最高法院重要判決之研究：1993、1995，頁171以下，1998年12月；引自陳新民，同註16，頁211以下。

原則的最重要之操作標準，換言之，將傳統憲法學界有關平等權的檢驗，多半推給立法者的理智判斷——所謂「立法者有無恣意判斷」之上，並假借「事務之當然」（*Natur der Sache*），讓立法者擁有及大的裁量自由來區別同同、異異——所謂相同者，應有相同的待遇；不同者，應有不同的待遇。從而何兩者為相同或相異的判斷。這種根據不同事實、規範對象的差異，而應當要有不同的法律後果，其差別待遇的判斷是否具合理性，方是有無符合平等權的判斷所在。這也是我國大法官在實務上所採行的「差別的具體關聯性」標準。例如，大法官在釋字第745號解釋（同見釋字第682號、第722號解釋）所表示的：「憲法第7條規定人民之平等權應予保障。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規所以為差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類予規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定」。這裡所提到的「區別分類與差別待遇的目的需正當，且彼此有合理關聯性」正是區別判斷有無合理化的標準。

可知上述要否區別化及採行的區別待遇之種類，可全由立法者決定，形成了平等原則是憲法上最空泛也很難實現的原則。既然這裡提到「立法者採行區分手段與方式的合理義務」，便涉及目的與手段的關係。使得最擅長調和目的達成與適切手段的憲法比例原則及其對此原則的操作，所產生了許多具體的判斷原則，便在此有英雄用武之地，正可以挽救了憲法平等權依賴「立法者有無恣意判斷」的空洞化危機。因為立法者有很多理由可以為其所為的差別待遇提供合理化的理由，而掩蓋其內在的真正恣意（*Willkür*）。

運用比例原則，可以讓釋憲者介入平等權的判斷標準，檢驗立法者有無在為各種優惠政策時，對可能造成其他人民重大法益的侵犯進行嚴格的法益均衡。其中若是對於重大價值法益的限制，例如生命、健康及人性尊嚴等侵犯時，都要給予較重分量的保障，天秤

必須傾向此方；另外對於基於種族、門第、來源、宗教所為的區別式待遇，也必須給予最嚴格的審查標準，理由是這些歧異，正是歧視性待遇的產生溫床，必須給予最嚴格的合憲性審查，才可以避免任何隱藏式、假借名義式的歧視條款，隱藏在優惠條款之中。

這也是德國聯邦憲法法院在一九八〇年十月七日判決所提倡的所謂「新模式」（*Neue Formel*）判斷基準<sup>32</sup>，認為必須在法益受侵犯的種類與分量間作一理智的區分，同時要強調「因人的差異」或「因事的差異」不同而有不同的檢驗標準，對人的差異就要採取最嚴格的審查標準。

另外，根據基本人權受影響的種類也可以導出檢驗標準的嚴格與否，對此例如對職業自由的限制，由德國聯邦憲法法院在一九五六年六月提出所謂「藥房案」的三階段審查論，便是對職業自由的限制跟情況給予三種寬嚴不同的審查標準。其中對於職業獨占的標準是最嚴格的，便是受到這種「新模式」理論的影響。大法官在釋字第649號解釋便是採取這種嚴格的審查標準，認定當時保障盲胞按摩獨占的身心障礙法規定牴觸了比例原則與平等原則而無效，故是採納嚴格的審查標準。

然而，我國大法官在過去遇到優惠性政策，或是嚴苛條款來對待某一些國民時到底有無採納歐美主流學說以及德國聯邦憲法法院所實施的「新模式」審查標準，還是採行信賴立法者理智判斷（所謂恣意禁止）的老式審查標準？以及在王光祿案是否有與過去相類似的案例，可讓吾人推測出大法官可能獲應該採取的詮釋方法論，而不會在相關解釋作成後造成國內學界與實務界「突襲性的

---

<sup>32</sup> BVerfGE 55, 72/88; 參見Juliane Kokott著，李惠宗譯，聯邦憲法法院判決中的平等原則與歧視禁止，載：德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集，下冊，頁139以下，2010年10月。

驚訝」。

近年來對於某些國民採取不同的法律措施，而且是以優惠式立法相悖而行的給予不利、嚴苛條款，這是比給「少數得利」的優惠條款更嚴重的讓「少數不得利」，更容易形成歧視效果！吾人可以想想當年美國對於少數黑人、德國納粹對少數猶太人的不利益歧視便知道這種以強壓小的歧視，就應當對其是否合憲應給予最嚴格的審查依據。

而早在大法官作出釋字第682號解釋便是這種針對少數族群的不利益條款。本號解釋原因事件有關於已經通過中醫檢覈考試者，在獲得中醫執照前最重要的中醫特考規定中，有比醫學院畢業的考生更嚴格的規定（例如某些科目有錄取最低標準分數），引發是否抵觸平等權的問題時。代表本號解釋的多數意見，居然漠視大法官釋字第649號解釋所採納的嚴格審查標準，竟採行寬鬆與形式化的審查而給予了合憲的依據。<sup>33</sup>

按大法官為何不繼續延續早在二〇〇八年十月便作出的第649號解釋之中，所已經採納了「新模式」理論，使用比例原則來檢驗區分不同對待是否具有正當性，並且對於屬於人的不同待遇，以及涉及基本人權的種類，採行最嚴格的審查基準，作出否認優惠性的立法具有「合憲」的結論。即便在這個視障同胞受到憲法特別委託條款保障，並且以透過立法的規定，特別保障其有從事按摩業的獨占權，為何通不過合憲審查的嚴格審查基準？細查大法官在此號解釋其論點，頗值得玩味。且為了對比本號解釋與第682號解釋的論理脈絡，吾人不應忽視之，故可詳予分述如下：

1. 大法官的確承認視障同胞應當受到國家特別的扶助，此在憲

<sup>33</sup> 陳新民大法官在釋字第682號解釋所提出的不同意見書，已對此有所著墨，可參見之。

法增修條文已明確獲得依據，因此身心障礙保護法所特別保障的盲胞按摩獨占制度，具有重大的公共利益，乃符合憲法的理念。

2. 大法官亦承認，視障同胞的就業機會明顯比其他正常同胞、甚至其他殘障同胞都難覓得工作，故身心障礙法的獨占規定，視為是保障視障者不可或缺的規定，亦即滿足必要性原則。

3. 然而大法官卻質疑本制度實施數十年來，視障者社會與經濟地位未見提升，顯示身心障礙保護法的保障功能有限；其次，鑑於限制其他人民擔任按摩業，會犧牲按摩產業化的正常發展所帶來的就業機會與經濟效果，大法官經過最後的「利益衡量」，確認視障同胞的按摩獨占制度，所獲得的利益不如損失利益之大，而宣布牴觸比例原則（精細而言，乃是第三種子原則——均衡原則）而違憲。

4. 「新模式」的審查標準也要求對於所侵犯的人權種類及其應受憲法保障的分量，都要進行適切的平衡。所以不同的人權受侵犯時，如果學界或實務界對這種人權有特別的保障及判斷標準時，必須從其標準，並放入比例原則的審查過程之中。故，就業的獨占既然涉及限制人民選擇工作與職業的自由，而學說上討論憲法許可獨占的界線，乃是受到德國聯邦憲法法院在一九五六年六月一日所作出的「藥房案」判決，所創設對職業自由所為的限制應採行的「三階段審查論」（*Dreistufentheorie*）。依該理論凡是對於職業自由之主觀限定者，典型的例子例如獨占的許可，必須採取最嚴格的檢驗，方足以排除牴觸平等權之疑慮。故對視障同胞的獨占按摩業利弊，尤其是限制到不得擁有從事按摩業者的基本人權及其受侵害的分量，都應當要特別的重視，並拿來與實施獨占制度的法益相互權衡。

在大法官作出釋字第649號解釋，依據新的理論——對於基於「人的因素」（視障同胞）所為的優惠性措施，必須依照所限制的

他人人權之種類「自由選擇職業之權」之限制所必須依循的「三階段審查」中最嚴格的標準進行審查，從而導出了不足以形成對少數族群給予特別的就業保障特權之正當性理由。表明採行嚴格審查論，將加大了給予差別性立法合憲性的困難度。

本案王光祿是原住民，其生活權利與扶助乃受到憲法高度的重視，這種對少數族群的權利，應當受到憲法特別的保障，似乎與釋字第649號解釋對象所及的視障同胞，同樣都是享受一樣的憲法保障密度，但是大法官在過去的解釋例上，卻沒有採行釋字第649號解釋所為的立論，反而積極實踐了憲法委託的意旨。

最典型的案例乃是釋字第719號解釋。本號解釋乃是針對原住民工作權保障法及政府採購法，對於政府採購廠商於國內的員工總數逾一百人者，應於履約期間雇用原住民，人數不得低於總人數1%，進用人數未達標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納相當之怠金，此規定大法官宣示並不違反平等原則、比例原則，也未侵犯廠商之財產權及非原住民人民之工作權。對於次強制聘僱的規定，大法官認為可由憲法增修條文第10條第12項保障原住民的憲法精神以及聯合國原住民族權利宣言（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, UNDRIP）、以及國際勞工組織原住民和部落人民公約（Indigenous and Tribal Peoples Convention）的相關規定，來保障原住民的就業權利是國家重要的公共利益，而政府採購法且是政府行為之一，故應支持此一國家任務。在此，對原住民強制聘僱條款，排除了牴觸平等原則的疑慮。

其次，另一個重點乃是有無違反比例原則的問題。值得重視的是，大法官在此號解釋並沒有採納舊式（恣意禁止）審查標準，而是將比例原則納入審查，似乎接續著釋字第649號解釋運用比例原則的方法論。但大法官卻只是「虛晃一招」並未真正的體會比例原則之精神，尤其沒有針對這是「因人而異」而為的差別待遇，應以

嚴格的審查標準來判斷，區別待遇的正當性是否存在。

大法官在本案運用比例原則來審查，認定沒有牴觸比例原則之處為：鑑於1%的強制聘僱制度，對於規模大的公司而言，可以安插的工作機會甚多，不會產生排擠作用，故不會造成太多的損害，以至於牴觸比例原則。

比較起上述三個涉及牴觸平等權的不同待遇，都涉及了採行何種檢驗標準，三個理應都採行嚴格審查標準的案件，大法官只有在其一採行嚴格審查標準，其餘兩個為寬鬆審查，自然導出合憲結論。如今，王光祿案能否獲得勝訴，大法官採納的審查標準當是關鍵所在。

其次，大法官決定審查的標準應當涉及到所限制人民權利種類、以及受到憲法保障程度大小的問題。

就法益的影響大小而論，釋字第649號解釋承認視障同胞的工作機會幾乎只有按摩一種為主，故優惠制度涉及視障同胞養家活口的生存權，其分量之重無與倫比！故這些國家的特別扶助立法，都可由憲法的條款獲得明白的合憲性依據<sup>34</sup>。反之，非視障同胞者，

<sup>34</sup> 對於視障同胞的工作與就業扶助，我國憲法不僅在第155條規定：「人民之老弱殘廢，無力生活，國家應予適當的扶助與救濟。」此外，憲法增修條文第10條第7項又規定：「國家對身心障礙者之保險與就醫……就業輔導、生活維護與救助應予保障。」上述憲法兩個條文殘障人士的憲法意旨，具有重大的公共利益已毋庸待言。因此政府在保障就業的特殊條款中，也已經落實保障殘障人士的政策，例如：身心障礙保護法第38條已有類似規定（各級政府機關、公立學校及公營事業機構員工總人數在三十四人以上者，進用具有就業能力之身心障礙者人數，不得低於員工總人數百分之三）、彩券法第8條（公益彩券經銷商之遴選，應以具工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭為優先；經銷商僱用五人以上者，應至少進用具有工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭一人）。身心障礙者保護法（第37條第1項）履行憲法增修條文的保障視障同胞的意旨，規定了非視覺障礙者不得從事按摩業。這是將日據時代已透過行政命令所賦予視障人民「按摩獨占」權的制

仍有許多的工作機會，並非只能靠從事按摩一途不可。所以，法益相比，根本不敵視障同胞的就業依靠程度。然而大法官卻非由他人的就業機會平等權來論，而是以按摩產業正常化所能帶來的經濟產值與就業機會的龐大利益來做對比，則個人工作室式傳統按摩業自然無法與之匹敵，才導出大法官認為牴觸平等原則之理由所在！本文對大法官這種法益輕重的判斷，實不敢苟同也！

對比釋字第719號解釋保障原住民強制雇用權，的確原住民的工作機會不應當只可能在獲得政府採購機會的廠商，而且是超過人員百人以上的中型公司為限。易言之，即使沒有採購公司之強制聘僱，原住民也並非不能獲得工作與生存，足見其依賴性也非釋字第649號解釋的按摩之於盲胞之重要性！所以是一種補強的施恩措施，也是典型的津貼式福利措施。而在受到權利侵害的一方，顯然只有極少的財產價值損失——充其量只不過多聘用少數不適任的原住民而已，對比其公司規模的龐大，區區損失應不足以形成嚴重不利益，此即大法官在理由書中所言：「大規模公司規模比較大，可調派的工作甚多，因此即使無技術、經驗的原住民，也容易在此大公司內獲得起碼的工作機會。」故本號解釋是兩邊都不是重大利益損害的平衡，而使得大法官對即使是屬於「因人而異」，理應採嚴格審查論者，反採寬鬆審查，可以歸功於所涉及權利的分量之輕也。

反觀本案王光祿釋憲案，能否獲得大法官青睞從而得到有利的判決？有賴大法官採納嚴格審查標準，則必須著眼於「因人而異」的區別待遇，無論如何應以嚴格的審查標準探求其正當性；其次，當以區別待遇所侵犯與獲得的利益種類為何，來予判斷，特別是聲請理由書中已經提到的狩獵權、傳統文化傳承權、人身安全、野生

---

度，予以法律化。

動物維護，以及限制狩獵的程序等等，都是必須在此次大法官審查的過程中不可忽略的對象，也可讓吾人藉此檢驗其與前述三號相關解釋所採行的方法論與審查標準有無連貫性。

## 二、本案的法益衡量與解決方針

### (一)事實的疑惑：臺灣山地到處可「拾獲」獵槍？

本文前所提到與王光祿案有「出奇的巧合」，竟然全國有如此多的原住民在山地拾獲自用獵槍的案例，臺灣美麗的山地風光竟然可以遺落有如此多的獵槍？真令人感到不可思議！縱然不論及我國法院似乎普遍採納被告此種「脫詞」的現象，這是法院必須依照事實毋枉毋縱，善盡調查證據之義務，但似乎透露出只要被告提出這是拾獲的獵槍且該獵槍是土製的落伍獵槍，即可以逃脫法律的制裁。

這種實務上屢見不鮮的現象，頗令人納悶。按理，只要獵槍是依部落的傳統工藝所製成，可被認定為自用。以法院的認定，這些獵槍是可以轉讓，易言之，不僅製作及連擁有都可以免罰。前述在各地法院出現甚多的拾獲獵槍之案件，被告為何不主張這些獵槍本即是土法自製，可以由朋友處取得或購得，都可以不必承擔法律責任。捨此不為，反而眾口一詞說明是「拾獲」而使自己落入侵占他人遺失物之罪嫌，為何捨棄對自己有利之說法而不取，反而選擇會讓自己陷入法網有罪之說詞？此實在令人費解。合理推測，大概是擔心其所持有之獵槍並非真正土造，而是透過買賣的方式取得比起一般土製獵槍更為先進，唯恐屆時法院認定該獵槍過於先進，而不會被認為是自製獵槍，勢必要依重法處罰。因此，保險起見，才稱為是撿到獵槍。

上述說法也必須和法院審查實務上對自製獵槍的認定是否以比

較簡單或以外表精密複雜度來作判斷。是故，本案王光祿的獵槍，竟有配備瞄準鏡，當然一望可知此乃較先進的獵槍，而與常見的自用土製獵槍迥然不同。

這種推論當然尚待實務界的檢驗。但也觸及到本號解釋必須正視的問題：有無必要將重點集中在「自用獵槍」的定義，以杜爭議，還是必須釜底抽薪，藉著本案釋憲的提起，檢視原住民的狩獵權限，從而檢討原住民應當擁有何種槍械，以及承認原住民擁有槍械的憲法理由時，應一併檢討人民一樣能擁有槍械的憲法基礎。換言之，應當檢討建立武器權的法制以及當原住民擁有狩獵權時將會對我國實施野生動物保育法造成何種衝擊？如何作正確的法益均衡，從而建立一套更先進的「狩獵法」，也是本號解釋應當延伸產生的議題。以下分別討論之：

### (二)毋庸在「何為自製」的概念中打轉

原住民觸犯甚多件的野生動物法案件，導致多年來法院間有罪、無罪的判決無一個明確的評判標準，故而造成相當大的爭議，細究罪魁禍首應當是系爭法規一對「自製獵槍」的立法規定不明確所導致。

前已述及，猶記得在第一審的判決時，被告律師已明白的質疑對於槍砲法自製獵槍之定義，內政部的「每次由槍管塞進黑色火藥」的前膛槍定義，到最高法院的擴張至後膛槍在內，以及辯護律師指摘內政部見解的超越法律所無之規定，到二審判決所認定的內政部函釋的確有子法超越母法的現象，且明白宣示法院不受內政部函釋的拘束，而自行舉出以母法的精神自製獵槍，不管前膛槍或後膛槍皆有可能，但仍需配合「自製子彈」不可。

在這一、二審的爭執過程，明白凸顯出相關法條對於自製獵槍的詮釋相當紛亂，也是一個典型的「模糊立法」。已喪失法律明確

性的原則才會引發出狹窄的函釋限定概念、最高法院的擴張見解與二審判決認定的函釋違法違憲而法院毋庸遵守，……都足以構成法院停止審判，聲請大法官解釋。然而本案卻先在最高法院審理時，未對此明顯的違憲性有任何懷疑之處，反而逕作駁回之舉。而後經最高法院檢察署檢察總長提起非常上訴後，最高法院方決議聲請大法官解釋，似乎其發現法律違憲的領悟力過於遲鈍，故檢察總長的非常上訴產生了重要的「提醒功能」。

也因此，本案自始至終所存在的一個爭議，也是最高法院在對王光祿案所提釋憲的主要爭點所在——即槍砲彈藥刀械管制條例只允許原住民擁有自製槍械，而不准許擁有更先進、安全的槍械來供打獵之用，顯然已經在字裡行間顯示出這可能不僅會侵犯原住民狩獵、侵犯原住民傳統生活習慣，也可能不能保障其生命安全。

這種聲請意旨暴露出最高法院質疑系爭法規一的立法例，只給落伍的獵槍並不能保障原住民的生活習慣、狩獵權及保障安全的法益，因而要求給予更先進的獵槍。反之，對其他非原住民之國民即使出於其他理由，例如：娛樂、運動而有私造槍械者，系爭法規一卻加以處罰，連自製的獵槍都不允許，遑論更先進與安全的獵槍？這種嚴重的對比，連大法官都不懷疑此罰責之違憲性。

典型的案例可舉大法官在釋字第699號解釋對於擁有或改造空氣槍一律比照擁有或改造制式武器般處以重罰，乃是違反比例原則而違憲，但大法官並不質疑人民因其他理由擁有槍械卻遭處罰是否將發生抵觸憲法的問題。大法官很明顯忽視了當國民一旦有更重要的法益需維護時，例如：人身安全所必需時，如何防衛自己與他人安全的問題。鑑於危害自己或他人安危最有效的工具，當是槍械，尤其是當今作姦犯科者不乏容易取得槍械作案，如此一來，應當許可人民擁有為保護自身與家人或他人安全所必須的武器，因此應當建立人民「擁有武器」的權利（Waffenrecht），才能確保人民的生

存權與健康權利。<sup>35</sup>

(三)由開放原住民擁有自用獵槍著眼，建立人民擁有自衛槍械的權利

本釋憲聲請若要能產生更積極的憲政意義，應將關注的焦點由擺脫原住民對自製獵槍的定義束縛，進而導入不以是否為原住民作區分，而使人民擁有槍械的「權利」，如此一來就可避免再陷入何種為自製獵槍的概念爭議泥沼之中。

最高法院的釋憲聲請書提到：維護原住民狩獵權需要較先進的獵槍。除了利於狩獵外，應當還有「更安全的功能」，方足以增強其說服力。可想見：原住民若使用落伍的獵槍，面對凶殘的黑熊、山豬等凶猛的獵物時，經常會遭獵物反撲而受傷，甚至喪失生命。因此生命與健康的法益加重了此先進武器的合憲性訴求！至於狩獵效果——增加收入的經濟動能，顯然不能與之抗衡！

這個保障狩獵人的人身安全顧慮，同樣可用在檢驗其他人民應當保障其生命健康與安全，同樣需要武器時，系爭法規一能否逕予禁止的衡量標準之上。若前者許可原住民保障其人身安全，後者一般人民豈可不獲得相同的對待？這種不同的對待可否僅由應保障原住民擁有狩獵權為已足？答案顯然是否定的，從而大法官更有必要考慮人民與原住民一樣都有確保人身安全法益的需求，即擁有安全與先進的自衛武器。

當年立法院制定的槍砲彈藥刀械處罰條例，其立法意旨明顯的顯示出禁止人民持有槍械的「槍械恐懼症」，已經嚴重牴觸憲法保

<sup>35</sup> 參見陳新民大法官在釋字第669號所提出的協同意見書，而且在所有西方國家無不許可人民擁有槍械的屬於自我防衛的基本權利，例如美國且把人民擁有與使用槍械的權利提升到憲法的位階，此見諸該國憲法增修條文第2條的明白規定。德國也以武器法（Waffengesetz）為仔細的規範。我國乃仿效日本制定系爭法律。

障人民人身安全的原則。倘若大法官能夠在本號所作出的解釋中毅然打開此「槍械恐懼症」的大門，相信將更能夠確保善良與守法國民的人身安全，否則面對我國日益惡化的治安環境，以及犯罪分子與犯罪集團經常容易的從各種管道獲得犯罪的槍械工具，而被威脅的人民卻手無寸鐵，豈非剝奪人民得行使正當防衛之權？<sup>36</sup>

因此一個進步的法治社會必須承認、保障人民人身安全的公權力，終究經常無法及時與有效的提供保障人民安全的措施，每日在報章媒體上出現的犯罪行徑，正是說明公權力時常「無力感」的鐵證！倘被害人民擁有能遏止犯罪的利器與武器，相信必能阻止許多悲慘命運的產生。

#### （四）平衡原住民的狩獵權與國家保護野生動物的法制——建立妥善的「狩獵法」

最高法院提出的釋憲意見認為系爭法規二：「野生動物保育法限制原住民只能基於因動物逾量、學術研究、教育目的或傳統文化祭儀必要，進行狩獵，罔顧其生活習慣。既都未確實依據原住民族基本法檢討修正，且不符合兩公約揭示應事先與原民部落諮商，獲得其同意，和分享科技之惠的尊重、雙贏理念，並違反憲法增修條文肯定多元文化、維護原住民傳統及促進其發展的意旨。」

顯然最高法院認定原住民應當依其「生活習慣」，擁有狩獵之權。如果基於其他重要的公共利益，包括控制動物數量、學術研究等，則必須經過「事先與原部落協商並獲得同意」之程序方可限制之。換言之，最高法院的釋憲聲請表達其對原住民狩獵權的高度重视以及對其釋憲必須經過一定的程序方可。這種訴求，大法官勢必

<sup>36</sup> 參見陳新民大法官在釋字第669號所提出的協同意見書，已指陳此「武器不平等」現象。

應給予明確的答覆以及應否全盤照收？

在此，也必須討論原住民擁有狩獵權的憲法依據。先不論原住民擁有狩獵權的問題，而就一般國民是否擁有狩獵權的問題而論，由於許多可狩獵的標的（飛禽走獸），多棲於山林野外，自古以來都視為山林所有地主人的產權，狩獵權即和財產權合而為一。這種制度，許多國家，例如德國，依然實施。但野生動物的保護，已經成為國家環境保護與農漁政策，因此狩獵權的限制合憲性，也與財產權的社會義務性合而為一，並且，立法者有極大的政策形成權，來形塑一般國民的狩獵權內容。<sup>37</sup>

但是對於原住民而言，狩獵權的承認，似乎便與財產權無涉，換言之，並非由憲法財產權的概念衍生，亦非由地方居民享受地方公有財產所衍生的地區居民狩獵權（居民得在地方政府擁有的山林水域狩獵釣魚，視為地方居民的權利），而是立法者秉承憲法照顧原住民生活權與維繫傳統文化，所特設的制度，因此其立法裁量的範圍雖然亦廣，但因為憲法的特殊委託也加重了憲法保障的力度，而應有效拘束立法者的形成權範圍。易言之，立法者必須對「對抗」原住民狩獵權的相對法益的重要性，有正確的瞭解與衡量。

故系爭法規二乃以保護野生動物為主要的立法目的，而限制了所有國民的狩獵權，但是為了對原住民的文化祭儀、甚至對部分仍然依賴傳統漁獵方式生存的原住民，系爭法規二仍然給予有限度狩獵的權利，立法者便應當仔細衡量雙方利益的比重。尤其是，當上述保護原住民擁有狩獵權的理由，並不完備，便應納入考量，其中衍生出原住民得否擁有妥善的狩獵工具——獵槍，以及法律所許可的獵槍種類、品質，能否達到狩獵的目的？如果不能，明顯的讓憲

<sup>37</sup> 德國聯邦憲法法院在2007年便有一個判決宣示這種見解，DVBl, 2007, 284; Dazu, Badura, Staatsrecht, 7. Aufl., 2018, C. 85.

法保障的狩獵權名存實亡，此獵槍種類與品質的法律限制，即有違憲之虞；其次，如果獵槍的種類與品質，縱使可達到狩獵目的，但卻有帶來其他嚴重的不利益——例如可能造成膛炸、無法自衛等傷及狩獵人的身體或健康，則此獵槍的法律限制，更有違憲之虞也。

所以，立法者在為狩獵法的內容為利益衡量時，除法益權衡外，狩獵權——包括使用何種槍械的限制，以及罰則的範圍，都是立法者之比例原則應當發揮效力之處。

本文討論再三的自製獵槍不罰便是一例。這也是立法者衡量保護野生動物的政策與效果後，遵守比例原則的一個案例。此觀法官在一審判決不畏繁瑣、一一指陳系爭法規已經開了保護原住民生存與傳承文化而有狩獵權限的大門（特別指出：野生動物保育法在管理辦法中已有狩獵祭的設計，讓部落有一定的狩獵期，同時確保野生動物物種休養生息之機會），同時也認定野生動物唯有在繁衍過多時才准予捕獵，若不予管制，野生動物保育法將形同具文等。

對比最高法院的釋憲理由，一審法院法官的見解顯然更具宏觀性！大法官是否應當只專注給原住民一路開綠燈等擴大狩獵權範圍？尤其是依聲請意見，凡對狩獵權的限制，不論出於多大的公益，都要透過相關部落會議的同意？其結果如何？已不難意料也！

這種解決方式未免太過民粹、主觀主義，以及失之過偏？本文認為：這是必須高度的以國土規劃、環境保護，包括野生動物保護在內，來作出一個務實與理性衡量，並作出具體的規範，始能合理的確保原住民的狩獵權，以及野生動物合理繁衍的生存條件。

故本文認為應當建立一套先進周嚴的「狩獵法」（Hunting Right；Jägerrecht），來保障原住民的狩獵權以及保護野生動物。如果配額充足，甚至可以開放給一般人民申請。

準此，本文認為應當要採取下列的原則：

第一，「學術研究先於管制措施」：用總量管制來決定狩獵權

利的範圍。透過大幅度的學術與科技的研究，調查目前臺灣還有哪些野生動物，以及其數量、繁殖速度與珍稀程度。從而決定開放哪些種類野生動物可狩獵、數量多少。易言之，將野生動物種類的增長嚴格控管。承前述，野生動物保育法在管理辦法中已有狩獵祭的設計來讓生物物種休養生息。這已經是使用學術與科技研究方法，跨出總量管制的的第一步，但顯然仍不夠全面與定期化。

這在許多國家都行之有年，且獲得良好結果。以加拿大獵熊為例，該國每年便經調查後決定可開放打獵的數量，達到總量管制。否則國家永遠無法掌控野生動物的繁衍實況。連國家幅員如此之大的加拿大，可以對野生熊進行普查，區區臺灣小島則更是小事一件。同樣的總量調查例如對於孟加拉虎的保護與調查，甚至達到個位數字的精確、中國大陸對熊貓的數量調查亦同，這兩個地區的遼闊，更是數十倍或上百倍於臺灣，故對臺灣全島與大規模的進行野生動物的總量調查，應非難事。所以，完善的學術與科技調查應當作為一套完整與嚴格的野生動物保護法制的先期作業。

第二，以「正常的證照考試制度」取代「自由放任的特權開放制度」：除了在確定了野生動物的總量（包括漁業資源），以及每年的可狩獵配額後，便應當要採取「證照制度」，唯有透過考試瞭解哪些野生動物的鑑別方式以及相關法令後，才得以行使狩獵權。這也是歐美國家對於狩獵權所採取相配套的考試與證照制度，如此一來方可以取代自由與放任的許可制，同時避免不必要的誤殺，更能具體的保障野生動物的繁殖。這也是以「常態的管制化」vs.「特權的許可化」。如此一來，讓原住民用平常心與一般人相同的、但較有優惠的地位，獲得一定的執照，取代單方面的行政施恩特權更能確保原住民的尊嚴。

第三，對狩獵權的進行應個案追蹤——對狩獵結果應採「獵物申報制」：有效的實施野生動物的總量管制，不能夠採取自由放任

的態度，而是必須採取「個案監督」的方式，唯一的辦法是課予狩獵人「獵物申報制」，獵物捕獲後必須照相存證，並寄送主管機關存參，應紀錄大小、重量、性別……等。例如：加拿大對於熊的狩獵許可便是採取這種方式，德國或英國許可打獵例如野鹿、狐狸也都是採取這種獵取並申報的制度。此制度也應當推及於漁業方面，對於海洋生物，例如：螃蟹、鮑魚、海參……等應當嚴格限定大小以及不能抓抱蛋的母蟹、雌魚，或是設定一定捕獵期等。<sup>38</sup>

這種獵物申報切不可視為擾民之舉，否則由於狩獵之處都在山地偏遠之處，也多半是公權力監督最薄弱之處，如不課予狩獵者申報義務，無異獎勵偷獵，將形成立法嚴格、執法寬鬆，則所有野生動物保護的措施、定期的總量管制……都如同鏡花水月。

至於採取這種狩獵申報的好處也可以使得狩獵的結果能合法的變成商業行為，更可以保障原住民合法與穩定的生活。

第四，為加強原住民部落的專門意見，對這些狩獵權利的設計、內容、考試作業，尤其是查核狩獵法的執行結果……等交由原住民部落或代表參與決策，這也是最高法院釋憲意見中的一項考量：讓原住民部落之意見能為野生動物保護政策執行者與制定者所尊重。特別是國家可以考慮設立一個專業的「環境保護與野生動物保護警察局」的單位，招募原住民擔任狩獵監督工作，更能夠強化野生動物的保護與原住民愛鄉護土的協力感。

---

<sup>38</sup> 例如德國在1952年便制定了聯邦狩獵法（Bundesjagdgesetz），對狩獵權利詳盡規劃，且以取得執照為狩獵權利的前提（第15條），本法是一個高度技術性的規範，不僅包括得作為狩獵標動物種類，也仔細規定得擁有狩獵權的資格，例如只能在自有土地及山林地內，擁有狩獵權，以示對財產權的尊重，他人除非經過許可，最典型的例子是透過租約取得狩獵權利，否則不能在他人土地內狩獵；另外居民可在地方自治團體所擁有的山林原野狩獵，視為住民的權利之一，但也是有嚴格的申請程序。德國的立法例可供參考。

## 伍、結論——歷史的一步，與開創新制的先機

本文先強調最高法院能夠擺脫過去消極的面對大法官審理案件法所賦予的聲請釋憲權利，固然有表示尊重權力分立、不質疑立法者通過法律的違憲性之美德，但終究是違背法治國家實施違憲審查制度具有確保國家實施更精密與先進的實質法治家之理念，而法律賦予法院能有權限提出此釋憲聲請者，也意味者其可協助大法官使我國憲政實務能有一個更完美的藍圖與願景，其怠於履行此職責，無異放棄了共同建設美好憲政體制的協力義務。但本文也希望對最高法院此遲來的覺悟，應當要給予正面的評價，也希望藉此能夠引發最高法院砥礪自己今後能提出最好的釋憲案，減輕大法官專業思慮的負擔，並作為全國各級法院法官的表率；從而大法官也應當建立禮遇最高法院聲請案，形成（必定受理的）憲政慣例，以表示對終審法院的尊重與禮遇。

而在聲請案的本身，本文也希望大法官在解釋的方法論方面，能夠站定腳跟，明確認定所採行的審查標準，並且對所牽涉的諸多法益進行妥切與衡平的判斷，來一掃過去數年間對於優惠式政策所引發的諸多判斷依據，忽而採取嚴格，忽而採取寬鬆的不一貫態度徒引起學界不必要的抨擊與困擾。

至於原住民權益的保障的確是國家應盡的義務，國家應當盡一切可行的方式來提振原住民的生活水準、增加就業競爭能力，以及為了建設多元化的國家，應當儘量保存其文化傳承，避免語言與部落文化的淪失。

為了此憲法委託的實踐，我國政府確實制定了許多原住民的法律與規範，然而這些法規仍然有許多流於畫餅式的不可行條款、而非具體履行憲法委託的細節性、執行性條款，導致原住民法許多至今、甚至永遠都無法實現的空泛立法。

這種政見式立法，完全悖離法治國家的法律，應當作為具體規範人民與國家間法律關係依據的特徵。易言之，法治國家的每個法律條文都應當盡可能是能在個案產生具體化、規範力的條款，否則一個國家的法律中類似「無拘束力」、「尚無拘束力」的條款太多時，該國的法治水準必然低劣，法律自然得不到人民的尊敬。故我國有關機關日後擬定有關原住民法益的規範時，務必要以目前許多空白與空洞的立法為戒，勿重蹈覆轍。

最後，吾人願引述孟子在兩千年前的一句名言「斧斤以時入山林，柴木不可勝用也」的名言（梁惠王篇），投射在野生動物的生生不息的命運之上，謹希望本號解釋能夠激發我國創建一套保障野生動物成長、繁殖的法制，俾使其能永續成長，且在能確保此表彰人類現代文明的制度獲得令人滿意的結果時，能同時完成一個嚴整、公平的狩獵體制，並兼顧原住民的狩獵習俗與生活習慣。

這些都是可以透過大法官在解釋過程、甚至在作成解釋後能夠引發我國社會對原住民政策的重新檢討。立法者應當在擬定這些政策時，引進如西諺所稱的「給予種子」取代「給予麥子」的立法目的，應當朝向鼓勵原住民與一般社會融合，參與其經濟與社會生活，俾能強化其具有與一般族群同胞共同競爭的能力，而不能夠永遠只是停留在維繫舊有文化與傳承為已足。這才是各級政府扶持原住民的動力所在。吾人相信在這種力求自己智能與工作能力的提升之際，並不一定會犧牲其固有的文化、語言與傳承，而後者政府仍有許多扶助的措施，不會造成排擠前者之效果。對此，本人曾在釋字第719號解釋所提出的部分協同、不同意見書前言引述一段印度聖雄甘地的名言：「如果我有權利的話，我會停止免費發放食物的機構。這種制度敗壞了民族，助長了懶惰、遊手好閒，甚至犯罪行為。這個錯誤的慈善行為，不論在物質上還是精神上，都沒有為國

家增加財富，反而是在給捐贈者造成一種錯誤的成就感<sup>39</sup>。」聖雄的話也許過於激烈，但他希望國人自立自強的雄心與遠見，著實令人欽佩。我國擬定原住民的政策者，能否也有如聖雄的心胸與卓見乎？



元照出版提供 請勿公開散布

---

<sup>39</sup> 吳蓓譯，聖雄箴言錄，頁178，2007年4月。

## 參考文獻

### 一、中文

1. Juliane Kokott著，李惠宗譯，聯邦憲法法院判決中的平等原則與歧視禁止，載：德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集，下冊，頁135-170，2010年10月。(Juliane Kokott [auth.], Hwai-Tzong Lee [trans.] (2010), *Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: FESTSCHRIFT 50 JAHRE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT II, 135-170.)
2. 王玉葉，美國最高法院處理優惠待遇（Affirmative Action）案件之新趨勢，載：美國最高法院重要判決之研究：1993、1995，頁171-210，1998年12月。(Yu-Ye Wang (1998), *The New Trends in the US Supreme Court's Affirmative Action Case*, in: RESEARCH ON THE US SUPREME COURT'S IMPORTANT JUDGMENT: 1993 & 1995, 171-210.)
3. 王皇玉，原住民犯罪與不法意識之研究——兼評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件，載：刑罰與社會規訓——台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁253-279，2009年4月。(Huang-Yu Wang (2009), *The Study on Aboriginal Crime and Unlawful Consciousness: The Review on the Case of the Stolen of the Wood in Jianshi Township, Hsinchu County*, in: PUNISHMENT AND SOCIAL DISCIPLINES—THE CONFLICT BETWEEN NEW AND OLD THOUGHTS ON CRIMINAL SANCTIONS IN TAIWAN AND ITS TRANSFORMATION, 253-279.)
4. 王皇玉，原住民持有槍械合法性之研究，台灣原住民族研究季刊，5卷1期，頁1-37，2012年3月。(Huang-Yu Wang, *On the Issue of the Possession of Firearms by Taiwanese Aborigines*, 5(1) TAIWAN JOURNAL OF INDIGENOUS STUDIES, 1-37 (2012).)
5. 吳志光，倚天既出，誰與爭鋒——大法官釋憲權與暫時處分簡評釋字第五九九號解釋，台灣本土法學雜誌，72期，頁221-223，2005年7月。(Chih-Kuang Wu, *The Justice Interpretation and Preliminary Injunctions: The Comment of J. Y. Interpretation No. 599*, 72 TAIWAN LAW JOURNAL, 221-223 (2005).)
6. 吳信華，真調會條例急速處分的憲法訴訟問題，中正大學法學期刊，18期，

- 頁139-182，2005年4月。(Shin-Hwa Wu, *Problems of Constitutional Litigation Involved in Emergent Disposition of the Truth Investigation Committee*, 18 NATIONAL CHUNG CHENG UNIVERSITY LAW JOURNAL, 139-182 (2005).)
7. 吳蓓譯，聖雄箴言錄，2007年4月。(Gandhi Karamchand Gandhi [auth.], Bei Wu [trans.], *Mahatma Gandhi Rumors* (2007).)
8. 李念祖，釋憲者創造暫時處分之意義，台灣本土法學雜誌，72期，頁6-8，2005年7月。(Nigel Li, *The Meaning of Interpreters Create Preliminary Injunctions*, 72 TAIWAN LAW JOURNAL, 6-8 (2005).)
9. 李惠宗，「體系正義」作為違憲審查基準之探討——以釋字第228號解釋為素材，憲政時代，16卷2期，頁26-40，1990年10月。(Hwai-Tzong Lee, *The Approach on "System Justice" as the Benchmark for Constitutional Review: Base on J. Y. Interpretation No. 228*, 16(2) THE CONSTITUTIONAL REVIEW, 26-40 (1990).)
10. 胡博硯，各國原住民自治制度之權限差異與研究，載：第八屆原住民傳統習慣與國家法制研討會會議手冊，2017年12月。(Po-Yen Hu (2017), *The Research on the Authority of Aboriginal Autonomy System in Different State*, in: HANDBOOK OF THE 8TH ABORIGINAL TRADITIONAL HABITS AND NATIONAL LEGAL SYSTEM SEMINAR.)
11. 莊日昇，實質平等之追求與困境——從兩則判決來看原運後法制實踐，臺東大學南島文化研究所碩士論文，2011年7月。(Lafin Miku, *The Pursuit of Substantive Equality and Its Difficulties—A Legalization of Practice After Indigenous Peoples Movement from Two Cases*, Master's Thesis, Department of Public and Cultural Affairs, National Taitung University (2011).)
12. 許宗力，大法官釋憲權行使的程序與範圍——從大法官審理案件法予修正草案之檢視說起，載：憲法與法治國行政，頁87-130，2007年1月。(Tzong-Li Hsu (2007), *The Procedure and Scope of the Exercise of the Interpretation of the Constitution by the Justice*, in: CONSTITUTION AND THE ADMINISTRATION OF "RULE OF LAW", 87-130.)
13. 陳春生，大法官是否有發布暫時處分之權限與「真調會條例」合憲性問題，載：法律哲理與制度（公法理論）——馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，頁

305-344, 2006年1月。(Chun-Sheng Chen (2006), *Does the Justice Have the Authority to Issue Preliminary Injunction and Constitutionality of the "3.19 Truth Investigation Commission Ordinance"*, in: THE 80TH BIRTHDAY CELEBRATE COLLECTION OF PROF. MA HANBAO, 305-344.)

14. 陳新民，憲法基本權利之基本理論（上冊），2008年1月。(Shin-Min Chen, *Basic Theory of Constitutional Rights I* (2008).)

15. 陳新民，憲法學釋論，修正8版，2015年5月。(Shin-Min Chen, *The Theory of Constitution*, 8th ed. (2015).)

16. 廖元豪，美國「種族優惠性差別待遇」（Racial Affirmative Action）合憲性之研究，東吳大學法律學報，9卷2期，頁1-44，1996年8月。(Bruce Yuan-Hao Liao, *On the Constitutionality of Racial Affirmative Action in the United States and the Real Meaning of Equality Principle*, 9(2) SOOCHOW LAW REVIEW, 1-44 (1996).)

## 二、外文照出版提供 請勿公開散布

1. *Badura, Peter*, Staatsrecht, 7. Aufl., 2018.

2. *Hillgruber, Christian/Goos, Christoph*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., 2011.

3. *Rasehorn, Theo*, Politische Meinungsäußerung und richterliche Unabhängigkeit, Kritische Justiz, Vol. 19, No. 1 (1986), S. 76ff.

4. *Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan*, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl., 2007.

# **The Supreme Court's Awakening: A Case Review Toward the Protection of the Rights of Indigenous Peoples**

Shin-Min Chen<sup>\*</sup>

## **Abstract**

A Taiwanese aboriginal (Bunun tribe) hunter named Talum (Chinese named Kuang-Lu, Wang) was accused of illegal hunting the protected species, Muntjac and Long-length goat, by using a shotgun on August, 2013. He was convicted to three and half years imprisonment and a fine of NTD seventy thousands (7,000) with two accusations, illegal possession of guns and illegal hunting for two endangered species by the High Court. His appeal to the Highest Court was rejected by Taiwan's Highest Court on October, 2015.

As such hunting by the aboriginal people involves not only their way of making living, but also the traditional culture that goes back hundred of years, which inflicts controversy of basic human right under constitutional law. Taiwan Highest Court initiated an un-precedent web live broadcast of the trial proceeding to the general public. After several arguments, Taiwan Highest Court pronounced the stay of the trial due

---

<sup>\*</sup> Research Fellow, National Taiwan Normal University; Dr. jur., University of Munich, Germany.

Received: January 2, 2018; accepted: May 24, 2018

to unsolvable controversy of constitutional right and therefore moved for constitutional interpretation proceeding by Taiwan Constitutional Court.

This article discusses the conflicts between protection of aboriginal livelihood under constitutional law and illegal hunting under Article 20, Section 1 of Controlling Guns, Ammunition and Knives Act and Article 40, Section 1 of Wildlife Conservation Act, which also inflicts Principle of Legal Certainty in defining shotgun under both laws and applicable constitutional principle to determine the Petition for Constitutional Interpretation as a whole and relevant reasons to raise such petition. In addition, the legal system to protect such aboriginal right, the right to hold and use the gun and hunt the animal, in this article, is suggested to be constructed more thoroughly with regard to laws of guns and hunting sport in order to persevere dynamic balance between aboriginal culture and animal protection.

**Keywords:** Talum, Indigenous Rights Protection, the Culture of Taiwanese Aborigines, Controlling Guns, Ammunition and Knives Act, Wildlife Conservation Act, Hunting Right, Weapons Act, Affirmative Action, Equal Right, Judicial Review