

法律扶助與社會

Legal Aid And Society Review

第 一 期／2018 年 9 月

財團法人法律扶助基金會
LEGAL AID FOUNDATION

出版委員／李茂生（臺灣大學法律學院教授）
姜世明（政治大學法學院教授）
廖福特（中央研究院法律學研究所研究員）
江玉林（政治大學法學院教授暨副院長）
王能君（臺灣大學法律學院副教授）
吳豪人（輔仁大學法律學院法律學系教授）
吳宗昇（輔仁大學社會學系暨研究所副教授）
容邵武（中央研究院民族學研究所副研究員）
蔡志偉（東華大學財經法律研究所暨法律學士學位學程副教授）
官曉薇（臺北大學法律學系副教授）
周漢威（財團法人法律扶助基金會執行長）

主編／李茂生（臺灣大學法律學院教授）
編輯助理／葉柔訢（新學林出版股份有限公司）

出版者／財團法人法律扶助基金會
地址：臺北市 10644 大安區金山南路二段 189 號 5 樓
網址：<http://www.laf.org.tw/> E-mail：journal@laf.org.tw

總經銷／新學林出版股份有限公司
地址：臺北市 10669 大安區和平東路三段 38 號 4 樓

定價／每冊新臺幣 280 元；含郵資為 320 元
訂閱優惠／一次訂閱二年僅收 1,000 元（含郵資）
國外訂閱／請逕洽總經銷新學林出版股份有限公司
團體優待價／單次購買特定一期、數量達 20 本以上者 7 折優待
郵撥帳號／19889774 新學林出版股份有限公司
訂閱專線／電話：(02) 2700-1808#18；傳真：(02) 23779080；
E-mail：law@sharing.com.tw

本期為「法律扶助與社會」的第一期，共刊出五篇文章。兩篇處理受刑人人權議題，兩篇論及原住民狩獵文化的法律上問題，最後一篇是討論異文化間對於共通議題的溝通可能性的論文。在刊登順序的處理上，本期將最抽象也最為重要的異文化間溝通可能性的論文置於首篇，然後連續兩篇放置了國人較能接受的尊重原住民文化的論文，最後則為兩篇處理至今仍是以劣等原則為圭臬的行刑領域問題的論文。

首先是東吳大學陳俊宏教授的「來自邊緣的聲音」一文。該文企圖在共同的議題框架下，創出傾聽邊緣或弱勢的發言的機制，其認為也只有在更多元以及包容的對話中，才能展現出人權論述的道德真實性。某種意義下，以下的四篇論文均是在這種理念下所發出的邊緣聲音或傾聽邊緣聲音後的所得。

在張宏節法官的「非法獵捕保育類野生動物判決之實證研究」一文，張法官耙梳了相關的判決，發現調節生物多樣、生態保護與原住民文化尊重間衝突的文化抗辯，事實上並不如想像中地被活用，並提出新的觀察角度以及作法，建議重新訂定規範。而政治大學許恒達教授的「原住民持用槍械實務問題研究」一文，透過對於原住民擁有槍枝情事的三個子議題的分析，檢討現行法規的適

用問題，發現法規與現實需求上的歧異，並期待法律的適用能夠不囿限於原始意義，而應於一定條件下接受創新的文化實踐。

本期的最後兩篇文章，第一篇是中正大學盧映潔教授的「受刑人勞動與社會復歸」一文。監獄中的作業在特殊的強制勞動情境下，呈現出扭曲的現象，完全超乎一般社會中對於勞動的想像。盧文嘗試重行定位勞動的目的與勞動條件。其次是警察大學賴擁連教授的「受刑人秘密通訊與表現自由之違憲探究與修法芻議」一文。賴文充分地展現出現行戒護保安需求與言論自由間的衝突，並嘗試借重美國經驗，提出修法建議。

以上的五篇文章形構出「法律扶助與社會」第一期的內容，不論是原住民抑或受刑人都是社會邊緣，一個是被文化殖民的邊緣，另一則是被劣等視之的族群，「正常」社會對待這兩種邊緣的態度或許有所差異，但是不論如何必須傾聽邊緣聲音的時代應該已經悄然到來。

主編

李茂生

2018年9月

法律扶助與社會

本期目錄

第一期 September 2018

Legal Aid And Society Review

主編的話..... i

研究論文

來自邊緣的聲音 陳俊宏 1
From the Voice of the
Marginalized *Chun-Hung Chen*

非法獵捕保育類野生動物判決之

實證研究

——以原住民文化抗辯為中心 張宏節 31
An Empirical Study on the Verdicts of
Illegal Hunting for Protected Wildlife:
Focus on Indigenous Culture
Defences *Hung-Chieh Chang*

原住民持用槍械實務問題研究 許恒達 71
Case Studies on Firearms
Possession by Taiwanese
Indigenous Peoples *Heng-Da Hsu*

受刑人勞動與社會復歸 盧映潔 97
Prisoners' Work & Rehabilitation of
Inmates *Ying-Chieh Lu*

受刑人秘密通訊與表現自由之違憲探究

與修法芻議

——美國判例法之借鏡 賴擁連 127
Exploring the Violation of Constitutional
Protections on Inmates' Confidential
Correspondence and Freedom of Expression:
Legal Implications from
American Case Law *Yung-Lien Lai*

來自邊緣的聲音^{*}

陳俊宏^{**}／東吳大學政治學系教授

目次

- 壹、前言
- 貳、對話如何開始？
- 參、如何對話？
- 肆、如何傾聽？
- 伍、文化之間的對話
- 陸、「受害主體」與適應性偏好
- 柒、結論
- 參考文獻

摘要

本文的目的在分析位處多元價值與信仰的社會中，人權原則在解釋以及執行的層次上，如何面對多元主義的事實。本文主張，人權原則應該如何應用在不同的文化，必須透過細緻的文化對

話與分析，因此關於人權原則在不同文化如何被解釋及實現，並非不言自明的。受自於已故女性主義學者Iris Young溝通民主理論的啟發，本文嘗試從受害群體的立場出發，檢視當前文化對話理論中，對話的前提與內容、以及對話形式的問題，並建構一個由受害群體立場出發的對話理論。本文認為，從受害群體立場出發的對話途徑，不僅可以對於如何追求人權普遍性的共識，提供更多元的管道與機會，同時，相較於其他的理論途徑，更能具體的描述人權的道德真實性。

關鍵詞：文化對話、Iris Young、結構不正義、人權、普遍性。

企圖要在不幸（misfortune）與不公義（injustice）之間作區別，受害者的聲音必須永遠先被聽到，透過傾聽這些聲音，不只去發現是否官方正式認可的社會期待已經被否定，同時也要關注他們對於自己的境遇的種種解釋……

Judith Shklar：《不正義的面貌》

* 投稿日：2018年4月9日；接受刊登日：2018年7月2日。

作者謹以本文紀念Iris Young教授，感念其在弱勢人權保障與社會正義議題上的卓越貢獻，以及對作者在求學過程中的指導與鼓勵。

** 東吳大學政治學系教授。

壹、前言

做為一組國際社會「努力實現的共同標準」，關於《世界人權宣言》的討論大致可以分為三個層次：人權原則的證成（justification）、解釋（interpretation）以及施行（implementation）。長期以來，學界對於人權原則普遍性的證成討論甚多，至今仍未有共識。然而在當前人權理論的研究中，卻較少關注人權普遍性的爭議，不僅存在於對人權原則本身的證成，也存在於人權原則的解釋及應用，如何面對多元文化所帶來的分歧（Nickel, 2006）。由於不同文化可能接受國際人權法規的規定，但是對於人權原則的解釋，卻可能出現完全不同的法律見解以及實現方式，而這些差異可能來自於對人權原則本身解釋上的歧異、對於案例本身解釋上的歧異、或者因為原則本身與該社會其他道德原則之間存在的衝突，以及當這些原則之間發生衝突時，對其優先順序的解釋上所產生的歧異（Galeotti, 2007）¹。即使國際社會接受《世界人權宣言》的基本價值與規範，

然而在解釋與實踐的層次上，不同的國家對此仍是充滿爭議。任何期待人權理念不會遭受到文化偏見的指責，必須重視這種合理的解釋多元主義的事實（the fact of reasonable interpretative pluralism）（Michelman, 2000: 70），對於人權原則在解釋以及施行層次上所帶來的影響。

近年來許多理論家試圖探究一個既能涵容文化分殊性，又能彰顯人權普遍性的人權理論。這些理論途徑的共同點在於，基於文化之間的差異，人權原則的實踐在不同文化脈絡，確實可能呈現不同的方式。這些差異唯有透過文化之間（intercultural）的對話，不同文化之間才可以真正透過理解，而從其他社會認知到彼此的差異，以及尊重各種合理的、但互不相容（incompatible）的解釋。

本文認為，人權原則應該如何應用在不同的文化，必須透過細緻的文化對話與分析，因此關於人權原則在不同文化如何被解釋及實現，並非不言自明的，尤其當我們在判斷其他文化當中，哪些行為是可以被寬容的，哪些又是必須被禁止，並試圖進行外在干預的時候。然而在進行文化之間的對話之前，我們必須謹慎考量當人權原則在各個文化內部（inner-cultural）產生詮釋衝突時，誰是解釋者、這些衝突如何被解釋，以及透過何種方式進行解釋的根本問題。唯有慎重地處理文化內部對話的問題，我們才能展開有意義的文化之間的對話，欣賞並學習到不同文化之間的差異。受自於已故女性主義學者Iris Young

¹ 舉例而言，《世界人權宣言》第5條：任何人不得加以酷刑，或施以殘忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罰。長期以來引發了對於何謂「酷刑」的爭議、以及許多文化儀式與習俗是否違反了此條文？以及對於此原則所作的「世俗化」的解釋，是否違背了許多回教世界的基本宗教信條？而關於女性割禮儀式的爭議，可參考Anna Elisabetta Galeotti, “Relativism, Universalism, and Applied Ethics: The Case of Female Circumcision,” *Constellations* 14 (2007): 91-111.

溝通民主（communicative democracy）理論的啟發，本文嘗試從受害及邊緣群體的立場出發，提出一種文化對話的理論觀點。相較於許多文化對話理論的建構，本文從一個非理想（non-ideal）條件作為出發點，提出一種文化對話的觀點²。本文主張（1）對話的進行不需要

在以任何共識（consensus）的脈絡為前提，反之，對話的過程應該在異議（dissent）的脈絡下，讓各種邊緣論述呈現出來，以探索種種可能構成侵犯人權的「壓制」與「剝削」的成因；（2）為防止對話者展現任何形式的特權，來支配或壟斷對話的過程及內容，因此在符合「合理溝通」³的基礎上，應盡可能涵容各種對話形式；（3）由於對話過程中主體之間的不對稱關係，突顯「傾聽」在對話過程的重要性；因此在對話過程中必須確保不同的聲音，尤其是「受害群體」的聲音被聽到，以避免造成受害群體被「本質化」的錯誤。本文認為，此一文化對話途徑，將有助於我們探究在面對人權原則與文化主張產生詮釋衝突時，如何讓社會底層被忽略或被視而不見的聲音，透過被支配以及壓制形式的呈現，而被重新理解與重視，並提供我們思索在道德上被允許、在政治上有可能、而在實踐上也確實可行的解決方案。

貳、對話如何開始？

在當前關於人權普遍性的討論中，基於社會現存的共識，或「共享的理解」（shared understandings）作為對話的基礎，抑或以尋求共識作為目標，一直是許多人權理論建構中的重要假設。其中

² 關於「理想」及「非理想」理論，是Rawls在《正義論》所作的一個重要的區別。在Rawls的理論中，所謂理想理論的目標，就是從事社會正義原則的建構，也就是提出以及證成一組我們可以用來判定完美社會是否符合正義的基本原則（Rawls, 1971: 9）。非理想理論則試圖處理正義的目標應該如何實現？或是說應該如何朝這個目標前進？因此非理想理論的目的不在於建構完全正義社會的原則，而是提供理論基礎，有利於我們思考如何從現狀邁向比較正義社會。在這個二分法的構思上，我們評估不正義的現象主要是從理想理論所建構的正義原則性質，來加以判定。換言之，非理想理論必須預設我們已經有了理想理論，而我們只有在參考這個理想原則之後，才有辦法解決不正義的問題。然而不同於Rawls從「何謂理想的正義社會」此一問題出發來建構理論，Young的批判理論主要從現實社會存在種種不正義的「非理想情境」出發，去探索邁向正義社會的可能性。對Young而言，對於正義的探詢，並非出自於智識上的好奇，而是對於現實社會中，受到壓迫與支配的弱勢團體有聲與無聲吶喊的聆聽與回應（Young, 1990: 4）。因此，從非理想的環境脈絡之下，從事理論探究的目的，不在於對於何謂理想的正義安排從事理論化的工作，而在於思考在不正義的條件之下，正義原則如何解釋及評價的問題，以及如何從不正義的安排及條件中，朝向比較正義的安排。關於Rawls與Young在方法論上的差異可參見Alison Jaggar, “L’Imagination au Pouvoir: Comparing John Rawls’s Method of Ideal Theory with Iris Marion Young’s Method of Critical Theory,” in *Feminist Ethics and Social and Political Philosophy: Theorizing*

the Non-Ideal, ed. Lisa Tessman (New York: Springer Netherlands, 2009), 59-67.

³ 在下文中，本文將對何謂「合理溝通」作比較詳盡的說明。

John Rawls的政治建構主義（political constructivism）以及交疊共識（overlapping consensus）理念，主導著當前許多人權理論家的論證策略⁴。儘管Rawls的人權理論並非採取對話理論，但他的論證方式，對於本文處理對話前提的討論有實質助益。例如在《政治自由主義》以及後期的作品中，由於體認合理多元主義的現實（the fact of reasonable pluralism）對於自己以往的理論所構成的挑戰，因此為了避免將自己「作為公平的正義」（justice as fairness）的理念奠基於特定的整全性學說（comprehensive doctrine）之上，而無法成為自由民主社會中持有不同道德信念的人所可能達成的交疊共識，Rawls強調其建構「作為公平的正義」政治觀的內容，乃是借助隱含於民主社會公共政治文化（public

political culture）⁵之中的某些基本理念（Rawls, 1993: 14），而非任何整全性或形上學的學說上。他認為透過這些隱含於公共政治文化中，公民所共享的理念和原則，可以建構一種確信的政治正義觀念（Rawls, 1993: 8），以達致政治上的穩定。Rawls認為：

「作為公平的正義」的目的，在於揭示關於政治正義問題證明的公共基礎——如果合理多元主義是一種既定事實的話。由於證成（justification）是針對他人的，所以必須從什麼是、或可能是大家共同主張的東西開始。因此我們便從隱含在公共政治文化中，人們所共享的根本理念開始。我們希望從這些根本理念開展出一種可以獲得自由而理性的、判斷上一致的政治觀念，而這種判斷上的一致，可以憑藉著它獲得合乎理性的整全性學說之重疊共識的支持，而達致穩定（Rawls, 1993: 100-01）。

同樣地，在《諸民族間的律法》（Law of Peoples）中，當作為「公平的正義」理念推演到國際政治的領域時，為求理論建構的一致性⁶，Rawls必須藉由隱含

⁴ 例如Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (Ithaca: Cornell University Press, 2003), Ch 3; Martha Nussbaum, *Women and Human Development: A Study in Human Capabilities* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000); Charles Taylor, "Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights," in *East Asian Challenge for Human Rights*, eds. Joanne Bauer and Daniel A. Bell (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 124-44; Amy Gutmann, "Introduction," in *Human Rights as Politics and Idolatry* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2001), at vii-xxviii; Tore Lindholm, "Prospects for Research on the Cultural Legitimacy of Human Rights: The Cases of Liberalism and Marxism," in *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*, ed. Abdullahi An-Na'im (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992), 387-426.

⁵ 此種公共文化由立憲政體的各種政治制度及解釋的公共傳統（包括那些司法解釋傳統），以及作為共同知識的歷史文本和文獻所組成。

⁶ Rawls認為：「典型上一個建構式的學說，在處理一系列的主題時，先從適用於封閉自足的民主社會的基本結構的政治正義原則開始，這部份完成之後接著再向前（forward）處理未來世代所要求的原則，

於國際社會公共政治文化之中的某些基本理念作為元素，以建構一種被國際社會成員所接受，並獲致政治穩定的國際正義觀念。由於考量到當前國際社會的公共政治文化中，並不存在普遍的自由主義文化將每一個公民視為自由且平等的，同時不是每一個國家都是自由民主國家，因此，為了讓《諸民族間的律法》成為一個也可以被非自由主義的正派社會（non-liberal decent society）所接受的基本原則，Rawls將人權的性質與內容做了不同於一般人權理論的政治構思（political conception）⁷，同時他主張將人權的內容與自由民主社會的公民權（citizenship）加以區分，導致他所提出的人權清單，排除了許多《世界人權宣言》所包括的內容⁸。Rawls認為只有如

此，人權原則才能擺脫任何形上學或文化的偏見，成為國際社會所接受及必須遵守的共同規範。

儘管Rawls對於人權性質與內容的解釋，引發許多批評與誤解，基於篇幅無法詳述⁹，然而本文認為Rawls以公共

容的解釋。

- ⁹ 參見Charles Beitz, "Rawls's Law of Peoples," *Ethics* 110, no.4 (2000): 669-96, and "Human Rights as Common Concerns," *American Political Science Review* 95, no.2 (2001): 269-82; Allen Buchanan, "Rawls's Law of Peoples: Rules for a Vanishing Westphalian World," *Ethics* 110, no. 4 (2000): 697-721; Simon Caney, "Cosmopolitanism and the Law of Peoples," *Journal of Political Philosophy* 9 (2001): 1-29; Andrew Kuper, "Rawlsian Global Justice: Beyond the Law of Peoples to a Cosmopolitan Law of Persons," *Political Theory* 28, no. 5 (2000): 640-74; John Tasioulas, "From Utopia to Kazanistan: John Rawls and the Law of Peoples," *Oxford Journal of Legal Studies* 22 (2002): 367-396; Thomas Pogge, "The International Significance of Human Rights," *Journal of Ethics* 4, no. 1 (2000): 45-69; and "Critical Studies: Rawls on International Justice" *The philosophical Quarterly* 51 (2002): 246-53; Kok-Chor Tan, *Toleration, Diversity and Global Justice* (University Park, Penn: Penn State University Press, 2000), esp. ch. 4; and "Critical Notice: John Rawls's The Law of Peoples" *Canadian Journal of Philosophy* 31 (2001): 113-32; Cecile Fabre and David Miller, "Justice and Culture: A Review of Rawls, Sen, Nussbaum and O'Neill," *Political Studies Review* 1 (2003): 4-17; Mathra Nussbaum, "Women and The Law of Peoples," *Politics, Philosophy and Economics* 1 (2002): 283-307; Henry Shue, "Rawls and the Outlaws," *Politics, Philosophy and Economics* 1 (2002): 307-23; Amartya Sen, "Justice across Borders," in *Global justice and Transnational Politics*, eds. Ciaran Cronin and Pablo De Greiff (Cambridge, Mass.: The MIT Press, 2002), 37-52.

向外（outward）處理諸民族間的律法，以及向（inward）內處理特別的社會問題的原則。當中每一次，建構論的程序都要隨著所討論的主題而修正（Rawls, 1993: 39）。」

- ⁷ Rawls認為人權原則具有三個特色：1、人權的實現是評斷一個社會的政治體制及其法律秩序正派與否的必要條件，2、人權的實現可以排除其他民族的正當而強制的干預，比如外交制裁、經濟制裁，或甚至是嚴重的武力干預，3、人權對諸民族之間的多元主義設下了限制（ibid.: 80）。
- ⁸ Rawls認為世界人權宣言第3條至18條可以算是名副其實的人權。其餘的，若不是其具有自由主義的預設，或者帶有特定政治制度的預設，將無法被其他非自由正派社會所接受，因而必須加以排除（ibid: 80）。然而Rawls似乎並未說明自由與非自由正派社會即使同意「尊重人權」原則，是否也會對「尊重人權」原則的解釋達成一致的同意，而在建構的程序上，自由社會與非自由正派社會之間，也不存在跨文化之間的對話程序，來進行對人權原則以及內

政治文化隱含的共同主張作為理論建構的前提，並進而證成其人權原則，是一個不恰當的理論預設，因為一旦面臨在非理想（non-ideal）的現實情境中如何處理人權原則的解釋與實踐時，以「大家共同的主張」為前提，將使得對話過程中，許多有助於我們理解人權如何在具體生活情境展現的聲音，被有系統地排除。

首先，我們都知道，在現實生活中許多人權侵害的現象是隱而不見的。在許多社會中，種種人權侵害之所以隱而不見，可能是因為受害者的訴求離公眾的注意焦點太遠，而不被社會所重視，只好選擇沉默；亦或在於文化規範或社會的主流價值視這些現象為自然且而宜的，而使得他們無法用現有的話語系統表達自己的訴求，而成為「政治失語」的群體，導致這些文化規範的運行對他們的生活造成巨大的影響。由於強調以公共的政治文化為前提，從認識論的角度而言，Rawls的人權理論將無法避免地向主流觀點傾斜，而對於在主流觀點主導之下，容易被矇蔽或掩飾的聲音或現象，視而不見或聽而不聞。

另一方面，以公共政治文化共享的理解作為對話的前提，也容易造成我們在主流論述的掩飾之下，忽視個人在具體生活中，所遭遇到的結構性不正義（structural injustice），對個人所產生的壓迫與支配。這將使得Rawls的理論對於社會中導致抵抗或不服從的結構因素視而不見。在這個議題上，Iris Young對「結

構」的分析，有助於突顯「以共識為前提」所呈現的問題。對Iris Young而言，關注社會上種種的壓迫與支配現象，我們不能僅僅微觀地將焦點放在尋找特定的元凶，而是必須關注「社會結構」對每一個個體所帶來的影響（Young, 2005; 2006; 2007）。所謂社會結構乃是社會上種種運行的規範（正式的或非正式的），以及制度性規則的叢集（constellations）。這些生活實踐以及意義，乃是鑲嵌在許多物質性的環境當中，同時對個人來說，雖然這些生活實踐及意義是透過個人種種行動的累積而成的，但卻經常被表述為歷史給定的（pre-given）¹⁰。正如Young所言：

……結構指的是制度、規則與互動慣例的輻湊總合，資源的動員及物理的結構，上述這些構成了與個體行動相關的歷史給定，同時也相對地穩固。結構也意涵較廣泛的社會結果，而這是在給定的制度性關係中，由眾多個體行動所共同造成的，但這集體性的後果往往不留下任何個人或群體意向的痕跡（Young, 2007a: 30）。

由於我們每一個人都是鑲嵌在不同

¹⁰ 具體而言，結構可作為一種對於個人的客觀性限制，因為結構是經歷長時間而形成的，在這過程中，過往的任何行動者的任何決定與其對於社會的影響都會隨著結構的演進而被留下。而這些過往的『資產』限制了當下個人在達成特定目的的機會。Young引用Jean-Paul Sartre的概念把結構所產生的作用稱為「practico-inert」(Young, 2011: 53)。

的結構中，具有多重的社會位置，這些不同位置，同時制約了每一個個體的行動與意識，使得在特定規則制度中行動的人，對於事情如何完成、行動所具備的意義以及在行動中如何與他人互動，皆有一定可預期的期待。因此要理解社會種種的壓制與支配，就必須理解這些結構如何造就某些人處於優勢地位，而同時使得另外一些人位處於不利的地位¹¹。由於結構所產生的結果來自於眾多個人依循規則追求自我目標的行為的總合，因此結構所導致的結果往往是非意圖的（Young, 2011: 63）¹²，無法單從特定的個人行為加以檢視。因此，關注結構的主要理由：

……是為了解釋社會不平等的構成與原因。相較於其他處於較有機會或管道牟利之社會位置的人，有些人的自由與物質福祉受到相對限制，而這乃是其社會位置可能性所長久累積的結果。被種姓，階級，

種族，年齡，族群，當然還有性別所界定的社會群體，與其說命名了主體認同，不如說命名了結構不平等的軸線。他們也命名了結構位置，而這些位置的佔有者較他人優越或不利，端賴行動者對制度規則與規範的遵循程度，及其在制度內對利益與目標的追求而定。這種結構性說法為機會、壓迫、優勢的不平等提供一種理解的方式，這樣的理解並非去追索單一個體的元凶，而在思考大多數行動者都多少成了這不平等狀況的共犯（Young, 2007a: 32）。

因此對Young來說，我們可以將階級、種族、性別或其他類別，視為一種社會結構。在日常生活中，它們構成我們行動和限制的來源。在這些結構過程中，位處於不同社會位置的個人，常常會使他們在取得資源的機會上，受到不平等的對待。將它們視為一種社會結構，有助於我們去解釋社會結構不平等的運作以及如何再複製的過程，並探究這些規範與制度的叢集，「怎樣為某些人製造特權，維繫他們的利益，同時卻限制他人的機會，造成相對損失，讓他們易受支配或剝削」(ibid.: 38)。因此Young主張可以從三個軸線來檢視結構不平等的現象：社會分工、階層化的決策權力以及正常化（normalization）的過程¹³。

¹¹ Young借用Marilyn Frye的比喻，將結構不平等比喻為鳥籠，其使得在籠裡的鳥無法自由飛翔。當我們近距離的靠近鳥籠而只看到其中一根籠柱時，我們無法理解為什麼一根細細的柱子，會導致鳥不能自由的飛行，只有當這些籠柱透過一種特殊的安排以及彼此關聯時，它們才得以控制鳥的行動自由（Young, 2000: 92-3）。

¹² 另一方面，Young引用Pierre Bourdieu的慣習（the habitus）此一概念說明，屬於同一個社會結構位置中的人們，在很大程度上擁有相同的偏好、品味、思考與行為方式。並且，這些慣習會在行動中不斷地內化於個人之中；而基於慣習的行動又回過頭重製結構。因此，通常慣習的傳承都是非刻意的（Young, 2011: 60-62）。

¹³ Young同時建議檢視性別結構的三個軸線：性別分工、階層化的決策權力以及常規異性戀的支配。見下一節分析。

所謂社會分工，意指當我們在檢視社會上哪些工作適合哪些人並進行分配之前，必須先去檢視這些工作基於什麼標準界定其性質，以及這些標準是否對某些具有特定性別、階級或種族特徵的人，構成種種生活的限制¹⁴。所謂階層化的權力，意指特定的組織，是否透過某些帶有特定階級、性別或種族特質的制度化評價，使得權力階層的流動性難以改變，同時限制了不符合這些特質的他人，並使之屈從（Young, 2007: 37）。而所謂正常化，是指將某些特殊團體的經驗或能力，視為評斷每一個人應遵循的「普遍標準」的社會過程（Young, 2006: 95）。在這個過程中，某些特質或生活方式被視為「正常」的，明顯展現為社會的主流意見。另一方面，透過許多互動的慣習、在日常生活中與他人互動中所呈現的意向，以及出現在文學作品以及不同媒介當中不同個體的形象，我們經常可以發現「正常化」過程往往界定了「成就」的標準，會使得某些人及其行為方式，比起他人來說，顯得「優越」。一旦這些標準成型，就會被用以衡量受壓迫團體的經驗與表現，這些受壓迫團體因為與強勢團體之間存在著差異，便被認為是不正常或次等，並因此遭受否定（Young, 1990: 115-16）。例如種族主義通常透過一種結構過程，基於某種特定的美學標準，將某些身體特

徵、行為模式或生活方式加以污名化，或依此標準界定某些特定的工作最適合某些特定的團體，進而產生或再複製對這些團體的歧視或隔離。在一個具有白人優越的種族主義社會，作為白人，意謂著佔據某個社會位置，可以透過社會分工、決策權力以及正常化的過程中，界定了社會成就的標準，也因此使得位居這個社會位置的人容易取得優勢；反之，作為黑人或是有色人種，則意謂著位居於這個位置上，因為不符合社會主流標準，使得他們位居劣勢。換言之，他們之所以位居劣勢，不是因為他們缺少了什麼能力或特質，而是他們具有的能力與特質，與現有的結構不相符（lack of fit），導致他們位居於劣勢（Young, 2007: 67）。因此壓迫與支配是「結構性」的，而不是少數人的選擇或決策的結果，它源自於規範、習慣與各種象徵以及規則背後的種種假設，也源於群體共同遵守這些支配性規範（ruling norms）的結果（Young, 1999）。從這個角度而言，倘若這些不公平的歧視、邊緣化與壓制，並非來自於特定個人的偏見，而是來自於廣泛但未被指出的，隱藏在制度、社會規範以及日常生活的種種假設，則某些人遭遇的不幸與不正義，往往是源於日常生活中「大家共同主張」的種種實踐。當這些種族化的結構不平等，深深影響許多制度的運行，導致某些人處於劣勢或污名時，一個社會要處理種族平等的問題，就必須指出這些結構性過程。而檢視這些結構性過程如何

¹⁴ 例如許多女性主義所揭示的，傳統婚姻下的性別分工如何使婦女在經濟及其他方面處於劣勢。

造成這些弱勢團體處於不利的地位，正是對話進行過程中，必須探究的主要內容。換言之，解決社會上種種的不平等，我們必須特別重視這些結構過程的種種面向。假定在主流社會規範底下，社會運作的結構過程將某些具有特定生理特質、生活方式以及性傾向界定為不正常，或是基於種種美學標準而將個人予以定位，因而造成他們的不平等，則訴諸於社會上「大家共同主張」的共享理解，不僅無法解決他們的不平等，還可能有維護現狀之嫌。

因此，一個文化對話理論必須關注的，是社會結構如何透過社會分工、階層化的決策權力、以及正常化過程，造就社會上不同個人所具備的優勢與劣勢地位，同時關注日常運行的種種制度、論述以及在日常生活實踐中，區別正常/異常的標準、同時檢視種種基於這些被視為正常特質或標準，而享有特權的種種人與事。在對話過程中，我們必須謹慎注意是否因為過於強調「大家共同主張」的共享理解，而排除那些不被「共享的理解」或主流文化取向所接納或展現出來的聲音。換言之，對話的進行，不在於從公共的政治文化中，尋求大家可以接受的「共享的理解」作為前提，而是必須盡力去關注是否我們所謂的常識或判斷導致了什麼聲音被系統性地排除？或是在現有的主流論述中哪些聲音尚未被表達出來？

此外，人權主張的出現，往往是該社會對於「文化原真性」呈現詮釋衝突

的時候，也就是說人權論證的場域，往往是共享的理解出現歧異的時候。因此人權的宣稱往往是假定對「共享的理解」的一種質疑或挑戰。在筆者看來，在當今的政治世界裡，人權論述之所以具有全球的影響力，不是因為它得到全球的共識，而是因為他們「深入民間」(glocal)，不斷地在不同的地方抗爭中出現，作為人民反抗不公義以及壓制的有力武器 (Ignatieff, 2001: 7)。換言之，當出現異議、衝突與反抗，進而出現對於人權的宣稱時，往往在於對於現有共識的質疑與挑戰。對於這些宣稱的評估往往是在異議的脈絡之中，而非共識的脈絡中。正如Judith Shklar所描述的：

假使我們以正義的失敗作為起點，權利的語言就不會看起來這麼具毀滅性以及帶有原子論色彩的。許多故事以及歷史一再提醒我們，不公義的存在，對於權利乃是作為所有受傷害的以及被施暴的受害者，向他們冷漠的公民，甚至全人類所提出的種種訴求，投射出深具說服力的照明 (Shklar, 1986: 25)。

由於過於強調共享的文化取向作為對話的共同基礎，將會排除許多深具意義，並有助於我們理解人權如何在具體生活情境展現的詮釋，因此，對話過程中，我們應該關注的不是共享的部份，反而是那些不同於主流的邊緣論述的性質與內容。當出現異議、衝突與反抗，進而出現對於人權的宣稱時，往往在於對現有共識的質疑與挑戰。換言之，對

話過程中，我們應該關注的不是「共識」的部份，反而是關注那些邊緣論述的性質與內容，並促使在主流論述支配下，被邊緣化、被排斥以及壓制的聲音真正地被聽到（Young, 2000: 50; 1990: 258; 2004: 31）。

參、如何對話？

一個對話理論除了要處理「對話的前提」之外，也需要處理「如何對話」的問題。由於在對話過程中，任何一種「權利」的宣稱都是一種具體的政治行動，因此不論是在文化內部或是文化之間的對話過程，我們必須盡可能防止對話者展現任何形式的特權，來支配或壟斷對話的過程及內容。近二十年來，審議民主理論在處理「如何對話」這個議題上著墨甚多，對於本文處理對話形式的討論有實質助益。在對民主正當性的討論中，許多審議民主理論家假定，所有決定只有在經過公民「理性」討論之後，而非受制於其他的強制力所支配，才具有正當性（Benhabib, 1996）。審議民主與總合民主理論（aggregative democracy）最大的不同，在於總合民主是以謀取個人利益與所屬團體的利益為目標，透過協商、議價、投票的方式來爭取利益。然而審議民主則是提倡以公共證成（public justification）的方式，凝聚共識以尋求公共福祉。審議的目的是為了達成一個由公共理性所驅動的共識，找出能夠說服所有人的「理由」。因此，相較於總合民主理論的主張，審議

民主試圖透過論述場域的建構，基於「政治平等」的原則，將各種不同的聲音涵蓋進來。同時要求每一個審議者在平等的基礎下，都必須證成其主張，提供他人無法拒絕之理由，透過理性且不帶情緒或激情的說理過程，服膺在較佳論證（the better argument）的基礎之下，做出最佳的政治決定，以尋求政治正當性的基礎（Bohman, 2004: 3）。因此民主決定的正當性，只有在於政治決定是經過人民審議的，而非來自於其他強制性的手段。

然而，審議民主理論對於審議形式的建構，因為忽視多元差異，遭致許多的批評（Young, 1996, 2000; 黃競涓, 2008）。Young便主張審議民主雖然試圖擺脫了社經地位、教育、階級所帶來的「外在排除」（external exclusion）（Young, 2000: 53），以減緩社會不平等對於民主結果產生的負面影響，嘗試將不同社會地位的人聚在一起，力求政策結果的產生是透過理性的論證，以避免決策過程中權力優勢者對於政策結果的不當干預。但是審議民主理論家試圖打造一個「權力真空」的討論室，其中每一個人都被假定是平等的，可以透過理性的言說來以理服人。然而這並非現實世界的原貌，因為權力精英所掌握的結構性支配關係，往往深刻地影響著政治決策與過程，也必然會影響審議進行的形式、內容與結果。另一方面，過度強調理性論證的方式，也忽略論述形式的限制，可能產生的內在排除（internal exclusion）

效果 (Young, 2000: 53-57)。比方說，在審議過程中，那種有條不紊能將自己的主張從前提到結論的推理過程，清清楚楚展示出來的人，他的主張明顯要比其他人佔上風。然而這種論證形式是帶有文化的特殊性，同時在我們的社會裡，具有這種論證能力的人，展示出的往往是一種社會優勢的象徵。因此，形式上的包容性，雖然讓所有的人都有平等的機會進行審議，但忽略了對話者之間存在著語言、概念以及知識論的斷層，因而偏袒某一種特定的論述形式，導致對論述的結果產生系統性的偏差，將使得審議成為另一種社會控制形式 (Sander, 1997: 349)。尤其在「正常化」過程中，當我們發現有些人的論述風格遭到貶低，而另一些人的言談風格被高捧時，我們必須謹慎關注論述形式所產生的權力支配與滲透。此外，審議民主的對話形式強調冷靜、非情緒化的形式，反對任何帶有憤怒和激情的形式，認為這些形式的呈現，暴露出的是對話者的「太過主觀」或者「缺乏自制力」(Young, 1996: 123-24; 2000: 38)。然而過度強調溫和或冷靜的對話方式，力主理性與情緒的二元對立，將忽略情緒或激情在審議過程的角色¹⁵。

¹⁵ 審議民主理論家未必同意這種指控。例如 Amy Gutmann & Dennis Thompson 便認為激情雄辯與理性論證都是可以接受的溝通形式，因此他們的理論並未有這種理性與情緒二元對立的預設；同時認為這種說法蘊含了弱勢團體成員的訴求方式必然是較不理性的，而這種意涵也是錯誤的。參見 Amy Gutmann & Dennis Thompson, *Why*

近年來，由於對於差異與多元意見的重視，許多審議民主理論家在理論建構上開始關注如何避免因論述形式的排他性而阻礙多元聲音的呈現，同時關注不同論述的知識論前提對於審議所造成的影響等等，除了試圖將各種不同的表達形式以及認知形式涵蓋進來之外¹⁶，並重新思考多元對話形式的可能性。透過這些多元的溝通形式，每一個人可以有效地運用自己的文化資源，透過溝通與討論的過程，讓社會當中不同弱勢群體的聲音可以被聽到，並鼓勵不同團體理解彼此的經驗，以及體認因位處不同結構位置下，對個體處境所造成的差異。藉由這些溝通形式，也可以減低審議思辨可能隱藏的階級、性別以及文化偏見，並消除審議民主理論蘊含的理性與情緒之間的二元對立。例如 Young 便主張，我們應該把問候 (greetings)¹⁷，修

Deliberative Democracy? (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2005), 51。然而對 Young 而言，並非認為這些弱勢團體成員的訴求方式必然是較不理性的，而是強調在「正常化」過程中，弱勢團體成員的論述風格常常被視為是較不理性的。

¹⁶ 這些形式除了 Young 所提倡的問候、修辭與說故事之外，還包括作證 (testimony) (Sanders, 1997)、話語式的溝通 (discursive communication) (Dryzek, 2000)，以及不自在的談話 (uncomfortable talk) (Schudson, 1997) 等。

¹⁷ Young 認為任何有意義的對話都是以公開承認對方的重要性為前提，才能有效進行。因為，審議溝通中的各方，彼此可能在議題上有根本的衝突而彼此之間毫無信任可言。因此，在這種情況下，承認對方的重要性以及其所帶來的尊重可以使得審議溝通有一個好的開始。從溝通式民主的角度來看，致意與公開承認可用以判斷一

辭 (rhetoric)¹⁸ 和說故事 (storytelling) 這些日常生活中的溝通形式納入對話的形式中。其中，本文認為，說故事對於理解對話者彼此之間的差異，尤其是對「受害主體」處境的認知，更具意義。首先，透過說故事的方式，可以展示位處不同社會位置上的人們所具有的特殊經驗，也可以使他人理解這些故事可能承載著種種他人所無法體驗的經驗與痛苦，同時修正我們將自己在尚未進行對話之前，基於對受害者的刻板印象，主觀地投射對受害主體處境的錯誤。另一方面，當我們試圖透過論證形式來進行審議時，必須預設對話者願意接受某個前提，並依此來進行論證，以達致相互說服的過程。然而當面臨文化實踐、知識論與價值觀出現多元衝突的情境，而不存在共同接受的前提時，「說故事」

有利於溝通可以持續進行。透過說故事，對話者可以向不同成員揭示她所具有的價值觀以及文化意義的來源，並向他人解釋這些價值與實踐在他們生活中的意義及其重要位置 (ibid: 48)。尤其當一個受害群體無法在主流的論述中找到適當的詞句來表達他的不正義遭遇時，受害群體在溝通的過程中事實上已經遭遇知識的不正義 (epistemic injustice) (Fricker, 2007)¹⁹。此時說故事可以做為適當的橋樑，擺脫因為無法用精準的語詞來界定他對不正義的說明，而使聆聽者可以藉由故事，體認或意會他所呈現的不正義感。最後，「說故事」展示的，不僅僅是特定主體所持有的經驗和價值，它還有助於社會知識的累積 (ibid: 49)。藉由每一個人的處境知識 (situated knowledge)，不僅可以理解每個人不同的生命歷程，也道出了對話者與他者之間的關係，以及哪些社會位置的人曾影

場審議溝通包容性程度的高低。因為，在一個社會結構不正義的社會，優勢團體成員可能以不願意向弱勢成員致意或不公開承認弱勢成員重要性的方式，貶抑特定成員審議溝通中的角色。換言之，就弱勢團體成員而言，透過各種方式逼使優勢成員向自身致意或是公開承認，是使其發聲能夠被對方平等看待的第一步。最後，致意與公開承認也代表著審議溝通中的各方願意傾聽彼此的聲音。

¹⁸ Young認為，在政治場域中使用修辭術有三項好處。首先，修辭能幫助特定議題有效的被放入議程中。因為，在一個社會結構不正義的社會中，什麼議題能排入議程是由優勢團體所掌控的。因此，弱勢團體成員能使用修辭獲取大眾的注意力，以此作為使自身關切的議題排入議程中的手段。其次，運用修辭術，使特定論點能為不同脈絡與背景的人所吸收與了解。最後，修辭術可使審議溝通各方從思考轉化為判斷。

¹⁹ Fricker指出兩種知識的不正義：「證言不正義」(testimonial injustice) 和「詮釋不正義」(hermeneutical injustice)。前者體現在講者可能因為自身的種族、性別或教育威望等原因，導致聽者不相信講者說的話是真的，例如員警不相信一個人所說的話，僅因為他是一個黑人。後者體現在由於社會尚未成熟發展批判某種不義行為，導致個人在結構性的身分偏見環境中無法適當的表達自己的經驗與感受，例如在1970年代之間的美國社會，一個女性遭受了性騷擾，但在她所處的文化中卻沒有「性騷擾」的概念，面臨同樣遭遇的女性因為找不到適當的語詞表述他們所遭遇的壓力、恐懼與羞辱而被要求噤聲。Fricker認為證言不正義是由信任方面的偏見導致的，而詮釋不正義是由群體解釋方面的結構性偏見造成的。

響其生命經驗，甚至有助於我們理解在位處相同社會位置的人所遭遇過的集體經驗（Young, 2004）²⁰。

然而，對許多審議民主理論家來說，將各種不同溝通形式涵蓋進來，不僅造成共識無法達成，甚至連溝通都將無法進行。例如Seyla Benhabib便擔心，包含這些日常生活的「非正式」溝通形式，不僅可能使得相互理解更加困難，Benhabib甚至認為這些形式的作用，是在鼓勵我們在對話過程中，不需要訴諸「理由」來引導人民接受某種方案，而是透過「修辭」來打動人民（Benhabib, 1996: 83）²¹。此外John Dryzek也質疑，說故

事可以達至相互理解的前提是，團體之間必須確認故事情節的正確性，但個體的故事是關於其個人的特殊經驗，很難知道一個人的故事有多大可信度與代表性（Dryzek, 2000: 69）。假定一個故事中的個人特殊遭遇深深觸動每個聆聽者，引起聽者對其受害處境很大的共鳴，然而Dryzek卻擔心，倘若未能訴諸於一套普遍的標準，或是大眾廣泛接受的合理原則，說故事只會帶來沒完沒了的復仇循環，而未必對於尋求合理共識有幫助，其結果反而阻礙了民主審議的進行（Dryzek, 2000: 69）。然而正如上述所言，對話的目的，是為了將社會中邊緣論述的性質與內容突顯出來，而這既無須以共識為前提，也無須以追求共識為目標。另一方面，將這些形式包含進來，不在否定理性思辨的重要性，而在於期待增進對話者彼此相互理解的可能性。同時，透過這些不同形式的對話過程，可以使過去在主流論述的支配下，被壓

²⁰ 近年來在台灣由「來自民間的對話」族群和平工作坊所倡導的開放空間（open space），特別強調說故事不僅可以揭示個人的生命史，也可以透過故事理解不同族群「一種非常集體性的、很難被了解的悲情經驗」，以促進族群之間的相互理解。見范雲，2007，「開放空間」，收錄於廖錦桂、王興中編《口中之光：審議民主的理論與實踐》，頁111-117。范雲更進一步針對「說故事的群體」、「說故事形式所呈現的溝通情境」以及「說故事的內容」三個面向，對「開放空間」參與者的發言內容進行分析，並指出了幾個重要的發現：（一）、相對弱勢的客家與原住民，比其它的族群更可能使用說故事作為言說的策略。而女性也較男性善用說故事的形式；（二）、在內容上，說故事最有可能被用來表達認同（族群認同或政治認同）的立場，以及弱勢的創傷經驗。（三）、說故事的對話基調較能觸發對話者正面的回應，故能促進相互的尊重與信任，的確有助於創造一個互信的溝通情境。參見范雲，「說故事與民主討論——一個公民社會內部族群對話論壇的分析」，《臺灣民主季刊》第七卷，第一期（2010年3月）：頁65-105。

²¹ Benhabib認為：「儘管問候、修辭和說故事的形式，可能是我們日常生活的非正式溝

通形式，但它們因為下述原因而不能成為民主制度與立法機構的公共語言：民主制度要獲得正當性就必須以共同享有與接受的公共理性推理式語言來加以表述。在憲政民主制度中這樣的公共理性採取的是和法律規範相一致的普遍性陳述形式。法律規則有其自身特定的修辭結構：它是普遍的、以合法的理由為根據，應用於特定相關群體的成員。Young試圖將法律規範的語言轉換為一種更局部、更有感染力及更加情境化的溝通模式，但這一努力會帶來武斷的後果……這樣的轉換限制了而不是提升了社會正義，因為它不是通過訴諸理由來引導人民採納某種方案，而是通過修辭來打動人民以達至目的。」（Benhabib, 1996: 83）

制的道德衝突與不滿，藉由更開放的方式在公共領域呈現出來。倘若現有體制所造成的制度性傷害有其社會成因，並且有其他的可能方式可以來阻止這種制度性傷害繼續發生時，只要是未傷及他人的非暴力抗爭溝通形式，不僅是正當的，也是合理的²²（Young, 2000: 49-50）。即使對話者並未採取言談的方式與不同意見者進行「理性論辯」，但他們仍舊可能透過其他方式，例如喊口號、靜坐或行動劇等方式與其他對話者「進行溝通」。例如，當受害群體或社運者寧願選擇在公聽會場外抗爭，而不願意到場內進行審議時，她的目的可能在於喚醒社會大眾體認制度性傷害的嚴重性，以及說服大眾加入抗議的行列，透過種種施壓行動要求制度的改變。因

為當制度產生結構性的不平等時，受害群體或社運者的首要任務便是阻止這些制度的運作，而靜坐或示威等行動，就是在喚醒公民嚴肅的思考這些結構不正義的問題（Young, 2003）。因此當社會存在結構的不平等時，受害群體或社運者透過種種非言說的溝通手段來達致「說服」的目的，本身即具有正當性。而這些行動同時可以透過「重構論述」的方式，擴大議題的內容與需求，並突顯論述所依附的支配關係，然而這些溝通方式的呈現，未必一定是「論證」的。

另一方面，假定在一個長期存在結構不平等的社會之中，多數參與者本身已經深深受到主流論述的影響（意即當公民在進行對社會及政治問題的討論時，廣泛接受的規範及價值），同時這些主流論述本身是結構不平等下的產物時，則這種論述就可能構成「霸權論述」。倘若再經由大眾傳播媒體內化霸權論述當中一些基本主張與假設，會造成大部分的人在思考這些問題時，自然而然的用這些概念或語詞來界定他們社會關係，並進而排除其他價值體系。這種「系統性的扭曲溝通」，將掩飾了權力不對等關係以及導致不公義情境的再複製，會使一般大眾無法批判性地思考他們社會關係的種種結構面向，並尋求其他制度化的途徑或行動的可能性（Young, 2003）。因此透過其他的溝通形式，突顯特定的言說形式以及霸權論述的支配性，並協助參與者跳脫原有的框架概念及意向來思考，不僅是合理的，也是正當的。

²² 這種主張近來也獲得許多審議民主理論家的認同。例如 Amy Gutmann 與 Dennis Thompson (2005: 51) 也認為，當熱情的、非審議的行動模式，例如示威或罷工是達至審議目的的方式時，可以暫停採取審議的模式來達成溝通的目的；而 Archon Fung (2005) 進一步指出審議行動主義 (deliberative activism) 的可能性。他認為審議民主的運行必須試圖透過有效的社會運動來達到審議民主的目的，但社運者同時必須受制一些審議民主的基本規範。例如社運者必須時時謹慎提醒自己如何使得目標的達成更具公平性以及更符合理性，同時必須假定在所有審議的工具都已經窮盡之前，不採取其他非審議的策略形式。參見 Amy Gutmann & Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy?* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2005), 51; 以及 Archon Fung, "Deliberation Before the Revolution: Toward an Ethics of Deliberative Democracy in an Unjust World", *Political Theory* 33 (2005): 397-419.

因此我們必須區別「運用理性」(using reasons)與「給予理由」(giving reasons)的差異，容許「給予理由」的方式更大的包容性，並對「合理性」做比較廣義的定義：假定對話者願意敞開心胸傾聽他者的聲音，同時試圖透過表達自己的主張，以尋求他人的理解甚至同意，都可以稱為「合理的溝通」。觀念的交流以及理解與溝通的過程，不一定限定在任何特定的討論「空間」，以特定的表達「形式」來呈現，而是發生於日常生活的許多層面。因此對於檢視人權正當性的對話，應該是一種在多元的公共領域下的公眾接觸(civic engagement)，甚至是一種鬥爭的過程，而非侷限在密閉討論室中的唇槍舌戰(Young, 2000: 50)。

肆、如何傾聽？

在對話過程中，除了表達自己的主張之外，我們不能忽視「傾聽」的重要性。然而大部分的文化對話理論，專注於「如何表述」，卻忽視「如何傾聽」對於達致理解對方想法的重要性²³。在這一節中，透過Young對公正無私性的檢

視，我將論證，由於對話者之間存在的不對稱關係，更加突顯「如何傾聽」在對話過程中的地位。

許多文化對話理論家在進行理想理論的建構時，往往將相互性原則解釋為「對稱性相互原則」(the idea of symmetric reciprocity)，強調任何對話必須基於平等互惠原則來進行，同時在對話過程中，對話者必須採取公正無私(impartiality)的立場，擺脫個人特殊經驗，以尋求那些經得起公正無私標準的檢驗、而被對話者所接受的判斷及原則。而要達到這個目標，我們必須設身處地從他人立場出發。換言之，為了尊重他人的觀點，以及理解他人的立場，我們必須將自己想像位處於他人的立場，並從他人的立場來進行思考與判斷。因此對話過程，需要我們「反轉」(reverse)我們的觀點，從他者的立場來看事情(Benhabib, 1996; An-Na'im, 1992)。

例如蘇丹裔的美國法律學者An-Na'im即認為，在任何關於人權正當性檢驗的對話過程中，不論是文化內部或是跨文化對話，都必須基於相互性原則來進行。因此，在對話的過程中：

假如任何人無法接受自己被如此對待，則就不應寬容其他人受到這樣的對待。將自己放在他人的立場來著想，每一個人將會發現其他人被對待的方式是否屬於不人道的，或是嚴重令人感到不悅的(An-Na'im, 1990: 345)。

²³ 仍有少數的政治理論家曾經觸及「傾聽」的重要性。例如Andrew Dobson, *Listening for Democracy: Recognition, Representation, Reconciliation* (Oxford University Press, 2014); Benjamin Barber, *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age* (Berkeley: University of California Press, 1984); Susan Bickford, *The Dissonance of Democracy: Listening, Conflict and Citizenship* (Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1996)。

因此，An-Na'im認為，文化對話是基於這個相互性原則，來檢驗不同的文化資源。而經過這個相互性原則的檢驗之後，所謂的普遍性人權就是「那些在某一個文化傳統中的成員宣稱是屬於他們的基本人權，同時在期待其他社會的成員也能用同等標準相對待時，也被其他文化所接受的那些權利」（An-Na'im, 1992: 225）。換句話說，在文化內部以及文化間的對話過程中，透過相互性原則的檢驗，所謂的人權就是那些由成員所提出的，同時也被所有其他文化的成員所共同接受的道德主張（An-Na'im, 1990: 366）。這種對於相互性原則的解釋，假定透過每一個人「置換」彼此的立場，同時設身處地考量他者的觀點，對話者之間可以達至一致性的立場。

筆者同意An-Na'im對相互性原則的解釋，在於強調每一個對話者必須承認以及嚴肅考量他人的觀點。然而，主張對話者必需「設身處地」站在他者的立場來思考，則是有爭議的。因為每一個溝通主體具有特殊的生命史及社會位置，導致彼此之間關係是不對稱的，同時立場也是不可置換的。這種對等的、相互性的倫理關係，不僅簡化了對話者與他者之間複雜的關係，同時也無法確保是否所有的聲音可以平等地被呈現出來。

首先，在對話過程中，認為具有不同想法的對話者，可以透過設身處地想像他者立場的方式，達致相互理解的目的，乃是基於一個基本主張：每一個人

可以透過想像自己位於他者的立場來思考，同時從他們的立場來做出判斷。然而每一個人都有其特殊的歷史，是其他人所無法經歷的，同時每一個人位處的立場，是由眾多結構性關係所構成的，但這些結構位置是無法被取代（Young, 1997）。因此這個強調立場的對稱性與可反轉性（symmetry and reversibility）的主張，容易把我們自己的特殊經驗主觀地透射到他者身上，以為自己可以代表他者，忽略了每一個人之間存在的差異，因而導致對他人立場的誤解（ibid.: 45）。另一方面，相互認知並尊重彼此之間的不同，並不意謂彼此的立場可以互換。因為我們的立場，部分正是建基於我們對他人的觀點而來。換言之，我們在人際互動中取得的認同與主體性，很大的部分是以我們與他人的關係，以及我們與他人往來的歷史所構成。因此，正是由於我們過去所經歷的「他者」對我們的看法或作為，導致了我們當下的立場，我們不可能先暫停我們的立場，透過設身處地地採納他人立場的方式來理解他人（ibid.: 47）。最後，強調立場的對稱性與反轉性，忽略了既存的權力關係可能對弱勢一方的壓迫。比方說，當優勢團體與被壓迫的弱勢團體之間，存在著支配與壓制的關係時，要求被壓迫的弱勢團體設身處地從優勢團體的立場著想，理解為什麼壓迫者會如此作為，這種主張不僅荒謬，也是對被壓迫團體的一種污辱（ibid.: 48）。基於我們立場的不可置換以及不對稱性，我們不可

能透過想像位處他人立場的過程中，來理解他者的想法，所以Young認為不對稱的相互倫理關係應該是如此：

我們溝通，相互認可，試圖瞭解對方，也認知到我們之間的不同。……我們溝通的一個前提是，我們認知到，我們之間差異的背後，有許多陰影、歷史故事、創傷與形跡，而這些元素並不會在我們的溝通中出現。所以，設身處地地自我揣摩他人的立場是不可能的，我們必須願意去學習其他人的觀點。這個主張意謂我們要謙卑地認知到，即使我們透過相互的溝通與彼此間所建立的默契，而能夠充分理解他人的看法，我們也必須提醒自己，我們不完全熟知其他人的經驗與觀點（Young, 1997a: 53）。

從這個角度而言，我們必須確保每一個對話者透過自己來表達，而非透過他者的代言。換言之，只有具體的他者（the concreted others）表達自己的主張，我們無法僅僅透過設身處地地理解他人立場的過程，來掌握他人的想法²⁴（Benhabib, 1992）。「理解」涉及有耐性地傾聽「他者」給予我們的所有資訊。透過「傾聽」，我們才能尋求相互理解，

也只有在相互理解的基礎上，才能進一步尋求共同解決的方案。因此在對話過程中，我們必須承認我們立場的不對稱，同時採取道德上謙卑（moral humility）的態度，認知到由於我們無法從別人的位置看事情，而必須從「傾聽」當中學習。如果我們在對話過程中假設「他者」有許多我們無法瞭解的面向，則我們會以比較開放的態度去聆聽他者的特殊經驗，利益與要求，而不會在尚未傾聽他者意見之前，想像自己已經設身處地站在他者立場思考，因而誤認自己已經可以掌握了許多重要的資訊。對Young來說，這才是「傾聽」的本義（Young, 1997a: 49）。因此對話過程中，對話者應該是從「傾聽」當中學習新的資訊，理解對話者的經驗與觀點背後，還有更多的元素，而那些元素超越了他們各自的主觀經驗，而無法透過「置換」自己的立場來理解他人，如此我們才能超越自己起初的認識，真正達致擴展了的思慮（enlarged thought）的可能性（ibid: 57-59）。理論上，假定每一個人可以設身處地從他人的立場出發，意謂著「他者」不一定必須自己發聲。倘若我們接受不對稱相互性的主張，則在對話過程中，每一個觀點都必須透過具體的他者自己表達出來，而非經由任何人的代言。同時基於立場的不對稱與不可反轉性，更突顯對話過程中，「傾聽」的重要性。

²⁴ 在此必須強調，儘管Benhabib強調「具體的他者」自己發言的重要性，然而她仍舊主張對稱性的相互關係，而Young的不對稱的相互關係的理論建構，正是試圖與Benhabib的主張進行對話。參見 Seyla Benhabib, *Situating the Self* (New York: Routledge, 1991)。

伍、文化之間的對話

正如上述所言，任何文化之間對話的前提，在於對於文化內部對話的適當檢驗。由於不同文化內部都存在許多與人權理念相衝突的論述，因此都必須面對文化差異與人權原則該如何調解的過程。唯有經歷各個文化內部進行自我檢驗的過程，才能在這個基礎之上，宣稱其「文化原真性」的主張可以成立，並與其他文化分享彼此對話的經驗與成果。也只有在這個基礎之上，我們才能真正理解並尊重各種合理的、但互不相容的解釋，而不會輕易地將自己的解釋強行加諸於其他社會當中。透過文化間對話的過程中，我們理解在不同文化中，可能找到證成人權原則的內在資源，提供人權理念在不同文化可以生根的文化養分。一方面透過文化間對話的過程，我們理解到個別的文化規範與實踐不僅可以重塑人權理念，另一方面，經歷過對於「文化原真性」的檢驗而確立的人權原則，也可以重塑文化的規範與實踐，賦與文化新的面貌。然而正如上文所言，當出現異議、衝突與反抗，進而出現對於人權的宣稱時，往往在於對於現有共識的質疑與挑戰，因此對於這些宣稱的評估，往往是在異議的脈絡之中，而非共識的脈絡中。因此，一旦我們發現文化內部對話過程中，出現種種明顯與主流論述所高舉的「文化原真性」主張衝突時，關注社會當中各種邊緣論述的性質與內容、並傾聽異議者的

主張，便是我們在進行文化間對話過程中，檢驗「文化原真性」主張的正當性，甚至必要時，賦予我們進行干預時的重要訊息。唯有傾聽這些聲音，才能夠讓我們真正理解身處於文化中的成員具體的所思所為，也才能夠理解人權原則在不同文化之間真正的衝突在哪裡。這些異議的聲音，提供了文化內部以及文化間對話的重要資源。透過傾聽他們的聲音，我們也可以理解人權論述在不同的社會如何實現（implemented），抵抗（resisted）以及轉化（transformed）的歷程，進而探索不同地區人權在地化的經驗，以及如何持續地形塑普遍的人權標準。

陸、「受害主體」與適應性偏好

假使以上的論證是正確的話，突顯出不論在文化內部或文化之間的對話過程中，「傾聽」受害主體「自己發聲」的重要性。儘管社會精英往往可以藉由自己在社會優勢的發言位置來替社會弱勢者代言，然而缺少實際的對話遭遇（actual dialogical encounters），而僅透過社會精英的代言，很難避免社會精英將其先前的偏見，主觀地投射於他人，而阻斷了真實對話的可能性，即使他們的出發點是為了社會弱勢者的利益發聲²⁵。因此，只有透過傾聽，尤其是傾

²⁵ 例如在一次對於奧瑞岡市身心健全的公民所進行的問卷調查中，多數人的公民都認為假使他們是身心障礙者的話，生命是沒有意義的，生活將是「生不如死」。然而這

聽「受害者」的聲音，我們才能理解人權侵害的事實（Shklar, 1998: 17）。正如 Judith Shklar 明確的指出：

企圖要在不幸（misfortune）與不公義（injustice）之間作區別，受害者的聲音必須永遠先被聽到，透過傾聽這些聲音，不只去發現是否官方正式認可的社會期待已經被否定，同時也要關注他們對於自己的境遇的種種解釋（Shklar, 1990: 82）。

對 Judith Shklar 來說，在受害者身上我們可以找到許多非常重要，但在社會主流價值與機制下，不易被關注的「主觀元素」。然而這些主觀元素卻是我們理解他們具體的經驗，進一步探究他們具體的受害經驗是否構成人權侵犯的事實，抑或只是無病呻吟；並進而發覺究竟是哪些人以及在哪些具體的社會經濟條件下，有助於這些人權侵害的事實發生。即使這個對話過程中，受害成員並非提出權利的主張，或是以人權的語言呈現，但是透過理解他們在面對壓迫與支配過程中所呈現的語言與行動，理解他們如何將自己的處境「問題化」，我們可以進一步理解普遍人權在不同社會可能呈現的方式。

然而這個主張可能面臨一個嚴峻的挑戰：在具體的情境下，許多人權「受害者」可能存在著適應性偏好（adaptive

preferences）或是虛假意識，使他們對不公正的現狀感到無知。倘若這些真正的「受害者」，既非社會的異議者，有時甚至是主流論述的捍衛者時，本文主張將人權原則的解釋及執行的正當性，取決於「傾聽」不同對話者的聲音，不僅無法真正貼近不同社會人權侵犯的具體情境，也是一種危險的主張。

例如 Martha Nussbaum 在試圖建構一組基本能力清單（the capabilities list），並取代人權原則作為國際社會共同實現的普遍標準時，就特別指出適應性偏好的問題。她擔心人們如果生活在基本能力沒有得到確保的社會中，就不可能意識、甚至重視能力的重要性，因為人們的需求和偏好可能已經適應了不公正的現狀，因此他們的聲音可能是扭曲的資訊。Nussbaum 以 Martha Chen 的研究為例²⁶，強調許多印度寡婦由於受到文化習俗的壓迫，使得他們無法在家庭之外得到有酬勞的工作，導致他們生活在貧困中。Nussbaum 進而接受 Amartya Sen 的主張²⁷，認為印度婦女大多存在適應性偏好的現象，使得他們適應了貧困與不健康的現狀，而對自己處於被壓迫

²⁶ 參見 Martha Chen, "A Matter of Survival: Women's Right to Empowerment in India and Bangladesh," in *Women, Culture and Development*, eds. Martha Nussbaum and Jonathan Glover (Oxford: Clarendon Press, 1995), 37-57.

²⁷ 參見 Amartya Sen, "Gender Inequality and Theories of Justice," in *Women, Culture and Development*, eds. Martha Nussbaum and Jonathan Glover (Oxford: Clarendon Press, 1995), 259-73.

種看法當然對於多數身心障礙者而言，是完全不能接受的，強調因為自己身體的殘缺，就會缺少生存意志的看法，更是身心健全者一種主觀的投射（Young, 1997a: 42）。

的情境毫無所悉 (Nussbaum, 2000)。因此在一個非理想狀態下，依據人們現有的需求和偏好，作為評估哪些能力是否必要，是非常有問題的。對Nussbaum來說，這群印度婦女是無知的受害者，因此是否應該改變他們現有的處境，不能基於他們在現有的適應性偏好處境下，所做出任何「自主性」的宣稱，而貫徹這組基本能力清單，似乎也不存在任何多元解釋的空間²⁸ (Nussbaum, 2000)。

儘管「適應性偏好」的確使得許多受害者適應了壓迫的處境，同時在某些情境下，如何透過意識喚醒，藉以改變「適應性偏好」，確實是解決壓迫的對策。然而，在解決「適應性偏好」如何對受害群體產生壓制的過程中，本文認為，受害群體聲音的呈現，雖然無法解決Nussbaum所提出的有力挑戰，然而我們仍須區別「考量他人的觀點」以及「想像自己處在他人立場」兩者之間的不同 (Young, 1997a: 39)。我們也必須體認發言者以及為其發言的對象之間，存在著發言位置上的實質差異，而這些差異也深深影響著對話的內容²⁹。倘若她們是

一群亟待被喚醒意識的無知受害者，則在改變他們的處境之前，「傾聽」她們對自己具體受害處境的理解，可能更具有相對的優先性。因此無論她們是否為真正的「受害群體」，她們的聲音，仍是我們在對話過程中進行判斷、甚至採取具體行動時的一個必要條件，儘管並非充要條件。

無疑的，由於女人經常是文化的承載體，不同文化之間的矛盾經常以女性的身體為對象。而婦女也確實為許多宗教或文化制度下的受害者，成為「因為文化而死」(death by culture)的群體 (Narayan, 1997)。然而在進行文化之間對話的過程中，認定那些認同或履行文化實踐的人，都可能是「適應性偏好」受害者，進而否定她們訴求的可靠性，會導致兩種理論上非邏輯的涵意 (non-logical implication)：(1) 這些印度婦女的貧窮處境，主要導因於不公正的文化實踐，解決之道，就在於如何將她們從落後的文化中解救出來；(2) 這些印度婦女無法正確表達出自己的受害處境，而必須由他人來代言 (Jaggar, 2005: 59)。然而這兩個非邏輯的涵意，在理論層次以及現實政治中，都會引發爭議。

首先，以上述這個例子來說，忽視「受害群體」的聲音，可能導致性別本質主義 (gender essentialism) 的危險。「女人」不是一個同質性的群體，全球各地

²⁸ 在此必須強調的是Nussbaum認為這組清單在不同的文化或社會中該如何實現可以有所不同，但這組由她所決定的清單，無疑地是一組具有跨文化適用性的能力清單。

²⁹ 參見Linda Alcoff, "The Problem of Speaking for Others," *Cultural Studies* 20 (1991): 5-32. Gayatri Spivak同時警告這種主張將會複製殖民主義論述中「白種男人必須將棕色女人從棕色男人手中拯救出來」的形式，只是現在「白種男人」被「白種女人」所取代。參見Gayatri Chakravorty Spivak, "Can the Subaltern Speak?" in *Marxism and*

the Interpretation of Culture, eds. Cary Nelson and Lawrence Grossberg (Urbana: University of Illinois Press, 1988), 271-313.

的婦女遭受的壓迫具有多樣性，同時這些壓迫也是由許多結構過程所構成的，特別是當我們從經濟全球化過程中，所建構出的全球性結構不正義的角度來思考時，文化實踐是否為解釋她們當前受壓迫處境的唯一因素，不無疑問。從這個角度而言，Young對社會結構的分析，仍對我們釐清這個議題有幫助。正如Young所言，「女人」作為一個群體範疇（woman as a category），不在於她們具有共同的特質或集體認同，而在於她們在現有性別結構的制約下，面對共同的處境。

然而否定「女人」具有共同的特質或集體認同，並不意謂著女人作為一種概念範疇，必須加以放棄。借助於沙特在「辯證理性批判」中對於團體（group）與序列（series）的區別，Young建議可以將女人視為最初無法相互辨視的匿名序列來理解。所謂序列簡單來說，是指一群為追求各自目標，但因受到特定環境與物質條件所制約，而消極地統合在一起的人（Young, 1997: 23）。例如一群等公車的乘客。他們作為一個集體，意謂著他們是遵守等公車規範的一群人。他們理解彼此的關係，來自於他們共同理解公車路線及時刻表等等的規定，並理解遵守等公車規則的必要性。此外，一方面他們面對共同的物質客體：公車以及大眾運輸系統運行的社會實踐；另一方面，他們面對共同的目標：等待公車準時地來臨。然而這群人士彼此互不認識，並不具備共同的特徵，也不具有

集體的認同。他們彼此的目標及行動各不相同，也無需具有共同的歷史、經驗或認同。一旦下了公車，每一個人前往各自的目的地。然而一旦公車誤點，其中有人醞釀發起抗議的行動時，則這群人便有可能成為具有「共同計畫」，並有意識採取「集體行動」的團體（group）（Young, 1997: 23）。從結構壓迫的角度而言，女人作為一種序列，其內涵在於女人擁有陰性身體（female body），也就是序列所指的特定目標，並且因為受到性別分工（sexual division of labor）此不正義結構所衍生出的許多規範所制約（Young, 1994: 730）。換言之，女人是一群在性別分工此一結構中處於相同位置的一群人。然而，女人作為一種序列，並不蘊含女人與女人之間擁有共同的認同或是特質。因為，在邏輯上我們無法由結構位置推論不同女人的人格特質或是思考模式等因素是相同的（Young, 1994: 724）。

因此，將女人視為一種序列，意謂「成為所謂女人群體的一員，乃是包含不同結構因素之鬆散構成的產物」（Young, 2007: 33）。同時，將性別做為一種結構來分析，有助於分析女人在性別分工、常規異性戀以及階層化的決策權力的支配下，如何制約了她們的機會與行動。因此將性別做為一種結構來分析，一方面可以理解結構不正義對於個人所帶來的限制，同時也可以理解在每一個具體情境下，每一個個體的能動性（agency）。正如Young所言：

……我建議最好將性別理解為在具歷史及社會特定性的制度與過程中（這些制度與過程會對環境造成實質影響而人們在此環境中行動、並再製彼此的權力與特權關係），與他人相關的活生生的身體，在社會定位中所具有一種獨特形式。依照這種說法，個體的被「性別化」，即指我們都發現自己被動地遭這些結構關係所群體化，而這方法因為太過非個人，無法建立認同（Young, 2007: 33-34）。

從這個角度而言，我們「既不需要將男人與女人普遍化，也無需將多變的性別結構化約成一種共通的原則」（ibid: 38）。同時，我們也無需將女人視為必然是全球各地父權體制下的「受害者」，不論她們是否意識到自己的壓迫情境；或是無視這些結構性的制約因素，而將女人皆視為具有主體能動性的「自由的行動者」（陳昭如，2007）；而是去探究在性別結構底下，女人被限制了什麼樣的選擇，以及每個「活生生的身體如何在這些結構製造的機會與限制中，活出自己的位置」（Young, 2007: 39）。倘若我們每一個人都是鑲嵌在不同的結構中，具有多重的社會位置，將「女人」視為一個整體，有著「共同」的需求與生命經驗，可以為了「共同」的目標而打拼，事實上掩蓋與忽視了深處於不同權力關係以及社會位置的女人，所面對的多元交織（intersectional）且複雜的結構不平等關係（陳昭如，2007：404）。同時，

忽視對這些結構關係的分析，並無法使我們明確地辨明她們當前遭遇的不幸處境，主要就是來自於她們的「適應性偏好」；而傾聽受害群體的聲音，可以提供我們理解她們在多重結構的壓迫下所面臨的處境，以及作為思索具體行動的重要資訊。

其次，在政治現實上，以「適應性偏好」的主張否定受害主體發言的可靠性，這種說法，不僅可能將我們的主觀偏見投射於她們，也似乎應驗了許多後殖民女性主義的質疑：「只有西方人才有能力指出父權體制對第三世界婦女所犯下的暴行並對之提出挑戰」（Narayan, 1997: 57）（only Westerners are capable of naming and challenging patriarchal atrocities committed against Third-World women），把當地女人視為僅僅是被動的受害客體，因而否認了他們的主體性與能動性³⁰。然而在進行文化之間對話的

³⁰ 關於這一議題的討論，可參見Ratna Kapur, "The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the "Native" Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics," *Harvard Human Rights Journal* 15 (2002), available at <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss15/kapur.shtml> (last visited May 15, 2017). 關於性別本質主義以及文化本質主義的批判可以參見Uma Narayan, "Essence of Culture and a Sense of History: A Feminist Critique of Cultural Essentialism," in *Decentering the Center: Philosophy for a Multicultural, Postcolonial, and Feminist World*, eds. Uma Narayan and Sandra Harding (Bloomington, IN: Indiana University Press, 2000), 80-100; "Undoing the Packing Picture of Culture," *Sign: Journal of Women in Culture and Society* 25

過程中，我們必須對於過去殖民歷史保持高度的敏感性，以避免陷入殖民主義與反殖民主義的框架中，限制了當地女性積極參與國內的社會變遷以及性別平權的改革。尤其當解救女人的行動，意謂著將她們從落後野蠻的文明中解救出來時，女人成為文化的象徵，攻擊種種有關女性的習俗，便成為文化叛徒，而追隨女性主義的主張，便成了西方文化的傳教士³¹。

(2000): 1083-86；以及陳昭如，〈受害者或加害者？初探女性主義法學中的受害者政治〉，收於殷海光基金會主編，《自由主義與新世紀台灣》（台北：允晨，2007），頁373-420。

- ³¹ 舉例而言，2002年8月奈及利亞北部的卡辛納州（Katsina state）的伊斯蘭法庭根據伊斯蘭教法（*Sharia*）判決非婚生育的奈及利亞婦女阿米拉勞娃（Amina Lawal）犯了通姦罪。依照這個法律，阿米拉最高可以被處以石頭砸死的刑罰。此一事件經由大眾媒體的報導之後，隨即引起國際社會及人權團體的高度重視。原訂在奈及利亞舉行的世界小姐選美大會，由於幾位佳麗以退出競賽的方式，響應國際社會對奈及利亞政府進行施壓，並要求奈及利亞政府保證阿米拉不會被處以極刑。隨即不久，在2003年由國際特赦組織所發起的「拯救阿米拉」的行動，立即引起國際社會的廣大迴響，透過網路的強力宣傳，在短短的時間收到將近500萬來自全球各地的連署，希望奈及利亞政府立即停止這項不人道的處決行動。然而2003年五月，在網路上隨即流傳一封名為「請停止為阿米拉勞娃請願」的信件。這封由署名為阿爾紗伊曼（Ayesha Iman）和辛蒂·麥達·顧德（Sindi Medar-Gould）的信件，是一封來自於奈及利亞當地的人權組織（BAOBAB for Women's Human Rights）代表的呼籲。在這封信當中，他們指出國際的救援運動，不僅是基於許多不正確的訊息，同時這樣的行動不僅沒有效果，反而將阿米拉置身於危險的境地，甚至會對於往後類似案件

另一方面，當我們在理論上可以「適應性偏好」的理由，否定受害主體發言的可靠性，因而可以為他們代言，則意謂著文化捍衛者也同樣可以任何維護「文化尊嚴」的理由，來替女人發聲。然而在這個過程中，「受害主體」的呈現，變成一個需要「被拯救的客體」。如此一來，不論是來自國際人權運動者或是文化捍衛者的反應，「女人作為被拯救的客體位置」永遠不變。因此，所謂當地的「受害女性」面臨一個困境：倘若她為自己的權利發言，就必須面對生命的威脅，同時被視為文化的背叛者；倘若他對文化捍衛者的主張保持沉默，她就等於默認並聽任那些文化捍衛者為女性代言，並宣稱女性為了捍衛文化的自主與尊嚴，樂於接受這種文化實踐。面對這樣的處境，大多數的女性只能保持沉默，因此壓縮了當地女人為自己發聲的空間³²。因為即使她選擇發言，當地女

的救援造成反效果，加重了奈及利亞在人權運動者的工作難度。關於此一事件所引發的爭議可參見Alison Jaggar, “‘Saving Amina’: Global Justice for Women and Intercultural Dialogue,” *Ethics & International Affairs* 19, no. 3 (2005): 55-75; “Saving Amina Lawal: Human Rights Symbolism and the Dangers of Colonialism,” *Harvard Law Review* (May 2004): 2365-86.

- ³² 事實上許多國家，儘管人權侵害的事實層出不窮，然而在其國內許多人權組織的努力下，人權實踐的成果也逐步獲得實現。作為當地的人權運動者，他們有其自己的運動策略及節奏，其目的可能在於透過支持內在異議的聲音來進行改革，而非採取全盤否定人民的信仰及文化的方式。然而忽視這些聲音，不僅抹煞了當地人權組織的努力，也展現了一種不恰當的自大態度。

性的發言內容，還是會被視為是在這場反抗帝國主義或殖民主義的戰爭中，向西方霸權靠攏，而不會被視為是原真的異議者，對於自己文化或社會所做的自我反思。因此，我們必須謹慎地避免在理論上預設我們比受害者更能理解受害者的立場，可以為他們的處境來代言。同時我們也必須避免夾帶了我們自己對於受害者處境的主觀投射或想像，而將受害主體本質化，進而主張我們的行動是對他們有利的，不論他們是否體認到我們的立意是良善的。因此在對話的過程中，若要確保每一個的聲音都被聽到，則必須創造一個讓受害群體有實際的發聲管道，可以從事實際的對話遭遇，而非透過這些主流精英的主觀投射或代言。唯有傾聽這些聲音，而非忽視這些聲音，才能夠讓我們真正理解身處於文化中的成員具體的所思所為，同時讓我們在對話過程中所進行的判斷、甚至採取具體的干預行動時，更具有正當性。倘若我們深刻地體認到，作為國際社會的一員，無論從過去到現在，我們都可能是多重交錯且複雜的結構關係下，成就「結構不正義」的共犯時，則透過各種方式去阻止任何形式的人權侵犯，是每一個人應有的政治責任³³。然

而我們必須謹慎地避免我們的善意造成不好的結果，而傾聽異議者以及受害群體的聲音，不僅是進行文化內部以及文化之間對話時重要的資源，也是我們在採取具體行動時，無法忽視的必要訊息。

柒、結論

受自於已故女性主義學者 Iris Marion Young 溝通民主理論的啟發，本文嘗試從受害群體的立場出發，提出一種文化對話的理論途徑。本文主張：(1) 文化對話的進行不需要在以任何共識的脈絡為前提，反之，對話的過程應該在異議的脈絡下，讓各種邊緣論述呈現出

說明在因果鏈上的行為者所應負的責任。一般而言，關於責任歸屬的討論大多採取一種法律責任的模式 (*liability model*)，這個模式有幾個特點：(1) 試圖透過找出造成傷害的成因以及主角，來確認責任的歸屬，並對於已經發生的傷害進行譴責或補償 (2) 透過回溯過去發生的行動或事件，來進行懲罰或補償 (3) 懲罰或補償目的在恢復這些正常化的標準運作。然而 Young 主張，因為有些人權侵害的事實，是由複雜的因素所造成的，往往無法透過單獨分析個別的行為，清楚地指認誰是元凶來確認責任歸屬。然而對於每一個在構成傷害成因的因果鏈有所貢獻的人，透過參與不同的結構過程，支配遙遠地區生活的人民，無法避免對於這樣的過程都必須分擔責任，但沒有一個人可以被單獨挑選出來，對這個傷害負起最主要的責任。因此 Young 提出所謂社會連結的責任模式來對於這些人的責任性質予以定位。所謂的社會連結的責任模式主張，任何一個參與結構不正義過程的人，由於他們的行動促成了結構不正義的發生，他們因此對不正義的結果負有責任。然而不同於法律責任模式，我們不是透過尋求造成傷害的成因以及主角，並以處罰或補償的方式，來追究這些參與者的責任。

³³ 社會結構的不正義來自於眾人的行為。因此，改變不正義的社會結構必然需要大眾行為的改變。不過，構成不正義社會結構的行為並非都是有意識與刻意為之的，因此，這延伸出一個問題，也就是這些構成不正義社會結構的人，是否有責任採取政治行動以改變不正義。Young 提出所謂社會連結模式 (*social connection model*) 來

來，以探索種種可能構成侵犯人權的「壓制」與「剝削」的成因；（2）為防止對話者展現任何形式的特權，來支配或壟斷對話的過程及內容，在符合「合理溝通」的基礎上，應盡可能涵容各種對話形式；（3）由於對話過程中主體之間的不對稱關係，突顯「傾聽」在對話過程的重要性；因此在對話過程中必須確保不同的聲音，尤其是「受害群體」的聲音被聽到，以避免造成受害群體被「本質化」的錯誤。本文認為，從受害群體立場出發的對話途徑，不僅可以對於如何追求人權普遍性的共識，提供更多元與包容的管道與機會，同時，相較於其他的理論途徑，更能具體的描述人權的道德真實性。

參考文獻

一、中文部分

Iris Marion Young 著、何定照譯，向女孩那樣丟球：論女性身體經驗，2007 年，臺北：商周文化。

陳昭如，受害者或加害者？初探女性主義法學中的受害者政治，收錄於：殷海光基金會編，自由主義與新世紀台灣，頁 373-420，1997 年，臺北：允晨文化。

黃競涓，女性主義對審議民主之支持與批判，台灣民主季刊，5 卷 3 期，頁 33-69，2008 年 9 月。

二、外文部分

An-Na'im, Abdullahi Ahmed (1992), *Toward a Cross-cultural Approach*. In: Abdullahi Ahmed An-Na'im ed., HUMAN RIGHTS IN CROSS-CULTURAL PERSPECTIVES: A QUEST FOR CONSENSUS, pp. 19-43, PA: University of Pennsylvania Press.

Benhabib, Seyla (1996), *Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy*. In: Seyla Benhabib ed., DEMOCRACY AND DIFFERENCE: CONTESTING THE BOUNDARIES OF THE POLITICAL, pp. 67-94, NJ: Princeton University Press.

Benhabib, Seyla (2002), *THE CLAIMS OF CULTURE: EQUALITY AND DIVERSITY IN*

- THE GLOBAL ERA, NJ: Princeton University Press.
- Bohman, James (2004), *Realizing Deliberative Democracy as a Mode of Inquiry: Pragmatism, Social Facts, and Normative Theory*, 18 JOURNAL OF SPECULATIVE PHILOSOPHY 23-43.
- Cruft, Rowan, Matthew Liao, and Massimo Renzo (eds.) (2015), PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF HUMAN RIGHTS, U.K.: Oxford University Press.
- Dryzek, John S. (2000), DELIBERATIVE DEMOCRACY AND BEYOND: LIBERALS, CRITICS, CONTESTATIONS. U.K.: Oxford University Press.
- Forst, Rainer (1999), *The Basic Right to Justification: Towards a Constructivist Conception of Human Rights*, 6 CONSTELLATIONS 35-60.
- Forst, Rainer (2015), *Human Rights*. In: Darrel Moellendorf and Heather Widdows eds., THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF GLOBAL ETHICS, pp. 72-81, NY: Routledges.
- Frank, Michelman (2000), *Human Rights and the Limits of Constitutional Theory*, 13 RATIO JURIS 63-76.
- Freeman, Michael (2000), *Universal Rights and Particular Cultures*. In: Michael Jacobsen and Ole Bruun eds., HUMAN RIGHTS AND ASIAN VALUES: CONTESTING NATIONAL IDENTITIES AND CULTURAL REPRESENTATIONS IN ASIA, pp. 43-58, U.K.: Curzon.
- Fricker Miranda (2009), EPISTEMIC INJUSTICE: POWER AND THE ETHICS OF KNOWING, U.K.: Oxford University Press
- Galeotti, Anna Elisabetta (2007), *Relativism, Universalism, and Applied Ethics: The Case of Female Circumcision*, 14 CONSTELLATIONS 91-111.
- Ignatieff, Michael (2001), HUMAN RIGHTS AS POLITICS AND IDOLATRY, NJ: Princeton University Press.
- Jaggar, Alison (2005), *'Saving Amina': Global Justice for Women and Intercultural Dialogue*, 19(3) ETHICS & INTERNATIONAL AFFAIRS 55-75.
- Narayan, Uma (1997), *Dislocating Cultures: Identities, Traditions, and Third World Feminism*, NY: Routledge.
- Narayan, Uma (2000), *Undoing the 'Packing Picture' of Culture*, 25 SIGN: JOURNAL OF WOMEN IN CULTURE AND SOCIETY 1083-1086.
- Narayan, Uma (2000a), *Essence of Culture and a Sense of History: A Feminist Critique of Cultural Essentialism*. In: Uma Narayan and Sandra Harding eds., DECENTERING THE CENTER: PHILOSOPHY FOR A MULTICULTURAL, POSTCOLONIAL, AND FEMINIST WORLD, pp. 80-100, IN:

- Indiana University Press.
- Nickel, James (2006), *Are Human Rights Mainly Implemented by Intervention?*. In: Rex Martin and David A Reidy eds., *RAWLS'S LAW OF PEOPLES: A REALISTIC UTOPIA?*, pp. 263-277, U.K.: Blackwell Publishing Company.
- Nussbaum, Martha (2000), *WOMEN AND HUMAN DEVELOPMENT: A STUDY IN HUMAN CAPABILITIES*, U.K.: Cambridge University Press.
- Rawls, John (1993), *POLITICAL LIBERALISM*, NY: Columbia University Press.
- Rawls, John (1999), *THE LAW OF PEOPLES*, MA: Harvard University Press.
- Shklar, Judith (1986), *Injustice, Injury and Inequality: An Introduction*. In Franck Lucash ed., *JUSTICE AND EQUALITY HERE AND NOW*, pp. 13-33, NY: Cornell University Press.
- Shklar, Judith (1990), *THE FACE OF INJUSTICE*, CT: Yale University.
- Shklar, Judith (1998), *The Liberalism of Fear*. In: Stanley Hoffmann ed., *POLITICAL THOUGHT AND POLITICAL THINKERS*, pp. 3-20, IL: University of Chicago Press.
- Shklar, Judith (1998a), *Positive Liberty, Negative Liberty in the United States*. In: Stanley Hoffmann and Dennis F. Thompson eds., *REDEEMING AMERICAN POLITICAL THOUGHT*, pp. 111-126, IL: University of Chicago Press.
- Young, Iris (1990), *JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE*, NJ: Princeton University.
- Young, Iris (1996), *Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy*. In: Seyla Benhabib ed., *DEMOCRACY AND DIFFERENCE: CONTESTING THE BOUNDS OF THE POLITICAL*, pp. 120-136, NJ: Princeton University Press.
- Young, Iris (1997), *Gender as Seriality: Thinking about Women as a Social Collective*. In: *INTERSECTING VOICES: DILEMMAS OF GENDER, POLITICAL PHILOSOPHY AND POLICY*, pp. 12-37, NJ: Princeton University Press.
- Young, Iris (1997a), *Asymmetrical Reciprocity: On Moral Respect, Wonder, and Enlarged Thought*. In: *INTERSECTING VOICES*, pp. 38-59, NJ: Princeton University Press.
- Young, Iris (1999), *Ruling Norms and the Politics of Difference: A Comment on Seyla Benhabib*, 12 *THE YALE JOURNAL OF CRITICISM* 415-421.
- Young, Iris (2000), *INCLUSION AND DEMOCRACY*, NY: Oxford University Press.
- Young, Iris (2004), *Situated Knowledge and Democratic Discussions*. In: John

- Andersen and Berte Siim eds., THE POLITICS OF INCLUSION AND EMPOWERMENT, pp. 19-35, U.K.: Palgrave Macmillan.
- Young, Iris (2005), *Lived Body vs. Gender: Reflections on Social Structure and Subjectivity*. In: ON FEMALE BODY EXPERIENCE: THROWING LIKE A GIRL AND OTHER ESSAYS, pp. 12-27, NY: Oxford University Press.
- Young, Iris (2006), *Taking the Basic Structure Seriously*, 4 PERSPECTIVES ON POLITICS 91-97.
- Young, Iris (2007), *Structural Injustice and the Politics of Difference*. In: Anthony Simon Laden and David Owen eds., MULTICULTURALISM AND POLITICAL THEORY, pp. 60-89, NY: Oxford University Press.
- Young, Iris (2011), RESPONSIBILITY FOR JUSTICE, NY: Oxford University Press.

From the Voice of the Marginalized

Chun-Hung Chen^{*}

Abstract

This is a study of how one can successfully justify the universality of human rights to people with a diversity of beliefs and values. I argue that intercultural dialogue is an essential part of working out an interpretation of human rights that is acceptable to a broad range of cultures. Inspired by Iris Young's communicative democracy, I seek an account of human rights that has normative legitimacy from the perspectives of marginalized and victimized people. Intercultural dialogue in my scheme is a bottom-up approach from the victimized and marginalized people. In the end, I believe my approach can provide multiple routes to reach agreement regarding universal human rights, and will be descriptively more suitable to the moral reality of universal human rights.

Keywords: cultural dialogue, Iris Young, structural injustice, human rights, universality.

^{*} Professor, Department of Political Science, Soochow University.

非法獵捕保育類野生動物判決之實證研究^{*}

——以原住民文化抗辯為中心

張宏節^{**}／臺灣高等法院花蓮分院法官

目次

- 壹、前言
- 貳、獵捕野生動物法律規範演進及原住民文化抗辯成文化之發展
- 參、非法獵捕保育類野生動物判決實證研究結果及分析
- 肆、實務取向評析
- 伍、結論及建議
- 參考文獻

摘要

狩獵或漁獵為原住民傳統文化的一部分，國家為保育野生動物，維護物種多樣性，與自然生態平衡，在野生動物保育法中限制獵捕野生動物，並訂立非法獵捕保育類野生動物罪，國家規範與原住民狩獵文化產生衝突。同法第 21 條之 1 雖實質將原住民文化抗辯納入除罪化要件，然相關判決，仍爭議不斷。為瞭解案件特性及實務取向，釐清問題根源，本文先檢視法規範之演進，並以實證研究方法，全面性針對自 2004 年 2 月 4 日野生動物保育法新增第 21 條之 1 起至 2018 年 3 月 31 日止，各級法院非法獵捕保育類野生動物罪判決進行統計分析，就原住民族文化抗辯之實務見解，以時間軸角度，觀察其取向及變化，並分析最新發展趨勢，檢討現行法律規定，評釋法院法律適用疑義。

關鍵詞：原住民（族）、實證研究、野生動物保育法、獵捕保育類野生動物、文化抗辯。

* 投稿日：2018年5月31日；接受刊登日：2018年7月24日。

本文部分內容曾發表於2018年1月27日財團法人法律扶助基金會原住民族法律服務中心、財團法人小米穗原住民族文化基金會主辦之「原住民族狩獵文化與憲法保障座談會」及2018年7月14日財團法人法律扶助基金會主辦之「第四屆台灣法律扶助論壇——法律扶助與法律再造」。本文由衷感謝兩位匿名審查人細心審閱，並提供寶貴意見，使本文能就疏漏及說理部分修正補充，以臻完善。

** 臺灣高等法院花蓮分院法官。

壹、前言

臺灣得天獨厚，同時擁有豐富的生物多樣性¹及文化多樣性²，而兩者均具有普世價值³，需要全人類用心保護。又

以原住民的視角觀察，原住民自治時期乃是過著狩獵與游耕自給自足的生活，受禁忌與規範之約束，各族群、部落有其法律規範。外來政權統治之後，由於法令的管制及傳統領域逐漸喪失，獵捕野生動物（包括狩獵及漁獵）受到限制，然獵捕野生動物仍被認為是原住民傳統文化的一部分⁴。而我國在環境權受到重視及國際壓力下，為保育野生動物，維護物種多樣性與自然生態平衡，在野生動物保育法（下稱野保法）中限制獵捕野生動物行為，並在第 41 條第 1 項第 1 款規定非法獵捕野生動物罪，則除非保育類野生動物族群量逾越環境容許量，否則獵捕保育類野生動物行為可能受刑事制裁，於是國家規範即與原住民狩獵文化產生衝突；以背後價值取向角度觀察，則是生物多樣性取向（國家為保護保育類野生動物而限制原住民獵捕「保育類野生動物」）及文化多樣性價值取向（為尊重、保護原住民族多元文化中之狩獵文化，而開放原住民獵捕保育類野生動物）兩種重要價值的衝突。另以憲法

- ¹ 臺灣面積僅占世界面積0.0277%，但物種有57,439種，占世界之3.8%，其中哺乳類有121種，占世界之2.5%，鳥類有707種，占世界之6.9%，魚類有3,131種，占世界之9.6%。臺灣特有種比率，哺乳類約64%，鳥類13%，爬蟲類18%，兩棲類25%。參許曉華，永續臺灣——臺灣的生物多樣性，科學發展，501期，2014年9月，頁44-45。
- ² 數萬年前人類逐漸抵達臺灣定居，成為臺灣原住民族，現法定原住民共有16族。16世紀以來，開啟漢人移民來台。17世紀航海時代，荷蘭及西班牙短期占領部分地區。18世紀漳泉客移民落地生根，歷經鄭氏、清國統治，漢民族與平埔族共同生活。19世紀受日本統治，1949年後國民政府退守臺灣，又帶來新移民。20世紀末，臺灣經濟繁榮，又帶進東南亞外籍勞工及配偶，形成豐富文化多樣性。
- ³ 就生物多樣性而言，1973年3月3日瀕臨絕種野生動植物國際貿易公約（CITES）前言認野生動植物華麗多姿，乃自然系統中不可替代的一部分，必須予以保護，野生動植物具永恆增長價值，人類及國家為野生動植物最佳保護者。1992年生物多樣性公約（CBD）序言載明締約國意識到生物多樣性的價值，確認生物多樣性保護是全人類共同關切事項，各國有責任保護其生物多樣性以可持久的方式使用其生物資源，關切一些人類活動正導致生物多樣性的嚴重減少。就文化多樣性而言，2001年11月2日世界文化多樣性宣言（Universal Declaration on Cultural Diversity）認為文化多樣性就像生物多樣性對維持生物平衡那樣必不可少，是人類共同遺產，應當從當代及後代利益考慮予以承認肯定。2005年10月20日保護和促進文化表現形式多樣性公約（Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions；文化多樣性公約）前言確認文化多樣性是人類的一項基本特性，是人

類的共同遺產，應當為了全人類的利益加以珍愛與維護；承認傳統知識的重要性，特別是原住民知識體系，其對可持續發展的積極貢獻，及其得到充分保護和促進的需要。關於文化多樣性公約內容，參徐揮彥，聯合國教科文組織「保障及促進文化表現多樣性公約」對文化權及傳播權之影響：以2007年歐體視聽媒體服務指令為中心，新聞學研究，98期，2009年1月，頁98-103。

- ⁴ 鄭川如，論兩公約中原住民狩獵權漁獵權的內涵，台灣原住民族研究，7卷3期，2014年秋季號，頁84。

角度觀察，中華民國憲法增修條文第 10 條第 2 項、第 11 項分別規定「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧」、「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」，乃是生態保育與原住民文化兩種基本國策衝突；若以肯認環境權及文化權均屬基本權利性質，屬第三代人權，並為集體權立場，則是環境權與文化權兩種權利衝突。面對兩種價值（或權利）衝突時，應如何權衡取捨，有零和賽局及兼籌並顧、相互調和兩種立場，採取零和賽局立場，一方價值凌駕他方，有位階順序，而偏袒一方，全有全無，則必須說明並說服何以其一價值位階高於另一價值。若採兼籌並顧、相互調和立場，不偏袒任何一方，致作出全有或全無之認定，而是盡可能兼顧、傷害最小的前提下，作出適當之調和，避免對任一方造成過度侵害，則必須檢視現行法規是否已有符合比例原則之調和機制，能夠兼顧兩種價值。又司法實踐是否能做到價值的衡平，本文根據 CBD 之精神⁵及大法官之見解⁶，顧及兩種價值不可逆性⁷，採取兼

籌並顧、相互調和之立場。野保法第 21 條之 1 第 1 項雖已規定：「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。」而實質將原住民文化抗辯納入除罪化要件，似已有調和機制，然原住民獵捕保育類野生動物判決，仍爭議不斷⁸。因此究竟現行法對於兩種價值取向之衝突，是否確為達到兼籌並顧、相互調和適當規範，或係司法實務對於前開衝突，在適用法規上，無法達到兼顧調和之目的，即有探究之必要。

就非法獵捕保育類野生動物罪與原住民傳統文化衝突議題，研究者多以個

度侵害，否則將構成錯誤、違憲的利益衡量」；學說上亦認為原則上衡量上並無一定位階次序，學理上則有「實踐和諧原則」，參吳信華，憲法釋論，2017 年修訂 2 版，頁 223。

7 站在生物多樣性角度，物種絕種後，即無從挽回，站在文化多樣性角度，傳統文化喪失後，亦難以回復，均不可逆。

8 其中最具爭議的案件，當屬王光祿案，布農族原住民王光祿以土造獵槍獵捕保育類野生動物山羌及臺灣野山羊（長鬃山羊）經法院判處有期徒刑 3 年 6 月，經提起上訴，復經最高法院以 104 年度台上字第 3280 號判決駁回上訴確定。嗣經檢察總長提起非常上訴，則經最高法院於 2017 年 9 月 28 日以 106 年度台非字第 1 號裁定停止審判，並就槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項及野保法第 18 條第 1 項至第 3 項、第 21 條之 1 第 1 項、第 2 項，有無抵觸憲法乙節，提出釋憲聲請，為最高法院法官有史以來，首次提出釋憲聲請。參最高法院 2017 年 9 月 28 日新聞稿：http://tps.judicial.gov.tw/ms_news/index.php?mode=detail&SEQNO=288249（最後瀏覽日：2018 年 5 月 30 日）。

⁵ CBD 除保育自然生態資源外，亦強調國家應立法尊重、保存、維持原住民傳統生活方式而與生物多樣性維護與永續利用有關之傳統知識（CBD 第 8 條 j 款）。

⁶ 縱使是基本權衝突，司法院釋字第 656 號解釋許宗力大法官部分協同意見書，認為「權衡相衝突之基本權，總不得任憑衡量者自身之恣意與好惡，最基本的要求是不得偏袒任何一方基本權，致作出全有或全無之認定，而是必須在對雙方基本權盡可能兼顧，盡可能都傷害最小的前提下，作出適當之調和，以避免對任一方基本權造成過

案評釋指標性案件，或闡明原住民自決權、文化權、狩獵權等抽象權利，或就法律應如何解釋適用加以評論⁹，欠缺實證研究基礎¹⁰，為瞭解案件特性及實務取向，釐清問題根源，再以存在面之事實為基礎，尋求當為的法律規範。本文先以原住民及國家管制雙重視角，配合國際潮流，以時間為軸，檢視關於獵捕野生動物行為法律規範之演進及原住民文化抗辯之發展趨勢，觀察消長情形。並以實證研究（empirical study/research/analysis）方法，全面性針對自 2004 年 2 月 4 日野保法新增第 21 條之 1 起至 2018 年 3 月 31 日止¹¹，各級法院非法獵捕保育類野生動物罪之確定判決（包括原住民與非原住民）進行統計分析，就原住民族文化抗辯之實務見解，則以時間軸角度，觀察其取向及變化，並分析最新發展趨勢，檢討現行法律規定，評釋法院法律適用疑義，並提出建議。

貳、獵捕野生動物法律規範演進及原住民文化抗辯成文法化之發展

一、獵捕野生動物法律規範演進

法律規範，係指「於社會規範中，某些可透過該社會所共同承認的權威機關的強制力，加以貫徹執行的規範」¹²。自古即在臺灣生活的原住民，在受到外來統治前，各部落有其自己的文化、社會組織及習慣規範，及依其習慣所形塑的法律體系¹³。原住民族法共通的思想淵源，來自固有文化中強烈的崇祖觀念，認為只要是祖先流傳下來的東西，即具存在的合理性及正當性，相信靈魂不滅，祖靈或神靈依然與族人共同生活在一起，若違反固有習俗、禁忌，祖靈必然降災禍，故須探求祖靈意志，祈求冥護¹⁴。這些出現祖靈或神靈以訓誡族人遵守的規範，若由社會所公認的權威以強制力貫徹，即相當於法律規範，並以口語相傳的方式傳承法規內容¹⁵。

以原住民族法視角出發，原住民族自 1624 年荷蘭東印度公司殖民開始，歷經鄭成功家族、清朝、日本及 1945 年來

⁹ 吳志強，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，東吳法律學報，27卷2期，2015年4月，頁183-186。

¹⁰ 有論者業已指出透過實證研究所得經驗脈絡，可供刑事審判實務有主流價值面外之思考及判斷。參吳志強，刑事案件採納實證研究之必要性——以原住民傳統習慣為中心，台灣原住民研究論叢，21期，2017年6月，頁98-99。

¹¹ 以宣判日為準。

¹² 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1月，頁4。

¹³ 蔡志偉，從客體到主體：台灣原住民族法治與權利的發展，臺大法學論叢，40卷特刊，2011年10月，頁1507、1520。

¹⁴ 王泰升，臺灣法律史概論，3版，2012年，頁20-21。

¹⁵ 王泰升，同註12，頁4。

台統治的中華民國、1949年在台灣的中
華民國等外來政權統治，而1990年代台
灣民主化後，原住民族成為政治及法律
上主體，法制仍具有外來性¹⁶。又原住
民族中，尚分為「平埔族」¹⁷及「高
山族」¹⁸，前者指居住在平原地帶，且
遭荷蘭、鄭氏家族、清朝統治的族群，
後者則指稱沒有前述歷史經驗，居住於
高山或平原且較晚近才遭日本、中華民
國統治之族群¹⁹，由於平埔族固有法律
體系已遭外來政權破壞，法律傳統因漢
化而消逝²⁰，為避免討論複雜化，以下
所指原住民族，除特別論述外，不包含
平埔族。

獵捕野生動物，為原住民族傳統文
化的一部分，本有原住民法規範。以下
以原住民法及國家管制雙重視角，輔以
國際潮流，以時間為軸，說明獵捕野生
動物法律規範之演進，及原住民文化抗
辯成文法化之發展趨勢，並觀察兩種法
制間之交替變化及未來趨勢。

（一）原住民自治時期（史前至 1895年）

由於原住民族以口述方式歷代傳遞
其法律規範，目前僅能透過歐洲人、漢
人及日本人所留下的文字，來認識其規
範內涵。日本於1921、1922年出版之「臨
時臺灣舊慣習調查會第一部蕃族慣習調
查報告書」（8冊）及1921年「臺灣蕃
族慣習研究」（8冊）²¹因調查時間接近
原住民自治時期，具較高參考價值。又
行政院原住民族委員會（下稱原民會）
編製「臺灣原住民族民事傳統習慣調查
彙編（試行本）」（下稱彙編）²²亦有關
於狩獵、漁獵慣習之記載，可窺得部分
原住民自治時期關於獵捕野生動物之法
律規範²³。例如關於排灣族狩獵，記載
「獵場是屬於頭人所有，因此進入每一獵
場狩獵時，必向其主人繳納獵租，一般

²¹ 同前註，頁5。

²² 參見行政院原住民族委員會（委託），蔡明誠、蔡志偉（Awi Mona）、官大偉、浦忠勇（編著），臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編（試行本），2017年。此彙編係原民會委託蔡明誠、蔡志偉、官大偉、浦忠勇等諸位教授，根據中央研究院民族學研究所編譯之「番族慣習調查報告書」、「14族原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制（民國94年至100年）」、「調查公聽會與座談會（民國103年至104年）」及「其他文獻資料」，加以研究、編輯彙整。

²³ 然「彙編」主要以現行民法體例為軸加以編輯，並非針對刑事及獵捕野生動物規範加以整理，筆者曾自行整理「彙編」中有關各族群狩獵、漁獵內容，僅約12頁11,428字，且各族群內容豐富、簡要不一，許多族群並無具體規範內容，難以充分描述各族群在原住民自治時期有關獵捕野生動物之法律規範。

¹⁶ 詳細的論述，參王泰升，台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化，臺大法學論叢，44卷4期，2015年12月，頁1639-1704。

¹⁷ 漢人及清朝稱之為「熟番」。

¹⁸ 漢人及清朝稱之為「生番」，日本政權稱之為「蕃人」或「高砂族」，1945年國民政府接收臺灣後，臺灣省行政長官公署則稱之為「高山族」，嗣後改為山地同胞，1994年8月1日國民大會將山地同胞正名為原住民。

¹⁹ 王泰升，同註12，頁10。

²⁰ 同前註，頁10-14。

係以兩隻前腿及胸部充為獵租 (vadis)。其他獵物則依狩獵時所作貢獻，分配獵獲。頭目是其部落附近方圓幾十或幾百方公里內的土地領主，平民在此範圍內得自由耕種與狩獵，所獲皆須提出部分向頭目納租」²⁴、「各黨各有所屬之獵場，不得濫行至他黨領域狩獵。如有犯者，不僅其獵獲物遭沒收，尚須課以罰財。獵場有被一黨占有者，亦有數黨所共有者，或有些黨無獵場而得他黨許諾至其獵場行獵者，複黨番社大抵共有其獵場。獵獲者必將其獵獲物之一部分予地主頭目，稱vadis」²⁵。可見就排灣族而言，狩獵有其慣習，並有權威以強制力貫徹，而屬原住民法。

(二) 日治時期 (1895 年至 1945 年)

相對於平埔族及漢人，日治時期初期認對原住民族的統治不須適用現代意義法制，對於原住民族的民事、刑事、程序法等事項，是由理蕃警察就個案為裁決，於是原住民族法被視為「習慣」或「舊慣」，而成為警察為個案裁斷時的選項之一，但未被具體轉化為現代法院裡操作可普遍適用的法規範²⁶。

日治時期雖允許原住民打獵，然利用推動農業，降低原住民對狩獵的需求，以教育方式降低部落對兒童傳授狩

獵技能的機會²⁷，及管制槍枝方式²⁸，限制原住民獵捕野生動物之行為及態樣。合理推論，當因狩獵問題產生紛爭時，理蕃警察亦將參考先前狩獵的習慣或舊慣，作為個案裁決之依據。

(三) 狩獵法時期 (1948 年 11 月 2 日至 1989 年 6 月 23 日)

1. 狩獵法

狩獵法於 1948 年適用在臺灣地區²⁹，原則上不禁止狩獵，但採取狩獵許可制，若違反禁止或限制規定，則課處行政罰鍰並撤銷狩獵證書³⁰。主要係管制以狩獵為經濟或娛樂活動行為³¹，以是否傷害人畜、有害或有益禾稼、林木、可供食用或珍奇鳥獸，決定狩獵限制之程度³²。從而狩獵法時期，獵捕野

27 王皇玉，第六章：原住民犯罪的文化困境與除罪化，收錄於：刑罰與社會規訓——台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，2009 年 4 月，頁 231。

28 日治時期因認持有槍械之原住民為理蕃事業的最大危害，因而追查沒收槍枝。於 1911 年公布「貸與槍」措施，雖沒收原住民槍彈，但由於原住民有狩獵需要，因此在「蕃務官吏駐在所」設置槍彈，借給原住民使用，藉以操縱原住民。同前註，頁 238-239。

29 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，36 卷 3 期，2007 年 8 月，頁 280-281。另參立法院全球資訊網：<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lglawkm?.700b00303000000A0100000^1000003000000000000000150000E89C4151>（最後瀏覽日：2018 年 5 月 29 日）。

30 狩獵法（該法已於 1989 年 6 月 23 日廢止）第 5、7、17 條。

31 王皇玉，同註 29，頁 281。

32 狩獵法（該法已於 1989 年 6 月 23 日廢止）第 3、4 條。

24 原民會（委託），蔡明誠等（編著），同註 22，頁 323。

25 同前註，頁 322-323。

26 王泰升，同註 12，頁 18-20。

生動物，原住民與其他國人並無不同，均受狩獵法之規範，原住民原則上仍可上山打獵³³。

2. 生態保育黑暗期

1948 年至 1970 年間，生態保育未受重視，標本外銷市場的興起、食補與飼養野生動物的風氣日盛，造成了市場對於野生生物的需求，標本製造業在 1960 年達到最高峰，每年獵捕水鹿數百隻，臺灣野山羊與山羌，則超過了 1,000 隻，每年也有數以萬計的紅尾伯勞鳥，於過境時被獵捕當街販賣燒烤，野生的梅花鹿則於 1969 年於野外絕跡，此期間為生態保育黑暗期³⁴。

3. 禁獵令

由於野生動物交易猖獗，台灣地區於 1970 年針對觀光區禁獵，並於 1972、1975 年二次頒布禁獵令，1978 年 11 月 16 日始恢復狩獵許可制³⁵。

4. 保育啟蒙期(國家管制與原住民狩獵文化衝突之開始)

為保護國家特有之自然風景、野生動物及史蹟，並供國民之育樂及研究，

1972 年制定國家公園法，進入保育啟蒙時期，然因將許多原住民傳統領域劃定為國家公園，並規定國家公園區域內禁止狩獵動物或捕捉魚類，違反可處行政罰鍰及刑事處罰³⁶，限制原住民獵捕野生動物之區域。另 1982 年制定之「文化資產保存法」設立生態保育區與自然保留區，禁止改變或破壞其原有自然狀態。捕獵、網釣、採摘、砍伐或破壞指定之珍貴稀有動植物者，則定刑責³⁷。亦限制部分原住民獵捕野生動物之行為。國家管制與原住民狩獵文化開始產生衝突。

(四) 環境權之國際潮流及瀕臨絕種野生動植物國際貿易條約 (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, 縮寫: CITES; 常簡稱為華盛頓公約) 之影響 (1973 年)

1960 年代起，自然環境的保護與人類永續生存的關聯漸受重視，聯合國 1972 年於斯德哥爾摩召開世界環境會議，發表人類環境宣言，環境權被界定為人類享有自由、平等與在一個優質環境中過有尊嚴與幸福生活必需條件的基本權利，環境保護及生態保育成為國際潮流。嗣締約國於 1973 年在美國首府華

³³ 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，2 卷 1 期，2012 年春季號，頁 120。

³⁴ <http://www1.geo.ntnu.edu.tw/jiaen/1-1.htm> (最後瀏覽日：2018 年 7 月 12 日)。

³⁵ 戴興盛、莊武龍、林祥偉，國家野生動物保育體制、社經變遷與原住民狩獵：制度互動之太魯閣實證分析，台灣政治學刊，15 卷 2 期，2011 年 12 月，頁 19。

³⁶ 國家公園法第 25 條。

³⁷ 1982 年文化資產保存法第 52 條、第 56 條第 2 款。

盛頓簽署CITES。以絕種危險程度分為三個附錄分級管制，及依需要核發許可方式處理野生動物國際貿易，以保護野生動植物物種及其永續利用目的³⁸。環境權及保護瀕臨絕種野生動物成為國際潮流。

（五）野保法之制定（1989年6月23日）

由於我國自然環境發生甚大變化，野生動物棲息環境不斷減少，若干原有及特有野生動物絕種或瀕臨絕種，為避免繼續惡化，行政院因此於1986年函請審議「野生動物法」及廢止「狩獵法」³⁹。於1989年制定「野生動物保育法」，以保育野生動物，維護自然生態之平衡為立法目的⁴⁰。將野生動物區分為一般類及保育類野生動物，保育類野生動物則包括瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物⁴¹。原則上人民（包括原

住民、非原住民）均可狩獵、採集一般類野生動物，但應向主管機關，申請核發許可證，至於保育類野生動物，則無分原住民、非原住民，原則上不得騷擾、虐待、獵捕、買賣、交換、非法持有、宰殺或加工，非法宰殺、獵捕保育類野生動物則有刑責⁴²。

（六）生物多樣性公約 （Convention on Biological Diversity，縮寫：CBD） （1992年）

1980年代末期生物多樣性議題開始被討論，1992年里約地球高峰會所簽署之CBD⁴³，成為全球關心議題。確定生物多樣性保育的方法與概念，承認風險預防原則、就地保育必要性、科學發展及技術轉讓、傳統生態知識及惠益分享等原則⁴⁴。而CBD除主要議題即生物多樣性三層次（基因、物種及生態系統多樣性）外，部分內容並重視原住民生活及傳統知識與生物多樣性的密切關係⁴⁵。

其他器具或方法，捕取或捕殺野生動物之行為」。

⁴² 1989年野保法第5、18、32條。

⁴³ CBD詳細內容，參秦天寶，第六章：生物多樣性保育國際法的理論與實踐，收錄於：生物多樣性國際法導論，2010年5月，頁251-253、285-287。

⁴⁴ 同前註，頁285。

⁴⁵ 如CBD第8條j款：「參照國家立法，尊重、保存和維持原住民和當地社區中，依照傳統生活方式並且與生物多樣性的保護和持久使用相關的知識、創新與作法，並促進其廣泛應用，由此等知識、創新和作法而獲得的惠益。」、第10條：「每一締約國應

³⁸ CITES內容，參陳貞如，買賣奇珍異獸罰不罰，月旦法學雜誌，197期，2011年10月，頁213-221；葉俊榮，華盛頓公約與瀕臨絕種動植物的保護——臺灣面臨全球環境議題的挑戰與因應系列（一），律師通訊，172期，1994年1月，頁76-82；葉錦鴻，華盛頓公約遵約制度及其運用，臺灣國際法季刊，3卷4期，2006年12月，頁189-225。

³⁹ 立法院院總第540號議案關係文書。

⁴⁰ 1989年野保法第1條。

⁴¹ 1989年野保法第4條；同法第3條第3、4、5、9款「三、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。四、珍貴稀有野生動物：係指各地特有或族群量稀少之野生動物。五、其他應予保育之野生動物：係指族群量雖未達稀有程度，但其生存已面臨危機之野生動物。……九、獵捕：係指以藥品、獵具或

(七) 野保法 1994 年 10 月 29 日之修正

由於我國對於瀕臨絕種野生動物如犀牛、老虎保育不力，我國在國際上面對貿易制裁威脅，包括美國源自CITES的培利修正案⁴⁶。我國雖非CITES的會員國，但為順應國際潮流，避免背負「犀牛終結者」之惡名，野保法於 1994 年 10 月 29 日修正全文，以避免遭受貿易制裁⁴⁷。在第 40 至第 43 條規定刑事犯罪，其中第 41 條第 1 項第 1 款「非法獵捕保育類野生動物罪」即在該次修正中制定⁴⁸，除非族群量逾越環境容許量，否則不得獵捕、宰殺「保育類野生動物」。並呼應生物多樣性維護之趨勢，就立法目的增加「維護物種多樣性」⁴⁹，另於同法第 21 條第 5 款規定「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

盡可能並酌情保護、鼓勵按照傳統文化慣例而且符合保護或永續利用要求的生物資源的習慣使用方式。」另參紀駿傑，生物多樣性保育與原住民文化延續：邁向合作模式，國立台灣大學國家公園生物多樣性保育策略研討會，2001年9月。

⁴⁶ 葉俊榮，同註38，頁76-77。

⁴⁷ 陳貞如，同註38，頁215。

⁴⁸ 野保法第41條第1項第1款規定：「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。」；第18條第1項第1款規定：「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。」。

⁴⁹ 1994年野保法第1條。

之必要者」不受野保法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項、第 19 條限制之規定⁵⁰。

(八) 憲法增修條文(1992 年 5 月 28 日、1997 年 7 月 26 日)

憲法增修條文於 1992 年增訂第 18 條第 2 項「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧。」(現移列為第 10 條第 2 項)，以呼應國際保護環境生態之潮流。於 1997 年修正時，則增訂第 10 條第 9 項(現移列為第 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。」及第 11 項(現移列為第 10 條第 12 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，其辦法另以法律定之。」⁵¹ 前開規定，與「第三代人權」保障集體權趨勢有關⁵²。惟前開憲法增修條款因列於基本國策，與憲法第 7 條以下基本權利並不相同⁵³，多數見解認

⁵⁰ 1994年野保法第21條第5款。然在實際案件中，在法學檢索系統中查無援引該條之判決。

⁵¹ 修憲過程，參劉建宏，原住民族之人權保障，華岡法粹，31期，2004年5月，頁229-231。

⁵² 李震山，第7章集體權，收錄於：多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心，2007年2版，頁303。

⁵³ 李建良，淺說原住民族的憲法權利——若干初探性的想法，台灣本土法學雜誌，47期，2003年6月，頁123；林孟玲，從原住民族的文化權內涵評文創條例——以國際法觀點出發，中正財經法學，2015年1月，頁174。

為不能直接據以為憲法上的請求權⁵⁴，是否能以集體權性質的文化權作為憲法上的請求權，亦有疑義⁵⁵。

(九) 原住民文化抗辯成文法化
——2004 年 2 月 4 日野保
法新增第 21 條之 1

1. 何謂「文化抗辯」？

「文化抗辯」(cultural defense) 為美國訴訟審判實務，因應不同文化背景之被告，所發展出來排除刑責之抗辯手段，理論基礎在於每個人行為選擇及動機都根植於文化背景，因此司法審判必須尊重個人的文化脈絡，尤其是具有特殊族群身分或文化背景之人，若行為源自特殊的族群慣習或文化背景，與刑法規範衝突時，被告可提出文化抗辯，法院有義務審酌此等消極犯罪要件。審查要件為(1) 被告是否為特定文化族群的一部分；(2) 該文化族群是否具特殊傳統；(3) 被告犯罪時是否受該特殊文化傳統影響⁵⁶。則原住民若提出獵捕保育類野生動物，係出於原住民傳統文化而來之辯解，應屬「文化抗辯」之範疇⁵⁷。

2. 野保法 2004 年修正時新增第 21 條之 1，將「傳統文化」、「祭儀」納入成為除罪化要件，係屬「文化抗辯」成文法化

野保法 2004 年修正時刪除 1994 年野保法第 21 條第 5 款，新增第 21 條之 1 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。」從而依野保法第 41 條第 1 項第 1 款非法獵捕保育類野生動物罪法律規範架構，原住民族若基於傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺、利用保育類野生動物之必要時，不受第 18 條第 1 項第 1 款之限制，無論保育類野生動物族群量是否逾越環境容許量，均可獵捕、宰殺、利用保育類野生動物，將原住民因傳統文化、祭儀為目的獵捕保育類野生動物除罪化⁵⁸，係屬「文化抗辯」成文法化。

(十) 世界文化多樣性宣言
(Universal Declaration on
Cultural Diversity; 2001 年
11 月 2 日)

聯合國教科文組織於 2001 年通過世界文化多樣性宣言，認文化多樣性就

⁵⁴ 劉建宏，同註 51，頁 236-237。

⁵⁵ 林孟玲，同註 53，頁 175-176。

⁵⁶ 王皇玉，原住民犯罪的文化抗辯及其實踐，臺灣原住民族法學，1 卷 1 期，2016 年 7 月，頁 32-33。

⁵⁷ 同前註，頁 43。

⁵⁸ 王皇玉，原住民犯罪不法意識之研究——評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件，收錄於：林山田教授紀念論文集編輯委員會編，刑與思——林山田教授紀念論文集，2008 年 11 月，頁 127。

像生物多樣性對維持生物平衡那樣必不可少，是人類共同遺產，應當從當代及後代利益考慮予以承認肯定（第1條）；文化多元化是與文化多樣性這客觀現實相應的一套政策（第2條）；文化權利是人權的組成部分（第5條），明確提出文化多樣性之重要性。

（十一）原住民族基本法之制定 （2005年2月5日）

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，我國於2005年制定原住民族基本法（下稱原基法），立法理由係謂：「本法之制定，係認落實憲法增修條文第十條第十二項規定及總統政見『原住民族與台灣政府新的夥伴關係』、『原住民族政策白皮書』。」⁵⁹。並於第19條第1項第1款規定：「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。……。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」，立法理由認：「一、原住民族為歲時祭儀或供生活之用，常需利用部落週邊自然資源……為避免過度利用可能導致之弊端，本條允許之行為，僅限於『傳統文化、祭儀或自用』，且必須是『非營利』行為，亦即取得之物不得作為買賣交易或其他商業利益用途，並必須『依法』從事，亦即

相關行為之規範仍以各相關法律之規定為之。二、依據野生動物保育法第二十一條第一項第五款規定，基於傳統文化祭典之需要，得在原住民保留地獵捕野生動物，已初步保障原住民之狩獵文化。」⁶⁰。肯認野保法第21條第1項第5款保障原住民狩獵文化之意旨。另原基法第19條於2018年6月20日修正，第1項增加「及經中央原住民族主管機關公告之海域」要件，並增訂第2項：「前項海域應由中央原住民族主管機關會商中央目的事業主管機關同意後公告。」以維護原住民海洋文化、祭儀⁶¹。

（十二）文化多樣性公約 （Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions； 2005年10月20日）

確認文化多樣性是人類的一項基本特性及人類的共同遺產，應當為了全人類的利益加以珍愛與維護。將抽象的文化保障理念，以「文化表現」（cultural expression）之概念具體化，以促使及保

⁵⁹ 參立法院法律系統：<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?000B4EF7025D0000000000000000140000000040000000^01212094012100^000C5001001>（最後瀏覽日：2018年5月30日）。

⁶⁰ 同前註。

⁶¹ 原基法第19條修正為「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：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。」、「前項海域應由中央原住民族主管機關會商中央目的事業主管機關同意後公告。」、「第一項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」。

障文化表現的多樣性，作為公約之主要宗旨。

(十三) 原住民族權利宣言 (2007 年 9 月 13 日)

聯合國大會於 2007 年通過「原住民族權利宣言」，做為全球保障原住民族人權最基本的標準⁶²。此一宣言建構在聯合國與各國，透過與原住民族建立伙伴關係、諮商關係、合作關係，藉由原住民族權利的法制化工作，保障原住民族的各項人權⁶³，宣言第 3 條確立原住民族的自決權，第 27 條宣示：「原住民族有依國際人權標準，促進、發展及維護其機構組織、獨特習俗、精神文化、傳統、程序、作法及符合實際案例之司法系統或習俗的權利。」，足徵原住民族自決權⁶⁴及促進、發展、維護原住民族獨特習俗、文化與傳統成為國際潮流。

(十四) 兩公約 (2009 年 12 月 10 日)

公民與政治權利國際公約 (International Covenant on Civil and Political Rights; ICCPR) 及經濟社會文化權利國際公約 (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights;

ICESCR) (以下合稱兩公約)，係國際上人權保障最根本之法源。我國於 2009 年通過兩公約，並制定兩公約施行法，明訂具有國內法律之效力。ICCPR 第 27 條及第 23 號一般性意見認文化本身以多種形式表現出來，包括與土地資源的使用有聯繫的特定生活方式，原住民的情況更是這樣。這種權利可能包括漁獵等傳統活動和受到法律保障的住在保留區內的權利。ICESCR 第 15 條規定人人有權參加文化生活⁶⁵。ICESCR 第 21 號一般性意見亦認個人決定是否獨自、或與他人聯合行使參加文化生活的權利，是一種文化選擇，並應在平等的基礎上予以確認、尊重和保護。這對於所有原住民族尤其重要，他們無論作為集體或個人都有權充分享有聯合國憲章、世界人權宣言和國際人權法和聯合國原住民族權利宣言所確認的所有人權和基本自由。原住民族文化生活強烈的族群性對於其生存、福祉和充分發展是不可或缺的，並且包括對於其歷來擁有、占有或以其他方式使用或獲得的土地、領土和資源的權利。原住民族與其祖先的土地及其與大自然的關係相連的文化價值觀和權利應予尊重和保護，以防止其獨特的生活方式受到侵蝕，包括喪失維生方式、自然資源，乃至最終的文化認同⁶⁶。最高法院認依兩公約施行法第 2、3 條、

⁶² 蔡志偉，聯合國中的原住民族國際人權，臺灣國際研究季刊，4卷2期，2008年夏季號，頁92-95、99-100。

⁶³ 同前註，頁102-103。

⁶⁴ 原住民族自治相關論述，參蔡志偉，原住民族自治，台灣原住民研究學報，6卷1期，2016春季號，頁135-143。

⁶⁵ 參法務部編印，公民與政治權利國際公約經濟社會文化權利國際公約一般性意見，頁47、49。

⁶⁶ 同前註，頁323-325、333。

兩公約、立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋，均具有我國內國法之效力。至其與我國其他法律之效力位階如何，法無明文。於二者發生法律衝突時之適用順序，基於人權保障之法治國原則，自應優先適用人權保障密度較高之兩公約規範⁶⁷。

論者即認為兩公約內國法化後，對於原住民族文化權之保障，已具備權利之內涵，欲充實原住民族的文化權內涵，可由兩公約關於文化權之規定著手⁶⁸。論者雖亦認為兩公約條文內容，看不出任何原住民狩獵權或漁業權，但從一般性意見書可以發現原住民狩獵、漁業權的保障內容，其權利來源來自ICESCR第15條第1項(a)款之「人人有權參與文化生活」及ICCPR第27條之「少數民族的文化權。」⁶⁹。然ICESCR第15條第1項(a)款係屬文化權的基礎，是「人人」均可主張之權利，並非原住民族特有之權利；而ICCPR第27條之規定乃是原住民基於其「固有文化」所享有的權利，而非脫離文化權範圍，另外創設原住民之狩獵權、漁業權。應僅於文化權脈絡下的狩獵文化受到保護，而非即可指稱原住民享有與固有文化無關的狩獵權、漁業權，從而臺灣「原住民狩獵權」之用語，似乎不夠精確。況就一般類野生動物，原住民與非原住民之權利及限制均相同，且不會成立犯罪，

是否適宜額外賦予原住民狩獵一般類野生動物權，尚待斟酌。而原住民文化與國家法制規範衝突者，乃是非法獵捕「保育類野生動物」行為可能成立犯罪，賦予原住民無論是否基於傳統文化均有狩獵保育類野生動物權，則顯與保護野生動物、生物多樣性、生態保育價值及國際潮流背道而馳，若無調和機制，亦難以獲得普遍支持。

(十五) 「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」之訂定(2012年6月6日)

野保法第21條之1雖於2004年即已新增，然迄於2012年6月6日農委會及原民會始訂定發布「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」(下稱管理辦法)，依管理辦法第4條、第5條之規定，獵捕活動應事前提出申請，並經主管機關核准。第6條復規定：「直轄市、縣(市)主管機關審查申請案時，應考量各地區原住民族之傳統領域、文化、祭儀、獵捕區域、期間、方式及動物種類、數量之獨特性；核准獵捕野生動物之數量，應以傳統文化、祭儀所需為限，並應參考轄區野生動物資源現況及上年度實際獵捕野生動物種類、數量決定之。」、「前項各地區原住民族之傳統領域、文化、祭儀、獵捕區域、期間、方式及動物種類如附表。」。

⁶⁷ 最高法院105年度台上字第984號判決意旨。

⁶⁸ 林孟玲，同註53，頁176。

⁶⁹ 鄭川如，同註4，頁87-96。

二、現行法形式上雖具調和機制，實際運作上仍迭起爭議

由原住民及國家法制雙重視角，輔以國際潮流趨勢，依時間軸線觀察狩獵行為，在原住民自治時期，透過固有習俗、禁忌、祖靈觀念，由權威強制力貫徹，依照各族群部落，有其獨特原住民法規範體系。隨著外來政權統治，在日治時期，基於傳統文化的習慣或舊慣，尚成為理蕃警察個案裁決之依據，加上原則上不禁止狩獵，只是以各種方式管制、限制，狩獵文化得以習慣的樣貌持續存留。直至國民政府遷至臺灣，施行狩獵法後，原住民與其他國人相同，原則上仍可狩獵。然由於棲息地的破壞，狩獵活動頻繁，野生動物族群量下降，進入生態保育黑暗期，隨著國際環境權保護意識受到重視、CITES制定的影響及野保法制定下，狩獵野生動物受到限制，嗣因我國關於野生動物保護執行效果不佳，在國際壓力下，野保法於1994年修正，非法獵捕保育類野生動物成為犯罪，國家法律規範即與原住民狩獵文化發生衝突。又隨著原住民意識的覺醒及原住民運動的影響，野保法於2004年新增第21條之1，將「文化抗辯」納入成為除罪化要件，使原住民與傳統文化及祭儀有關之獵捕保育類野生動物行為予以除罪。我國並陸續制定原基法，簽訂兩公約，進一步保障原住民之人權。

觀察原住民法及國家管制各個階段消長變化，由原住民法的角度、獵捕野

生動物行為規範，其與國家接觸、碰撞的結果，符合論者所述：存在→弱化→滅亡→回復的循環及交錯關係⁷⁰。以國家管制的角度，則是管制→受到國際壓力及潮流嚴格管制→規定為犯罪→部分行為除罪化，目前則受到原住民文化權等集體權衝擊。則由獵捕野生動物法律規範演進及原住民文化抗辯成文法化之發展趨勢觀之，野保法既有「文化抗辯」除罪化要件，當可逐漸回復其狩獵文化，似不會再發生國家規範與原住民文化的衝突，然在司法審判實際運作上，卻產生爭議，引起社會矚目，其問題之根源為何，自宜透過實證研究加以釐清。

參、非法獵捕保育類野生動物判決實證研究結果及分析

一、實證研究範圍及其限制

原住民獵捕保育類野生動物所引發之爭議，研究者多針對個案進行分析評釋，較難以掌握該類案件之全貌⁷¹，為釐清問題之根源，本文嘗試以實證研究方法（法實證研究方法）⁷²，以自2004

⁷⁰ 李建良，憲政變遷中的原住民族權利——原住民族自治權的法理論述，憲政時代，31卷1期，2005年10月，頁23。

⁷¹ 少數文章，如臺灣大學法律學院王皇玉教授曾針對95年至98年，4年內地方法院判決中刑事被告或被告之一具有原住民身分之所有案件，作為研究標的，探討原住民犯罪實貌。參王皇玉，原住民持有槍械問題之研究，台灣原住民族研究，5卷1期，2012年春季號，頁11-15。

⁷² 所謂「實證研究」(empirical study/research/analysis)係指有系統透過實驗、觀察、訪問、調查、爬梳檔案與文件等方式獲得經

年2月4日野保法新增第21條之1⁷³起至2018年3月31日止⁷⁴，各級法院有關野保法第41條第1項第1款確定判決⁷⁵為研究對象，進行統計分析⁷⁶，觀察判決整體的趨勢與取向，並爬梳實務對於原住民文化抗辯的取向及理由，以實

證方法描述法律論證⁷⁷。所選取之判決來源為法官版司法院法學資料檢索系統⁷⁸，惟早期判決書並未每篇均標示被告是否為原住民⁷⁹，筆者以交叉比對歷審判決書及起訴書內容之方式，盡量探求被告是否具有原住民身分⁸⁰，然經統計歸類為非原住民案件中，應仍有部分案件被告實際上具有原住民身分，亦無從由被告所屬族群予以統計⁸¹，無法反應全貌，此為本研究之限制與缺憾。

驗事實資訊，而後予以分析、推論，以回答研究者所欲探討的問題。研究者可以提出假設、以既有理論預測答案，最後以統計方法分析數據，以檢驗假設、理論預測之正確性。而法實證研究，研究素材則是法律制度、法律體系、司法行為及其他法律現象。參王鵬翔、張永健，經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色，中研院法學期刊，17期，2015年9月，頁207-209。有關實證研究方法的詳細介紹，除參考前開文章外，亦可參劉尚志、林三元、宋皇志，走出繼受，邁向立論：法學實證研究之發展，科技法律評論，3卷，2006年10月，頁1-48；黃國昌，法學實證研究方法初探，月旦法學雜誌，175期，2009年12月，頁142-153；何漢葳、張永健，法實證研究方法進階導論——固定效果、隨機效果、群聚標準誤，月旦法學雜誌，259期，2016年12月，頁167-181。

⁷³ 2004年2月4日修正前野保法第21條第5款雖有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。不受同法第17條第1項、第18條第1項及第19條第1項各款限制之規定，然經搜尋法學資料檢索系統，並無案件提出該款抗辯，因此僅就2004年2月4日野保法第21條之1新增後之案件予以統計分析。

⁷⁴ 以宣判日為準。

⁷⁵ 係以被告或被告之一涉犯野保法第41條第1項第1款非法獵捕保育類野生動物罪經起訴、判決者為對象，如同時涉犯同條項第2款、第3款者，亦包含在內。但不包含單純涉犯同法第40條、第42條之罪者。

⁷⁶ 非法獵捕保育類野生動物案件數量龐大，內容繁多，前開統計為筆者個人自行整理，疏漏難免。另臺灣高等法院花蓮分院法官助理王意淇利用公餘時間協助整理、統計，特此誌謝。

⁷⁷ 學者將實證研究分成三類，第一類檢驗「差異製造事實」，第二類檢驗法律的實效性，並刻劃制定、適用法律之制度性行為。第三類則是以實證方法來描述法律論證。傳統判例研究或個案研究，是微觀層次描述法律論證，實證研究分析大量判決或其他法律活動，是巨觀層次的描述法律論證。如研究在職災補償訴訟中，法院以何種方式詮釋因果關係。王鵬翔、張永健，同註72，頁264-279。因此大量分析判決描述法律論證，仍屬實證研究方法的一部分。

⁷⁸ 因而得以檢索之判決包括標示不公開之判決。

⁷⁹ 司法院自102年1月1日起在各級法院設置原住民專業法庭或專股後，各級法院判決書在案號上才逐漸標示如「原訴」、「原易」、「原簡」、「原上訴」、「原上易」，並在判決內容中標示被告是否為原住民。

⁸⁰ 例如判決書雖未標明被告為原住民，但檢視起訴書或判決書內容（通常隱身在量刑審酌事由），則有如被告為泰雅族、魯凱族等個別族群身分之記載者，亦可認為屬原住民案件。

⁸¹ 另外，縱使判決標示原住民，但亦非所有判決均會具體記載所屬族群，因此原本針對各族群（16族）細部統計分析，然因資料不足而無法進行。

二、統計結果

(一) 數量統計

2004年2月4日至2018年3月31日各級法院宣判之非法獵捕保育類野生動物判決合計675件。其中原住民280件(41.48%)⁸²，非原住民395件

(58.52%)。三審確定判決32件，其中原住民14件(43.75%)，非原住民18件(56.25%)(表一)；二審確定判決47件，其中原住民23件(48.94%)，非原住民24件(51.06%)(表二)；一審確定判決596件，其中原住民243件(40.77%)，非原住民353件(59.23%)(表三)。

表一：三審確定判決：32件

原住民	14件(43.75%)
非原住民	18件(56.25%)

表二：二審確定判決：47件

	高等法院	臺中分院	臺南分院	高雄分院	花蓮分院	金門分院
原住民	1件	2件	1件	5件	14件	0件
非原住民	1件	4件	2件	11件	6件	0件

表三：一審確定判決：596件

	臺北	士林	新北	宜蘭	基隆	桃園	新竹	苗栗	臺中	彰化	南投
原住民	1件	0件	0件	10件	1件	2件	4件	6件	4件	0件	24件
非原住民	2件	2件	4件	10件	4件	3件	0件	4件	5件	1件	0件

	雲林	嘉義	臺南	高雄	橋頭	屏東	花蓮	臺東	澎湖	金門	連江
原住民	1件	4件	0件	35件	0件	14件	53件	84件	0件	0件	0件
非原住民	2件	9件	12件	25件	1件	195件	40件	34件	0件	0件	0件

資料來源：以上均為本文彙整。

(二) 獵捕保育類動物種類

獵捕保育類野生動物種類前10名，

分別為山羌(233件；將調降為一般類)；紅尾伯勞鳥(159件)；臺灣野山羊(長鬃山羊)(87件；將調降為其他應予保育野生動物)；台灣獼猴(59件；將調降為一般類)；白鼻心(34件；將調降為一般類)；食蛇龜(27件；將調升為

⁸² 只要其中1位被告具有原住民身分之案件，即歸此類。但僅統計判決件數，並未統計被起訴之原住民人數。

瀕臨絕種野生動物)；高身鏟頰魚(25件)；鱸鰻(20件)；臺灣水鹿(19件；將調降為其他應予保育野生動物)；灰面琵鷺(12件)。

(三) 原住民被告案件是否坦承

坦承 247 件(88.21%)；未坦承 33 件(11.79%)。

(四) 原住民是否援引野保法第 21 條之 1 或原基法第 19 條原住民族文化抗辯

未援引 240 件(85.71%)；有援引 40 件(14.29%)。

(五) 原住民被告量刑

六個月以下有期徒刑 189 件(67.5%)；六個月以上有期徒刑 91 件(32.5%)。

(六) 原住民被告諭知緩刑(包括附條件緩刑)

諭知緩刑 210 件(75%)；未諭知緩刑 70 件(25%)。

三、統計結果分析

由前開統計結果，可觀察出非法獵捕保育類野生動物罪，具原住民案件約占 41.48%⁸³，以原住民人口約占全國總人口 2.39%的比例⁸⁴來看確實偏高，係屬

原住民常見犯罪，當與原住民對於土地及其上自然資源之利用及傳統文化有關。另外由所獵捕之保育類野生動物種類以觀，原住民以獵捕山羌、臺灣野山羊(長鬃山羊)為大宗，非原住民則以紅尾伯勞鳥為大宗，只有零星個案原住民曾獵捕紅尾伯勞鳥或食蛇龜。其中獵捕山羌之比例亦顯著偏高，幸農委會於 2018 年 6 月 25 日召開「行政院農業委員會野生動物保育諮詢委員會議」，因應現況，將山羌、臺灣獼猴、白鼻心調降為一般類野生動物，將臺灣野山羊(長鬃山羊)、臺灣水鹿調降為其他應予保育野生動物⁸⁵。未來將大幅降低原住民涉犯該罪之案件量。而以管轄法院而言，以地方法院確定者為例，原住民案件集中在臺東、花蓮、高雄、南投等地方法院，均屬原鄉法院，非原住民案件則集中在屏東、花蓮、臺東、高雄等地方法院。

而就原住民案件中，答辯方向及訴訟策略採取坦承犯行比例高達 88.21%⁸⁶；參以量刑上有 67.5%量處六個月以下有期徒刑；諭知緩刑(包括緩刑附條件)比例亦達 75%。

人口約占全國人口 2.39%，內政部統計月報：https://www.moi.gov.tw/files/site_stuff/321/1/month/month.html(最後瀏覽日：2018 年 7 月 13 日)。

⁸⁵ 參林務局網站：<https://www.forest.gov.tw/0000014/0062487>(最後瀏覽日：2018 年 7 月 12 日)。

⁸⁶ 備受矚目的王光祿案件，於第一、二審亦坦承獵捕保育類野生動物之山羌、長鬃山羊各 1 隻，明知祭典打獵前要先申請許可，

⁸³ 此數字尚不包含被告實際上具有原住民身分但判決中未記載者，若包含前開判決，原住民比例會更高。

⁸⁴ 2018 年 6 月原住民人口數為 562,395 人；全國總人口數則為 23,011,879 人，從而原住民

而野保法雖自 2004 年 2 月 4 日新增第 21 條之 1，將文化抗辯明文化，然援引該條或原基法第 19 條文化抗辯者，僅占 40 件（14.29%）比例偏低，在 93 至 99 年度僅合計 5 件，100 年度後才有較

多案件援用，並於 104 年度達於頂峰，然之後亦未顯著增加⁸⁷（表四）。此或因法定最輕本刑係得以易科罰金，或被告符合緩刑宣告之資格，而為坦承之答辯方向及訴訟策略⁸⁸。

表四：未援引 240 件（85.71%）；有援引 40 件（14.29%）

年度	93 年度	94 年度	95 年度	96 年度	97 年度	98 年度	99 年度
案件數	1 件	1 件	0 件	1 件	1 件	0 件	1 件

100 年度	101 年度	102 年度	103 年度	104 年度	105 年度	106 年度	107 年度
4 件	6 件	4 件	4 件	10 件	2 件	5 件	0 件

資料來源：本文彙整。

四、以實證方法描述法律論證 ——以判決內容整理、分析 原住民文化抗辯之實務見 解及其取向

檢視 395 件非原住民案件，除少數非原住民認其雖非原住民，但生活習性

與原住民無異⁸⁹，或深受原住民狩獵文化所影響⁹⁰，而提出原住民文化抗辯外，其餘均未實質討論野保法第 21 條之 1。

檢視 280 件原住民案件判決，其中 240 件未援引文化抗辯者，多採坦承犯行之訴訟策略，請求從輕量刑或給予緩刑，因而數量龐大的案件，亦未實質論述文化抗辯內涵。而逐一整理、分析 40 件援引原住民文化抗辯（包含野保法第 21 條之 1 第 1 項、原基法第 19 條）判決之法律論證，概以指標判決（最高法院 104 台上字第 243 號判決）為分水嶺，在該判決前，因實務見解或逕認野保法第 21 條之 1 第 1 項不包括保育類野生動物，或尚須符合合同條第 2 項經主管機關核准，或尚須遵行管理辦法第 6 條暨附表規定之期間及得獵捕之野生動物種類始能除罪，如同設下獵捕對象及程序上

而這次打獵前，並未先申請許可，亦非為祭典而上山獵捕等情，而係就違反槍砲彈藥刀械管制條例部分提出抗辯，參臺東地方法院 102 年度原訴字第 61 號、臺灣高等法院花蓮分院 103 年度原上訴字第 17 號判決；雖提起第三審上訴，然就違反野保法部分，因於最高法院判決前仍未敘述理由，上訴不合法而駁回，參最高法院 104 年度台上字第 3280 號判決。

⁸⁷ 107 年 1 月 1 日起至同年 3 月 31 日宣判之原住民非法獵捕保育類野生動物案件（合計 4 件；屏東地方法院 107 年度原簡字第 19 號、106 年度原訴字第 45 號、花蓮地方法院 107 年度原訴字第 7 號、臺東地方法院 107 年度東軍原簡字第 1 號等判決）更全部係坦承犯行，未提出文化抗辯。

⁸⁸ 相對於持有土造長槍，而提出槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條抗辯者，比例較低，或亦可認受到法定最輕本刑之影響。

⁸⁹ 最高法院 101 年度台上字第 6559 號判決。

⁹⁰ 最高法院 104 年度台上字第 2237 號；臺灣高等法院花蓮分院 104 年度上訴字第 4 號判決。

障礙，因而大部分案件均在此層次即被認不符合除罪化要件，縱提出原住民文化抗辯，法院鮮少就何謂「傳統文化」、「祭儀」內容實質闡釋，並涵攝認定，除非因不符合野保法第18條第1項第1款要件外，亦甚少無罪判決⁹¹。迨指標判決變更見解後，事實審始出現較多實質闡釋文化抗辯內容之判決，且在具體適用後出現較多無罪判決。茲將有援引文化抗辯判決法律論述分析如下：

（一）指標判決前之階段

1. 以一般類野生動物為限

有認依臺灣原住民基於傳統文化祭典需要獵捕野生動物管理事項第5點之規定，可認原基法及野保法所指之野生動物，應以一般野生動物為限，而不及於保育類野生動物⁹²；有認野保法對於原住民獵捕保育類野生動物並無相關免除或減輕其刑之規定⁹³；亦有認為如解釋同法第21條之1第1項包括保育類及一般類之野生動物，而認原住民縱未經許可獵捕瀕臨絕種之野生動物，亦僅科

以罰鍰，則該瀕臨絕種之野生動物豈非果成絕種？此豈無法達成野保法為保護保育類野生動物之立法目的⁹⁴。

2. 須經主管機關核准

採此見解者，基於以下幾種思考路徑：

（1）直接由野保法第21條之1第1項、第2項之規範結構觀察

依野保法第21條第2項及第1項認原住民族之獵捕、宰殺或利用野生動物，除須基於傳統文化、祭儀必要外，尚須經主管機關核准⁹⁵。從而臺灣原住民雖係基於傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用保育類野生動物之必要，但如未經主管機關核准，自仍應受野保法第18條第1項之限制⁹⁶。

⁹¹ 如臺灣高等法院高雄分院103年度上訴字第640號判決認：「原審以不能證明被告有獵捕、宰殺保育類野生動物之主觀犯意，而為被告違反野保法部分無罪之諭知，經核洵無違誤。」。

⁹² 南投地方法院101年度投刑簡字第172號、臺灣高等法院花蓮分院99年度上訴字第238號、臺東地方法院96年度訴字第71號等判決，經提起上訴後，僅因未依減刑條例減刑經臺灣高等法院花蓮分院以96年度上訴字第249號判決撤銷。

⁹³ 臺灣高等法院花蓮分院102年度上訴字第58號判決。

⁹⁴ 臺灣高等法院花蓮分院99年度上訴字第238號判決。

⁹⁵ 最高法院101年度台上字第3572號判決。案例事實為排灣族原住民6人於2010年11月14日進入臺東縣金峰鄉都魯烏外部落山區，接續以土造獵槍開槍獵捕之方式，獵得保育類野生動物山羌7隻。就目的部分，抗辯乃是基於除喪狩獵撫慰人心乃不得已之文化慣行。該案原審即臺灣高等法院花蓮分院100年度上訴字第184號判決認雖為族人「除喪祭」所用，合於野保法第21條之1第1項規定，但未依同條第2項經主管機關核准，仍應回歸一般處罰規範。

⁹⁶ 高雄地方法院103年度原訴字第6號、94年度簡字第4470號判決。

(2) 由野保法第 21 條之 1 及第 51 條之 1 合併觀察

認野保法第 51 條之 1 規定僅就一般類野生動物予以規範⁹⁷，而未包括保育類野生動物，是以原住民族違反第 21 條之 1 第 2 項規定，未經主管機關許可獵捕、宰殺或利用保育類野生動物，仍應依野保法第 41 條規定受刑事處罰，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，自屬輕重失衡⁹⁸。

(3) 除由野保法第 21 條之 1 及第 51 條之 1 外，另依立法院附帶決議及立法目的觀察

認野保法第 21 條之 1 增訂公布時，立法者作有附帶決議：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。可資說明野保法第 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。況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三類，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，維護物種多樣性之立法目的豈不落空⁹⁹。並認立法者就原住民族權益及野生動物保護之調和已作有決定，即原住民族未經許可獵捕一般類野生動物者，施以行政制裁；未經許可獵捕保育類野生動物者，則應有刑罰之適用¹⁰⁰。而立法者此一區分是否得當，容有隨時空環境之變遷加以調整之情形，然在立法者修法前，法院亦僅得依此一管制模式適用法律¹⁰¹。

3. 尚須遵行管理辦法第 6 條暨附表規定

認原住民族向來有狩獵之習慣，基於其人格之自我實現而實施狩獵活動時，不免與保育野生動物之公共利益產生價值衝突，此等衝突如何調和或取捨，應由立法者善加抉擇。野保法第 21 條之 1 雖就原住民族基於傳統文化或祭儀所為之獵捕野生動物行為予以除罪化，惟為維護生物多樣性，復於原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利

⁹⁷ 野保法第 51 條之 1：「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，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰。」

⁹⁸ 臺東地方法院 102 年度原訴字第 46 號、第 9 號、100 年度訴字第 315 號、第 35 號判決。

⁹⁹ 臺東地方法院 101 年度重訴字第 8 號、101 年度訴字第 209 號判決。

¹⁰⁰ 臺灣高等法院花蓮分院 100 年度上訴字第 252 號、臺東地方法院 103 年度原訴字第 46 號判決。

¹⁰¹ 臺灣高等法院臺中分院 100 年度上訴字第 1884 號、臺中地方法院 101 年度選訴字第 2 號、宜蘭地方法院 97 年度訴字第 160 號判決。

用野生動物管理辦法中，另以附表方式將原住民各族舊有之傳統文化及祭儀就得獵捕期間及野生動物獵捕種類予以限制，此將原住民狩獵之傳統文化限縮於相當期間，錯開野生動物種類，乃為使野生動物休養生息，即是表現原住民族順應時序與自然共存共榮，所採之取之於山林，用之於山林之精神，兼顧野生動物之保育與原住民族傳統文化之傳承。故不論是基於傳統文化或祭儀而為狩獵行為，均須遵行原住民族傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 6 條暨附表所規定之期間及得獵捕之野生動物種類¹⁰²。

（二）分水嶺——指標判決之見解

4 名布農族原住民為供小米豐收季慶典使用，未經主管機關許可，基於獵捕保育類野生動物之犯意聯絡，獵捕山羌 10 隻案件，經事實審法院各判處有期徒刑 6 月，得易科罰金¹⁰³，經上訴後，最高法院 102 年度台上字第 3541 號判決變更見解，認管理辦法第 6 條第 2 項關於野生動物之種類，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」，亦包含在內。似證明原住民族依野保法第 21 條之 1 規定並不限於一般類野生動物。則野保法第 51 條之 1「一般類野生動物」是否係立法文字之疏誤所致，不無疑義。而撤銷原判決，發回更審。

更審判決經上訴後，最高法院 104 年度台上字第 243 號判決認原住民族符合管理辦法內容而獵捕野生動物行為，與違反管理辦法而違反野保法第 21 條之 1 第 1 項規定不同。野保法第 21 條之 1 第 1 項，已自同法第 21 條第 1 項第 5 款移列，而單獨立法，用以特別保護原住民族之傳統獵捕文化。則原住民族依同法第 21 條之 1 第 1 項之規定，基於其傳統文化、祭儀之獵捕行為，自不得漠視上開規定，及該條單獨立法以加強保護原住民族傳統文化之意旨，再以違反上開第 17 條至第 19 條之有關規定為由，逕依該法第 41 條各款予以處罰。被告係布農族原住民，獵捕山羌，係為供小米豐收季慶典，基於傳統祭儀，而獵捕保育類野生動物山羌，雖因未經主管機關之許可而違反該法第 21 條之 1 第 2 項之規定，縱立法時有所保留，但既疏漏而未定有處罰之明文，自無從違反罪刑法定及類推適用禁止原則，而予以比附援引、擴大適用範圍，逕以同法第 41 條論處罪刑之餘地。

¹⁰² 花蓮地方法院 104 年度原訴字第 12 號判決。更為詳細內容參臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 186 號、臺東地方法院 103 年度原訴字第 35 號等判決。

¹⁰³ 臺東地方法院 101 年度重訴字第 10 號、臺灣高等法院花蓮分院 102 年上訴字第 39 號判決。

（三）後指標判決時期

1. 最高法院見解漸趨統一

（1）最高法院 104 年度台上字第 2815 號判決

就卑南族原住民手持土造長槍 1 支獵得山羌 2 隻案件，最高法院 104 年度台上字第 2815 號判決認被告基於供自己食用之目的，未事前申請許可，也非因傳統文化或祭儀而獵捕保育類野生動物，不合管理辦法第 6 條附表之基於傳統文化之行為，應論以刑罰，亦即肯認基於傳統文化或祭儀而為狩獵行為，尚須遵行管理辦法第 6 條暨附表之規定，始能除罪之見解。

（2）最高法院 104 年度台上字第 3166 號判決

排灣族原住民三人共同基於獵捕保育類野生動物之犯意聯絡，獵得山羌 2 隻案件，經事實審判決有罪。上訴意旨雖援引指標判決見解，認前案緩起訴案件，公訴人在處分書中詳載「獵殺動物之目的在過年節慶之用」，屬依法應為不起訴處分或無罪之案件，並無違法性，自不得以前案資為本案緩刑撤銷之考量，然最高法院 104 年度台上字第 3166 號判決認前案並非以不具違法性而為上訴人不起訴處分，仍維持被告有罪判決。

（3）最高法院 104 年度台上字第 3280 號判決後¹⁰⁴，迄於 2018 年 3 月 31 日，最高法院未就原住民非法獵捕保育類野生動物罪案件作出判決。

（4）最高法院 106 年度第 2 次刑事庭會議（一）決議

106 年 2 月 7 日最高法院 106 年度第 2 次刑事庭會議（下稱 106 年決議），就「原住民未經向主管機關申請，於豐年祭期間，基於其傳統文化、祭儀，持自製之獵槍，上山獵捕保育類野生動物臺灣水鹿及山羌各三隻，是否違反野保法第四十一條第一項第一款之規定？」問題，決議原住民族於其傳統文化、祭儀期間，若供各該傳統文化、祭儀之用，且符合管理辦法第 6 條及其附表之各項規定，僅事先未經向主管機關申請核准，獵捕屬附表所列准許獵捕之保育類野生動物，不能因野保法第 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。

從而 106 年決議明確表示不採野保法第 21 條之 1 第 1 項不包括保育類野生

¹⁰⁴ 惟該案就違反野保法部分未敘述理由，上訴不合法，未就違反野保法表示意見。其原審判決臺灣高等法院花蓮分院 103 年度原上訴字第 17 號判決則採不論是基於傳統文化或祭儀而為的狩獵行為，均須遵行管理辦法第 6 條附表所規定之期間及得獵捕之野生動物種類之限制規範之見解。

動物，及尚須符合同條第 2 項經主管機關核准始能除罪之見解，然須符合管理辦法第 6 條暨附表規定之程序性限制仍在。

2. 事實審見解則多元而分歧

後指標判決時期，事實審見解多元而分歧，並非均採取指標判決或 106 年決議之見解，且呈現有罪及無罪互見之情形，經歸納、整理如下：

(1) 仍認野保法第 21 條之 1 第 1 項限於一般類野生動物

臺灣高等法院 105 年度原上訴字第 52 號判決（該案經上訴最高法院，尚未確定，不納入上開統計，但因見解特殊，仍列入分析）認野保法第 21 條之 1 以及原基法第 19 條第 1 款所指「野生動物」均未明確規範是否包含保育類野生動物在內。參野保法立法目的，係為保育野生動物，維護物種多樣性，並維持自然生態之平衡，準此，應認該法第 21 條之 1 所指「野生動物」並不包含保育類野生動物，否則，即與野保法立法目的有違，再參照臺灣原住民基於傳統文化祭典需要獵捕野生動物管理事項第 5 點前段已將保育類野生動物排除在外，則保育類野生動物乃為野保法第 21 條之 1 所排除，並非原住民得以獵捕之動物。

宜蘭地方法院 105 年度原訴字第 11 號判決認核心問題，在於憲法中明文保障之原住民文化，與保育野生動物兩價值，應如何調和其衝突，供自己或族人

食用為目的之狩獵，確為應予保障之原住民傳統文化，但狩獵「保育類野生動物」並不包括在內，不論任何傳統文化、祭儀，都不能狩獵保育類野生動物。縱同意為了傳統文化可將某一野生動物滅絕，此一傳統文化也將隨著該物種死亡，無以為繼而滅絕，或被迫改變傳統的方式。不論從維護生物多樣性的目的或保障傳統文化本質的觀點，保護保育類野生動物的價值均高於保障原住民傳統文化¹⁰⁵。

(2) 採 106 年決議見解，不論是基於傳統文化或祭儀而為的狩獵行為，均須按管理辦法第 6 條附表所規定之期間及得獵捕之野生動物種類為限制¹⁰⁶。

(3) 雖未經主管機關許可，仍實質認定是否符合「傳統文化」及「祭儀」之要件

如臺灣高等法院花蓮分院 105 年度原上訴字第 8 號判決引用指標判決見解，根據卷證資料，認定魯凱族原住民獵捕山羌 1 隻係因其同事之父過世，要打獵送給同事作為「除喪」（生命禮俗）使用，獵物合於管理辦法第 6 條附表，縱未於 5 日前申請，仍合於野保法第 21 條之 1 之除罪規定。

¹⁰⁵ 此案經高等法院 105 年度原上訴字第 75 號判決駁回上訴，並諭知附條件緩刑確定。類似見解，宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 6 號判決。

¹⁰⁶ 臺東地方法院原訴字第 4 號、花蓮地方法院 104 年度原訴字第 12 號判決。

如臺灣高等法院花蓮分院 104 年度原上訴字第 26 號判決引用指標判決見解，認被告於 103 年度全國布農族射耳祭暨傳統技能競賽之狩獵期間，未經許可，獵捕保育類野生動物，應屬野保法第 21 條之 1 第 1 項規定不罰之行為¹⁰⁷。

如臺東地方法院 103 年度原訴字第 32 號判決認被告狩獵活動乃屬未經主管機關許可，違反該法第 21 條之 1 第 2 項規定之行為，然實質認定係基於布農族傳統文化及祭儀目的所需，屬野保法第 21 條之 1 第 1 項所定不罰之行為¹⁰⁸。

- (4) 雖未經主管機關許可，亦違反管理辦法第 6 條暨附表規定，亦實質認定行為是否符合「傳統文化」、「祭儀」要件，而可依野保法第 21 條之 1 第 1 項除罪

臺灣高等法院花蓮分院 106 年度原上訴字第 11 號判決認被告係基於傳統文化、祭儀而獵捕保育類野生動物，雖未經主管機關許可，亦違反管理辦法第 6 條第 2 項狩獵期間之規定，仍不得逕以同法第 41 條第 1 項論處罪刑¹⁰⁹。

¹⁰⁷ 但該案並未具體說明是否符合管理辦法第 6 條暨附表之規定。

¹⁰⁸ 該案事實為舉行 103 年度全國布農族射耳祭暨傳統技能競賽，主辦單位就狩獵期間、狩獵區域範圍、獵捕種類、數量及方式、參加狩獵均有法申請核准。被告為布農族原住民，於射耳祭開放狩獵期間前往山區獵捕保育類野生動物山羌、水鹿。

¹⁰⁹ 該案原審花蓮地方法院 105 年度原訴字第 79 號判決，參酌吳月雪、晁日昇、吉宏，太魯閣國家公園原住民文化盤點及口述歷

- (5) 野保法第 21 條之 1 第 1 項及原基法第 19 條第 1 項所稱「祭儀」、「自用」，屬傳統文化之例示，只作為認定「傳統文化」之輔助，非獨立要件，並實質認定是否符合「傳統文化」要件

南投地方法院 104 年度原訴字第 8 號判決，認原基法第 19 條與野保法第 21 條之 1 第 1 項之准許規定屬文化權保障的具體實現，核心價值係在「文化」，無論「祭儀」或「自用」，皆為傳統文化在特定面向的呈現，應屬傳統文化之例示，只作為認定「傳統文化」之輔助，非別傳統文化而獨立存在。就布農族基督教之信仰，聖誕節亦成為布農族之重要祭典，被告或許是為幫太太「坐月子」，或是為迎接聖誕慶典，而前往部落獵場狩獵乙節，該法院認為狩獵存在於原住民布農族社會已久，並藉由世代相傳延續至今，為原住民布農族生活一部分，是原住民布農族之所以為原住民的識別符號，按照向來的生活與思考方式進行狩獵，本身就是履踐傳統文化，亦

史之研究、晁日昇、吉宏，太魯閣族部落史與祭儀樂舞傳記、臺北市政府原住民事務委員會維護之臺灣原住民族文化知識網站，認太魯閣族依其等信仰，確有為部落集體活動到個人在現實生活中事件，而舉行祭祀分食，且為藉由世代相傳而反覆實踐之儀式行為，合於祭儀之意。實質認定被告辯稱其獵捕目的係基於自用分食，及因其母罹患口腔癌、其與配偶均出車禍，故其母認需要祭拜祖先以保平安，合於野保法第 21 條之 1 所稱之傳統文化及祭儀。檢察官則認為被告行為違反管理辦法第 6 條暨附表之規定，而提起上訴。

符合上開管理辦法所稱之「傳統文化」，且其目的不僅在於祭儀（包括融入基督教信仰之聖誕節），亦擴及自用。

(6) 實質認定非營利行為之自用，屬原住民族傳統文化之一部分

太魯閣族原住民在花蓮縣壽豐鄉白鮑溪山區，以自製獵槍獵捕山羌之案件，花蓮地方法院 105 年度原訴字第 74 號判決認原住民族之文化實踐並非必然以祭儀方式表達，即使在飲食、起居的日常活動中，亦可理解為文化之實踐，且原住民族部落之傳統依山而居，與其山林土地依附共存，原住民族獵取其山林所產供自己食用，若無任何營利之行為，該行為仍屬原住民族文化活動之實踐方式，故「非營利行為之自用」既屬原住民族傳統文化之一部，而應依野保法第 21 條之 1 第 1 項規定認被告將誤擊之山羌帶回欲供本人或親屬或依傳統文化供分享之用時，不成立野保法第 41 條之 1 第 1 項第 1 款。經檢察官提起上訴後，臺灣高等法院花蓮分院 106 年度上訴字第 36 號判決肯認前開見解。

(7) 若符合原基法第 19 條之限制及野保法第 21 條之 1 第 1 項之要件，均不受刑罰所處罰

排灣族原住民在屏東縣滿州鄉里德村活動中心後方山區等地，獵捕灰面鵟鷹案件，屏東地方法院 106 年度原訴字第 2 號判決認若符合原基法第 19 條就原

住民獵捕野生動物行為之三項限制：1、於原住民族地區內；2、非營利行為；3、以傳統文化、祭儀或自用為限。及野保法第 21 條之 1 第 1 項基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕之必要，無論獵物為一般類野生動物或保育類野生動物，均不受刑罰所處罰。為求保護生物多樣性，以公平合理分享遺傳資源所生惠益，不過度耗用生物資源造成生物多樣性迅速衰減，進而帶來多數物種滅絕之浩劫，維繫環境保護之永續發展，原住民族固得依照其傳統生活習慣獵捕、宰殺或利用野生動物（含一般類及保育類），然仍須視個案情節檢視其行為是否確實為祭儀或自用所需，而不應以被告具有原住民身分逕行推定其獵捕行為必然與傳統文化有關。並依卷證資料，具體認定被告獵捕之初並非因傳統文化，亦非供祭儀或自用所需，故不得依據原基法第 19 條、野保法第 21 條第 1 項規定免除刑事責任。

(8) 野保法第 21 條之 1 及原基法第 19 條均屬刑法第 21 條第 1 項所規定之依法令行為

太魯閣族原住民在秀林鄉銅門林道龍溪處獵殺臺灣野山羊 1 隻案件，花蓮地方法院 106 年度原訴字第 3 號判決認原住民在原住民族地區基於非營利行為之傳統文化、祭儀目的而獵捕保育類野生動物行為，依野保法第 21 條之 1 規定，不認其具有違法性與可罰性，而基於自用目的者，依原基法第 19 條規定，

不認其具有違法性與可罰性，均為現行法令所規定之容許行為，並認本案被告係為供自己及家人食用之目的而為上開獵捕保育類野生動物之行為，實已展現太魯閣族「與自然共存」、「識別族群」、「展現勇氣及膽識」之價值，並依習慣將獵物視為食物來源，雖與行政機關訂頒之規定不符，然合於野保法第 21 條之 1 第 1 項所規定之「傳統文化」，亦合於原基法第 19 條第 2 項所規定之「非營利行為之自用」，屬刑法第 21 條第 1 項所規定之依法令行為而不罰。

肆、實務取向評析

後指標標判決時期，各級法院見解多元而分歧，然已無須經主管機關核准始能除罪之見解，扣除僅限於一般類野生動物之見解，實務發展的趨勢，大致可分成四種取向，惟每一種趨勢都有其疑慮及困境，尚待克服，茲析述如下。

一、採取 106 年決議見解，必須遵守管理辦法第 6 條暨附表始能除罪取向

依此取向，法院只要認為不符合管理辦法第 6 條暨附表之要件，即毋庸實質審酌被告的行為是否與傳統文化、祭儀有關，實務上有容易操作及認定的優點，且附表所列，仍具有部分傳統文化、祭儀之內容。

然細究管理辦法附表，除阿美族及部分泰雅族（桃園市、苗栗縣）、排灣族、卑南族、部分魯凱族（屏東縣、高雄市、

臺東縣）、鄒族、撒奇拉雅族有生命禮俗之傳統文化內容外，其餘均與「祭儀」有關，難認已窮盡原住民各族之傳統文化，且規範內容簡略，亦未見與原住民族傳統生態知識智慧之關連，似無法充分代表原住民狩獵文化，以此作為形式上要件審查是否適當，並非無疑。

研究者亦認管理辦法固然可以成為法院在解釋時的參考依據，但管理辦法並非法律，仍應考量個別限制的合宜性，且應觀察法規命令限制，是否逾越母法合法要素的授權界線¹¹⁰。

反面言之，如花蓮縣政府准許秀林鄉太魯閣族銅門部落於「感恩祭」狩獵，卻直接依照附表內容准予「限時、限量、限地」開放 5 種保育類野生動物獵捕，包括穿山甲，而穿山甲甫經CITES公布列在附錄一嚴禁國際貿易，引起軒然大波¹¹¹，惟穿山甲並非銅門部落主要獵物及習慣食用物種，則倘銅門部落獵捕穿山甲，形式上符合附表之規範，實質上卻違反其傳統文化，反而無法彰顯狩獵文化價值。

再者，原住民依照管理辦法第 6 條暨附表，是否即能兼顧生態保護，達到生物多樣性及文化多樣性兼籌並顧、相互調和之目的，亦無客觀科學化的調查

¹¹⁰ 許恒達，持有獵槍、獵捕保育類野生動物與原住民慣習間的衝突及解套：評宜蘭地方法院104年度原訴字第1號刑事判決，臺灣原住民族法學，1卷2期，2017年4月，頁58-59。

¹¹¹ <https://www.peopo.org/news/320329>（最後瀏覽日：2018年5月31日）。

與數據予以佐證，復無依據保護類野生動物數量予以調整機制，從而現行管理辦法第 6 條暨附表之規範，亦難認為妥適之調和機制。

二、個案實質認定是否符合野保法第 21 條之 1 第 1 項「傳統文化」、「祭儀」要件之取向

此取向優點是符合野保法第 21 條之 1 第 1 項之規範意旨，在個案中具體實質認定「傳統文化」、「祭儀」要件，符合文化抗辯的本旨，較能彰顯個案正義，然而在採取此種取向時，仍有以下的障礙要克服，適用後亦非無疑慮。

（一）106 年決議之障礙

106 年決議既仍採須符合管理辦法第 6 條暨附表始能除罪之見解，則各級法院是否會勇於挑戰該決議，實質認定傳統文化及祭儀要件，情況不明。又事實審縱採實質認定見解，經上訴後最高法院是否會因違反該決議為由撤銷原判決，亦不明確，增加不確定性。

（二）法院心態的調整

偏見往往來自不瞭解，及依刻板印象直觀判斷，各級法院（即便是原住民法庭）是否能夠去除成見，以學習心態充分理解原住民族傳統文化，甚至採取貼近原住民視角出發，尊重多元文化，正確適用文化抗辯要件，仍要看個案法官態度，可能因個案有異，而不同其命

運。為摒除偏見，法院在審理時，或可透過美國政治哲學家約翰·羅爾斯（John Rawls）在正義論（A Theory of Justice）中提出原初立場（original position）方式，讓法院想像他們被擋在無知之幕（veil of ignorance）後，對自己所擁有的性別、種族、能力、地位、社會階層和職位一無所知，以確保理性選擇一個公平正義的社會¹¹²。

（三）何謂「傳統文化」認定不易

1. 文化是動態且無明文定義的概念，當「傳統文化」成為除罪化要件，其內涵本即不易認定

依ICESCR第 21 號一般性意見，文化是一個廣泛、包容性的概念，包括人類生存的一切表現。是一個歷史的、動態的和不斷演變的生命過程，有過去、現在和將來¹¹³。因此文化原本即為具有時代性、動態而演進的概念，並無明文定義，內涵亦不易界定，屬不確定概念。在刑法理論脈絡下，原住民的傳統文化及慣習，本不能「直接」作為構成或排除刑事責任的理由，除非將原住民傳統文化或慣習融入既有刑法體系，否則只是犯罪結構的文化或族群感情問題¹¹⁴。

¹¹² JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 136-42 (2005)。

¹¹³ ICESR, general comment 21, para 11.

¹¹⁴ 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，6卷2期，2013年夏季號，頁45-46。反觀在民事領域，則有研究者主張應適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法。參黃居正，適用

野保法第 21 條之 1 第 1 項直接將「傳統文化」作為除罪化要件，即將不確定的概念成文化，倘無其他輔助規範予以界定（如不符合管理辦法附表之情形），在個案審查上即不易認定。

又原住民族自從被外來政權統治，原住民法弱化為慣習，再弱化為傳統文化，實際上破碎不全，產生斷層，甚至是暫時性遺忘，在長期禁獵與限制狩獵之歷史背景下，狩獵文化是否仍具有反覆實踐之特性，有待探討，從而狩獵文化之內涵，在個案中必須調查探究。加上係口耳相傳，資料蒐集不易¹¹⁵，往往必須透過詢問部落耆老、專家證人的方式為之，然將會產生代表性是否充足的問題，又當不同耆老間證詞矛盾時，應如何評價，亦為審判上困難之處。

2. 各原住民族族群、部落狩獵文化並非相同

各原住民族族群，均有其獨特的狩獵文化，且並非所有族群均有狩獵文化¹¹⁶。目前法定原住民族有 16 族，加上同一族群不同部落間，狩獵文化亦可能

有差異。而刑事案件乃是針對被告之特定行為之非難評價，則在個案文化抗辯，就被告是否為原住民族群的一分子，又該族群特殊的狩獵文化為何，被告犯罪時是否受該特殊狩獵文化影響¹¹⁷，均必須調查審認。此時並非可直觀以二分法或刻板印象，遽認只要是原住民即有獵捕特定「保育類野生動物」文化，而係應具體區分各族群甚至部落予以調查審認，更增添認定之難度。

（四）人、時、地、物等要素之挑戰

由判決事實觀察，案件類型複雜而多元，在具體個案上，在認定何謂傳統文化時，實務上面臨包括人、時、地、物各種挑戰，必須克服面對：

1. 「人」的要素——何謂原住民

具有原住民身分者，始能主張野保法第 21 條之 1 第 1 項文化抗辯，為認定原住民身分，我國制定有原住民身分法，將原住民分為山地原住民及平地原住民¹¹⁸，然究竟應依血緣或原住民身分

原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法，臺灣原住民族法學，1卷1期，2016年7月，頁5-16；許茹媛，原住民族傳統土地權利與習慣法物權，萬國法律，206期，2016年4月，頁58-73。

¹¹⁵ 有關原住民各族群狩獵文化的內容，縱使是原民會出版的文獻（例如，原民會（委託），蔡明誠等（編著），同註22），其內容中有關狩獵文化的論述，能夠作為判決參考者，亦屬有限。

¹¹⁶ 世居蘭嶼的達悟族有漁獵文化，然難認為狩獵文化。

¹¹⁷ 依野保法第21條之1第1項，具原住民身分之被告必須基於傳統文化、祭儀，而獵捕保育類野生動物，始得主張文化抗辯，然由於部落遷出傳統領域，且部落老年化，青壯年移居都市，成為都市原住民，許多原住民早已非居住山林，加上漢化教育之普及，現今並非所有原住民均深受傳統文化之影響，從而縱使該族群或部落有其特殊狩獵文化，但特定之被告是否基於該特殊狩獵文化獵捕保育類野生動物，以及該傳統文化對其狩獵之影響與關聯，仍應個案認定，惟此並非易事。

¹¹⁸ 參原住民身分法第2條。

法之取得戶籍登記來認定，實務上有所爭議，最高法院採應依原住民身分法第11條第1項在戶籍資料及戶口名簿上註記始生原住民身分取得之法律效果之標準¹¹⁹，最高行政法院則採原住民身分，係因血緣關係而來，身分之有無，是與生俱來，非國家權力所恩賜，更非登記取得或未及登記而喪失之標準¹²⁰。其中採戶籍登記標準之見解，具有認定容易之便利，然可能因原住民身分法規定之不完善，如「姓氏綁身分」主義，導致原住民女性無法將其原住民身分傳承其子女缺陷¹²¹。而採血緣標準，在原漢通婚、不同原住民族間通婚之情形，亦非不普遍，究竟應依何種之族群之傳統文化為認定依據，在具體個案上將產生爭

議。且若戶籍上未登記為原住民身分，可否持DNA血緣分析檢驗報告，主張自己具有原住民身分，而有除罪化要件適用，亦有待觀察。

又原住民身分認定，究應採「血統」或「文化認同」，本即有爭議。血統固然為界定原住民身分之主要標準，但從原住民族自決與自決立場，文化認同則有關鍵性與決定性¹²²。然原住民族因歷經不同統治者統治，不免受主流文化之影響，甚至受到同化，而喪失傳統文化的自我認同。以平埔族為例，臺南市政府民族事務委員會105年9月21日府族綜字第1050879384號函雖認西拉雅族迄今仍保有傳統狩獵文化，然依內政部81年3月4日台81內民字第8174921號函釋，種族欄登記為「熟」或「平埔番」，目前早已漢化，且居住在平地行政區域，與非山胞生活、語言幾無二致，非「山胞身分認定標準」適用範圍，認定不具原住民身分¹²³，亦即因平埔族已漢化，無文化認同，而不具原住民身分。另外，已有案例出現，被告主張雖非原

¹¹⁹ 最高法院107年度台上字第207號判決認依原住民身分法第11條第1項要在戶籍資料及戶口名簿內註記或塗銷山地或平地原住民身分及族別，始生原住民身分得喪變更回復之法律效果。依被告提出之戶籍登記簿固可認被告之祖父母輩具平地原住民血統，然歷經臺灣光復之親屬，既未依規定於政府開放登記期間內登記為原住民，依原住民身分法之規定，自難認已取得平地原住民身分，是被告應屬非原住民與非原住民所生之子女，當不具備原住民身分。

¹²⁰ 最高行政法院107年度判字第240號判決認原住民身分，係因血緣關係而來，身分之有無，是與生俱來，非國家權力所恩賜，更非登記取得或未及登記而喪失。原住民身分法第2條僅係為管理便利方區分山地和平地原住民，非認於登記期間外即無再取得原住民身分之可能。國家就原住民身分設登記制度，是出於行政管理便利性考量，該項登記之性質，乃行政上的確認手續，不能因未完成系爭登記者即非原住民。

¹²¹ 鄭川如，「原住民身分法」中「姓氏綁身分」條款的違憲分析，國立中正大學法學集刊，40期，2013年7月，頁1-39。

¹²² 王皇玉，同註29，頁292-293。

¹²³ 臺灣高等法院花蓮分院106年度上訴字第34號判決，該案被告辯稱其祖父母在戶籍謄本上均登記為「熟」，且經富里鄉公所為符合西拉雅（平埔）族原住民身分之認同登記，屬西拉雅族，應以「血統主義的原住民」從寬認原住民身分。然經原審法院經函詢原民會，認依原基法第2條第1款及原住民族別認定辦法第2條，目前經行政院核定之法定原住民族有16族，其他均非「原住民族」。又依內政部前開函文，認定被告不具原住民身分。

住民，但生活習性與原住民無異¹²⁴，或深受原住民狩獵文化所影響¹²⁵，而提出野保法第21條之1原住民文化抗辯者，倘採文化認同觀點，似也應認具原住民身分¹²⁶。

2. 「物」的要素——獵物的傳統文化關連

野保法刑事處罰，係以獵捕保育類野生動物為行為客體，然並非所有獵捕保育類野生動物，均與傳統文化有關。如屏東排灣族原住民因工作緣故，至綠島從事裝設冷氣兼職浮潛教練，為已食用為目的，與非原住民共同獵捕曲紋唇魚（龍王鯛）¹²⁷，或原住民漁船船長獵捕、宰殺弗氏海豚¹²⁸，前開太魯閣族銅門部落認無獵捕穿山甲之傳統文化¹²⁹，或原住民獵捕非原住民常獵捕之食蛇龜¹³⁰，均難認與原住民文化間有何關連。從而依照原住民傳統文化，得以獵捕何種「保育類」野生動物，亦必須在具體傳統文化脈絡中認定。

¹²⁴ 最高法院101年度台上字第6559號判決。

¹²⁵ 最高法院104年度台上字第2237號；臺灣高等法院花蓮分院104年度上訴字第4號判決。該案被告主張原住民有食用飛鼠胃腸內未消化之植物嫩葉及果實，以有效改善腸胃疾病之習俗，為改善同居人之胃疾，而獵捕赤腹松鼠及山羌。

¹²⁶ 然前開二案，判決均認不具原住民身分。

¹²⁷ 臺東地方法院106年度原上訴字第22號判決。

¹²⁸ 臺東地方法院102年度原東簡字第83號判決。

¹²⁹ 然確有原住民獵捕穿山甲之案件，如新竹地方法院106年度原訴字第21號、屏東地方法院106年度原訴字第45號判決。

¹³⁰ 宜蘭地方法院103年度簡字第533號判決。

又傳統狩獵文化上，亦非無對於獵物之禁忌與限制，如泰安鄉泰雅族北勢八社即有禁止獵捕臺灣野山羊、穿山甲、臺灣獼猴、臺灣黑熊、山豬之禁忌¹³¹，如屬該部落之原住民獵捕臺灣野山羊，違反禁忌，此時該獵捕保育類野生動物之行為，是否仍能認為屬野保法第21條之1傳統文化的範疇，即有爭議。

3. 「時」的要素

文化具歷史性，有過去、現在和將來，狩獵文化，隨著部落組成、獵場、氣候、遷徙等變化，在不同的歷史階段，容有不同內涵，在時間概念上，究竟應採取何種時期的文化內容作為依據，即容有爭執。又在證據資料上，如採日治時期「臺灣蕃族慣習研究」記載或者老之證詞，然因時空變化，是否仍能適當說明為傳統文化內涵，且延續至今，亦可能有爭執。

另原住民狩獵，有其狩獵季節之限制，以泰雅族為例，絕大多數以歲時祭儀及農作休閒（如冬季）為季節，禁獵期間，任何人不得進出獵場打獵¹³²。則倘泰雅族原住民並非在祭儀或狩獵季節狩獵，而獵捕保育類野生動物，違反狩獵規範，是否仍屬符合「傳統文化」要件之行為？

¹³¹ 王進發、童信智，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，5卷1期，2012年春季號，頁66。

¹³² 同前註，頁51。

4. 「地」的要素

原住民族因為傳統領域的喪失、部落及人民的遷徙，加上國家公園、自然保育區的設置，得以狩獵地點，往往非傳統獵場，而狩獵文化與部落所在土地及獵場息息相關，所得獵捕的保育類野生動物種類也會因獵場而有異，在獵場變化的情形下，獵捕地點及獵捕的種類，是否與狩獵文化相關，亦造成認定上的困難。

另原住民狩獵，有獵區獵場之相關規範，如屏東縣霧台鄉魯凱族人仍維持傳統的獵區狩獵制度，獵人只有在固定的地區，使用固定的路徑進行狩獵活動，國有林班地中，許多地區，如大小鬼湖附近，是獵人傳統不利用的地區¹³³；又如泰雅族亦有嚴格進入他人獵場，且不可破壞進出獵場之獵徑，嚴格禁止盜取他人獵區的獵物之狩獵規範¹³⁴。則倘至他族群或部落的獵場狩獵，違反狩獵規範，是否符合狩獵文化，亦有探究之必要¹³⁵。

由於野保法除罪化要件「傳統文化」、「祭儀」屬不確定概念，且各族群、部落內涵亦有差異，加上前開「人」、「物」、「時」、「地」要素均有挑戰需克服，並無法律明文之規範，因此法院在審查

除罪化要件，即容有較高之裁量空間，增加個案結果之不確定性。

三、「傳統文化」包含「非營利自用」取向

此取向優點在於毋庸援引原基法第19條規定，即可在野保法第21條之1要件中處理，避免兩種規範適用順序上之諸多爭議¹³⁶。且難以排除有部分「非營利自用」行為，與傳統文化息息相關，從而此取向有其正當、合理性。

然在論理上，基於「非營利自用」（通常為供自己或家人食用）而獵捕「保育類」野生動物行為，若本即在「傳統文化」範圍內，「非營利自用」此要件即無獨立存必要。且並非所有「非營利自用」獵捕保育類野生動物行為，均與原住民傳統文化有關，如為供己或家人食用為目的，而獵捕曲紋唇魚、弗氏海豚、穿山甲或食蛇龜等保育類野生動物之行為，即難認包含在「傳統文化」的概念中。縱使屬原住民傳統上會獵取之保育類野生動物，然係在偶然情況下，為食用而獵捕之行為，如泰雅族原住民至宜蘭縣南澳鄉山區進行舊部落田野調查，因糧食匱乏而獵捕臺灣野山羊、山羌食用果腹¹³⁷，是否合致基於「傳統文化」之要件，亦容有討論之空間。而此取向在論述上若過度寬鬆，僅認原住民獵取

¹³³ 裴家騏，魯凱族的狩獵知識與文化——傳統生態知識的價值，台灣原住民族研究論叢，8期，2010年12月，頁73-74。

¹³⁴ 王進發、童信智，同註131，頁51。

¹³⁵ 如屏東魯凱族原住民至宜蘭員山鄉獵捕山羌1隻（宜蘭地方法院101年度訴字第152號判決）。

¹³⁶ 實務上即有三種論罪模式：直接適用、從法從事或特別法優先，吳志強，同註9，頁180-182。

¹³⁷ 宜蘭地方法院104年度原訴字第1號判決。

其山林所產供自己食用，若無任何營利行為，該行為即屬原住民族文化活動之一部，其並非針對個別族群、部落加以細說，容易流於對原住民之刻板印象直觀判斷，說理較為牽強，若要採此取向，說理上更應細緻嚴謹。

而狩獵之主要目的無非食用，作為動物高蛋白食物來源，此為自古人類的傳統，所謂靠山吃山，靠海吃海的概念，難認為原住民族特有文化，非原住民世代居住在山林，或世居原住民部落，為食用為目的狩獵，亦可能為其或家人之傳統。舉例而言，如非原住民因長年與原住民居住，長期有狩獵行為，又逢年節而獵捕山產（臺灣野山羊）供家人食用，即因不具原住民身分，而成立犯罪¹³⁸，則從反面角度思考，同樣世居山林，有狩獵活動之人民，同樣因食用之目的而獵捕保育類野生動物，是否僅因不具原住民身分，而有不同的待遇，此種差別待遇，是否有正當性基礎，仍屬優惠性差別待遇，而符合平等原則，亦尚有討論空間。

此種取向，因將完全契合文化抗辯之本旨，為四種取向中較為足採者，然較第二種取向，調查審認之難度更高，個案差異性將會更大。

四、原基法第 19 條「非營利自用」亦作為除罪化要件

此種取向直接將原基法第 19 條「非

營利自用」的要件，適用在非法獵捕保育類野生動物罪，優點在於大多數案件均屬非營利自用，因而原住民獵捕保育類野生動物行為可大幅除罪，符合原住民族視角下，補償正義的期待。農委會及原民會會銜函釋亦為野保法第 21 條之 1，包括原住民在原住民族地區基於自用之非營利目的而獵捕、宰殺或利用野生動物等行為，所謂自用係指非藉此獲取利益，僅供本人、親屬或依傳統文化供分享之用¹³⁹。

然原基法性質上屬「基本法」，與其他實施法律之關係，具有優越性、指導誘導性、非母法與子法之關係及準憲法意義，為原住民族領域或政策措施之基本原理原則或基本方針。一般而言，內容屬抽象概括性及一般全面性，無法對特定規範主體課以特定義務，亦無法以強制規範定之，僅得以訓示規範或努力義務規範定之，必須透過實施法律加以具體化，難以作為限制原住民權益之直接依據，原住民亦難僅以抽象基本原則或方針，作為裁判請求權之依據¹⁴⁰，則是否適當以原基法「非營利自用」直接作為野保法除罪化要件，實非無疑。且原基法第 19 條立法理由已認修正前野保法第 21 條第 1 項第 5 款（現為野保法第 21 條之 1 第 1 項）已初步保障原住民

¹³⁸ 花蓮地方法院96年度訴字第139號判決。

¹³⁹ 106年6月8日農委會（106）農林務字第1061700971號、原民會（106）原民經字第10600235541號函釋。

¹⁴⁰ 蔡秀卿，基本法之意義與課題，收錄於：當代公法新論（中）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002年7月，頁246-250。

之狩獵文化，並未認為野保法第 21 條之 1 未列「非營利自用」要件，違反原基法之規定，或不符合原基法的精神，立法者似認在實施法即野保法，以基於「傳統文化」或「祭儀」作為除罪化要件，即為已足。再者，為落實基本法，在實施法層次，本來就應根據其規範之特性，調整落實基本法內涵之要件，而非直觀的將基本法所有要件移植到實施法中，始認為落實基本法¹⁴¹。如就槍砲彈藥刀械管制條例而言，乃是國家基於治安、公共安全維護，而就狩獵「工具」所為限制，從而衝擊所有持槍狩獵行為（不管狩獵一般類或保育類野生動物），而野保法乃是國家基於保育野生動物，維護物種多樣性，與自然生態之平衡，而就獵物之種類（保育類）所為之限制，則槍砲彈藥刀械條例及野保法兩種規範對原住民狩獵文化之限制及影響不同，所容許之範圍本即不同，因此除罪要件自然不盡然相同，此由比例原則、平等原則上之觀察，自屬當然，從而並非野保法第 21 條之 1 第 1 項無「非營利自用」要件，即認為未落實原基法。

又以「非營利自用」作為除罪化要件，僅有「原住民」身分加上基於「非營利自用」目的兩要件，文義射程範圍甚廣，解釋上亦可能包含與原住民狩獵文化無關之食用保育類野生動物行為，

如前開為供己或家人食用為目的，而獵捕曲紋唇魚、弗氏海豚、穿山甲或食蛇龜等保育類野生動物之行為，均在文義射程範圍內，適用範圍是否過廣，即值斟酌。

再者，以「非營利自用」作為要件，只要供本人或家屬食用，無需考慮是否基於傳統文化，究其實際無非以是否具原住民身分作為除罪化要件，除了採取所謂「基進法學主義路線」，只要身分上是原住民，就必須審酌原住民族特性¹⁴²，或從「民族」的角度去思考管制規範刑事懲罰的正當性觀點¹⁴³，否則僅以原住民、非原住民二分法作為標準，是否具有優惠性差別待遇，符合平等原則，亦有疑慮。縱使採轉型正義觀點¹⁴⁴，然轉型正義，乃是恢復原住民族諸權利，且必須了解原住民族傳統法規範¹⁴⁵，亦非與傳統文化脫勾，則是否容許跳脫傳統文化，賦予「非營利自用」獵捕「保育類」野生動物的權利，更非無疑。而此種放寬除罪化要件取向，對於保育類野生動物的衝擊較大，是否仍

¹⁴² 邱忠義，法官審判時之認事用法應否考量原住民族之特性（下），月旦裁判時報，28 期，2014 年 8 月，頁 122。

¹⁴³ 劉繼蔚，淺評宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號刑事判決：基於「民族」觀點就管制正當性的再思考，臺灣原住民族法學，3 期，2017 年 12 月，頁 107-112。

¹⁴⁴ 有關轉型正義議題，參陳旻園，轉型正義的思考與實踐，台灣原住民族研究學報，6 卷 3 期，2016 年秋季號，頁 145-160。

¹⁴⁵ 吳豪人，「野蠻」的復權：台灣修復式正義與轉型正義實踐的困境與脫困之道，台灣人權學刊，1 卷 3 期，2012 年 12 月，頁 67、89、90。

¹⁴¹ 否則原基法第 19 條第 1 項尚有「在原住民族地區及經中央原住民族主管機關公告之海域」之要件，野保法第 21 條之 1 在適用上是否受前開要件之限制？

能夠達到兼籌並顧、相互調和的目的，也未經科學實證研究。

非法獵捕保育類野生動物罪，背後價值乃是生態保護及維持生物多樣性，亦屬普世之重要價值，當野保法規範與原住民狩獵文化衝突時，就憲法角度，乃是要探討野保法第 21 條之 1 第 1 項「傳統文化」及「祭儀」除罪化要件，是否過度限制原住民狩獵文化，不符合比例原則，而需加入「非營利自用」要件加以調整之問題。然當考慮是否加入「非營利自用」要件，則仍應進一步審酌加入此射程範圍較大之要件，是否仍能達到與自然生態兼籌並顧、相互調和之目的，並與平等原則相符。前開規定是否違憲，既經最高法院聲請釋憲，即有賴司法院大法官會議就此兩種普世價值，進行權衡判斷。

伍、結論及建議

原住民文化抗辯既已成文法化，若妥善運用當可適度減緩國家規範對狩獵之傳統文化的衝擊，不至出現爭議判決，引起原住民族群的普遍不滿。本文由實證研究結果，發現原住民非法獵捕保育類野生動物案件，多採取坦承，尋求緩刑之訴訟策略，援引野保法第 21 條之 1 或原基法第 19 條文化抗辯除罪化條款者，為數不多。而法院判決，在指標判決前，如同設下獵捕對象及程序上障礙，多數案件因未經主管機關核准獵捕保育類野生動物，無法通過前開障礙，未實質調查審酌原住民文化抗辯。指標

判決及 106 年決議雖除去部分障礙，不再限於一般類野生動物，亦無須事先經主管機關許可，然仍需符合管理辦法第 6 條暨附件始能除罪，而事實審法院見解則多元及分歧，且四種實務見解取向，均有所疑慮尚待克服，足見現行法制容有缺陷，並非兼顧調和生態保護、生物多樣性及保護原住民文化、文化多樣性之妥適法律規範，本文建議以新的眼光及作法重新訂立規範¹⁴⁶。

原住民族需要的是建構真正尊重原住民獨特歷史、文化，能夠彌補數百年來不合理的對待，並能夠永續發展的制度¹⁴⁷。自古即有狩獵文化的原住民族，在原住民自治時期，發展出原始而有效的生態倫理與保育措施，包括獵區、獵團、占卜祈福、禁忌及記點儀式與分享等內涵，使原住民與野生動物在臺灣山林保持長久的動態平衡，保存生態體系，維持生物多樣性¹⁴⁸，在建立新規範

¹⁴⁶ 論者亦有認為建構原住民狩獵專法之必要性，參王皇玉，建構以原住民為主體的狩獵規範：兼評王光祿之非常上訴案，臺大法學論叢，47 卷 2 期，2018 年 6 月，頁 877-880。

¹⁴⁷ 范麗娟，原住民與永續發展，台灣原住民族研究，3 卷 4 期，2010 年冬季號，頁 88-89。

¹⁴⁸ 紀駿傑，從環境正義觀點看原住民的狩獵文化，發表於「原住民狩獵傳統與自然資源永續利用研習會：再造山林守護神」，魯凱族自然資源保育基金會主辦，1997 年 2 月；雖有學者批評原住民並非有意識的環境保護者，然亦有研究者經研究後，歸納台灣原住民有合乎自然、保護生態多樣性、維生需要的簡樸生活、獵物共享、聖化自然等原住民環境倫理規範。參莊慶信，臺灣原住民的生態智慧與環境正義——環境哲學的省思，哲學與文化 33 卷 3

時，自宜參酌CBD的精神，調查並利用每個原住民族群狩獵的傳統知識及文化，去蕪存菁，佐以野生動物、生態保育專家科學上的意見，納入新的狩獵規範中。作法上亦宜依原住民自治權，由各原住民族群甚至部落，透過原基法第21條諮商同意及第22條共同管理機制，與野生動物、生態保育專家協商，建立各原住民族群獨特又符合傳統文化的詳細狩獵規範，並有有效約束機制，促使族人願意遵守¹⁴⁹。另外亦應設置監控保育類野生動物數量機制，在因放寬原住民狩獵保育類野生動物的同時，若數量顯著減少，則能夠即時修正規範，而達到生物多樣性與文化多樣性兼籌並顧，相互調和的目標。

參考文獻

一、中文部分

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，36卷3期，頁255-304，2007年8月。

王皇玉，原住民犯罪不法意識之研究——評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件，收錄於：林山田教授紀念論文集編輯委員會編，刑與思——林山田教授紀念論文集，頁125-146，2008年11月，臺北：元照。

王皇玉，第六章：原住民犯罪的文化困境與除罪化，收錄於：刑罰與社會規訓——台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁203-250，2009年4月，臺北：元照。

王皇玉，原住民持有槍械問題之研究，台灣原住民族研究，5卷1期，頁1-37，2012年春季號。

王皇玉，原住民犯罪的文化抗辯及其實踐，臺灣原住民族法學，1卷1期，頁31-44，2016年7月。

王皇玉，建構以原住民為主體的狩獵規範：兼評王光祿之非常上訴案，臺大法學論叢，47卷2期，頁839-887，2018年6月。

王泰升，臺灣法律史概論，3版，2012年，臺北：元照。

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，頁1-45，2013年1月。

¹⁴⁹ 期，2006年3月，頁137-163。
台東縣卑南族卡地布部落曾在2008年大獵祭前由部落獵人簽署「狩獵公約」，現場包括林務局、台東縣府農業處、警政署森林保育隊長以及警察局台東分局長，都參與簽署，宣誓不濫獵殺、不濫採集，即為適例。<http://e-info.org.tw/node/40045>（最後瀏覽日：2018年5月31日）。

- 王泰升，台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化，臺大法學論叢，44 卷 4 期，頁 1639-1704，2015 年 12 月。
- 王進發、童信智，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，5 卷 1 期，頁 39-72，2012 年春季號。
- 王鵬翔、張永健，經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色，中研院法學期刊，17 期，頁 205-294，2015 年 9 月。
- 何漢葳、張永健，法實證研究方法進階導論——固定效果、隨機效果、群聚標準誤，月旦法學雜誌，259 期，頁 167-181，2016 年 12 月。
- 吳志強，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，東吳法律學報，27 卷 2 期，頁 173-222，2015 年 4 月。
- 吳志強，刑事案件採納實證研究之必要性——以原住民傳統習慣為中心，台灣原住民研究論叢，21 期，頁 43-104，2017 年 6 月。
- 吳信華，憲法釋論，2017 年修訂 2 版，臺北：三民。
- 吳豪人，「野蠻」的復權：台灣修復式正義與轉型正義實踐的困境與脫困之道，台灣人權學刊，1 卷 3 期，頁 67-93，2012 年 12 月。
- 李建良，淺說原住民族的憲法權利——若干初探性的想法，台灣本土法學雜誌，47 期，頁 115-125，2003 年 6 月。
- 李建良，憲政變遷中的原住民族權利——原住民族自治權的法理論述，憲政時代，31 卷 1 期，頁 1-31，2005 年 10 月。
- 李震山，第 7 章集體權，收錄於：多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心，2 版，頁 293-319，2007 年 9 月，臺北：元照。
- 林孟玲，從原住民族的文化權內涵評文創條例——以國際法觀點出發，中正財經法學，頁 167-217，2015 年 1 月。
- 邱忠義，法官審判時之認事用法應否考量原住民族之特性（下），月旦裁判時報，28 期，頁 112-122，2014 年 8 月。
- 紀駿傑，從環境正義觀點看原住民的狩獵文化，發表於「原住民狩獵傳統與自然資源永續利用研習會：再造山林守護神」，魯凱族自然資源保育基金會主辦，1997 年 2 月。
- 紀駿傑，生物多樣性保育與原住民文化延續：邁向合作模式，國立台灣大學國家公園生物多樣性保育策略研討會，2001 年 9 月。
- 范麗娟，原住民與永續發展，台灣原住民族研究，3 卷 4 期，頁 71-96，2010 年冬季號。
- 徐揮彥，聯合國教科文組織「保障及促進文化表現多樣性公約」對文化權及傳播權之影響：以 2007 年歐體視聽媒體服務指令為中心，新聞學研究，98 期，頁 98-103，2009 年 1 月。
- 秦天寶，第六章：生物多樣性保育國際

- 法的理論與實踐，收錄於：生物多樣性國際法導論，頁 251-305，2010 年 5 月，臺北：元照。
- 莊慶信，臺灣原住民的生態智慧與環境正義——環境哲學的省思，哲學與文化 33 卷 3 期，頁 137-163，2006 年 3 月。
- 許恒達，持有獵槍、獵捕保育類野生動物與原住民慣習間的衝突及解套：評宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號刑事判決，臺灣原住民族法學，1 卷 2 期，頁 49-60，2017 年 4 月。
- 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，6 卷 2 期，頁 33-82，2013 年夏季號。
- 許茹嫻，原住民族傳統土地權利與習慣法物權，萬國法律，206 期，頁 58-73，2016 年 4 月。
- 許曉華，永續臺灣——臺灣的生物多樣性，科學發展，501 期，頁 44-49，2014 年 9 月。
- 陳旻園，轉型正義的思考與實踐，台灣原住民族研究學報，6 卷 3 期，頁 145-160，2016 年秋季號。
- 陳貞如，買賣奇珍異獸罰不罰，月旦法學雜誌，197 期，頁 213-221，2011 年 10 月。
- 黃居正，適用原住民族傳統慣習作為法院民事裁判之準據法，臺灣原住民族法學，1 卷 1 期，頁 5-16，2016 年 7 月。
- 黃國昌，法學實證研究方法初探，月旦法學雜誌，175 期，頁 142-153，2009 年 12 月。
- 葉俊榮，華盛頓公約與瀕臨絕種動植物的保護——臺灣面臨全球環境議題的討戰與因應系列(一)，律師通訊，172 期，頁 76-82，1994 年 1 月。
- 葉錦鴻，華盛頓公約遵約制度及其運用，臺灣國際法季刊，3 卷 4 期，頁 189-225，2006 年 12 月。
- 裴家騏，魯凱族的狩獵知識與文化——傳統生態知識的價值，台灣原住民族研究論叢，8 期，頁 67-84，2010 年 12 月。
- 劉尚志、林三元、宋皇志，走出繼受，邁向立論：法學實證研究之發展，科技法律評論，3 卷，頁 1-48，2006 年 10 月。
- 劉建宏，原住民族之人權保障，華岡法粹，31 期，頁 227-253，2004 年 5 月。
- 劉繼蔚，淺評宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號刑事判決：基於「民族」觀點就管制正當性的再思考，臺灣原住民族法學，3 期，頁 107-115，2017 年 12 月。
- 蔡志偉，聯合國中的原住民族國際人權，臺灣國際研究季刊，4 卷 2 期，頁 81-108，2008 年夏季號。
- 蔡志偉，從客體到主體：台灣原住民族法治與權利的發展，臺大法學論叢，40 卷特刊，頁 1499-1550，2011 年 10 月。
- 蔡志偉，原住民自治，台灣原住民研究學報，6 卷 1 期，頁 135-143，2016

春季號。

蔡秀卿，基本法之意義與課題，收錄於：

當代公法新論（中）——翁岳生教授
七秩誕辰祝壽論文集，頁 235-257，
2002 年 7 月。

蔡明誠、蔡志偉、官大偉、浦忠勇，臺
灣原住民族民事傳統習慣調查彙編
（試行本），2017 年 4 月，臺北：行
政院原住民族委員會。

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
住民族的狩獵權、漁權，台灣原住民族
研究學報，2 卷 1 期，頁 101-130，2012
年春季號。

鄭川如，「原住民身分法」中「姓氏綁身
分」條款的違憲分析，國立中正大學

法學集刊，40 期，頁 1-39，2013 年 7
月。

鄭川如，論兩公約中原住民狩獵權漁獵
權的內涵，台灣原住民族研究，7 卷 3
期，頁 83-120，2014 年秋季號。

戴興盛、莊武龍、林祥偉，國家野生動
物保育體制、社經變遷與原住民狩
獵：制度互動之太魯閣實證分析，台
灣政治學刊，15 卷 2 期，頁 4-65，2011
年 12 月。

二、外文部分

Rawls, John (2005). A THEORY OF
JUSTICE. London, UK: Harvard
University Press.

An Empirical Study on the Verdicts of Illegal Hunting for Protected Wildlife:

Focus on Indigenous Culture Defences

Hung-Chieh Chang^{*}

Abstract

Animal hunting and fish hunting are both parts of traditional aboriginal culture in Taiwan. In order to protect wildlife animals, preserve the diversity of species, and maintain a natural ecological balance, the Taiwanese government restricts hunting for wildlife in its Wildlife Conservation Act, and stipulates illegal wildlife hunting as a legal offense. Although Article 21-1 of the same Act considers using aboriginal culture for pleading as a key element to decriminalise aborigines' hunting, disputes over the verdicts on their hunting for protected wildlife continue to take place. In this article, the author applies the approach of empirical study, and presents a comprehensive data analysis on the verdicts from all levels of courts on illegal hunting for wildlife by both aborigines and non-aborigines. The collection of data is from Feb 4, 2004, when Article 21-1 was added to the Wildlife Conservation Act, to March 31, 2018. The author observes the directions and changes of the practices of indigenous cultural defense throughout this period, and analyzes the latest trends. The author also reviews the current regulations to comment and explain the questions of applicability in court.

Keywords: indigenous peoples, empirical study, Wildlife Conservation Act, hunting protected wildlife, cultural defense.

* Judge at Taiwan High Court Hualien Branch Court.

原住民持用槍械實務問題研究^{*}

許恒達^{**}／國立政治大學法學院教授

目次

- 壹、導論
- 貳、原住民拾獲獵槍後持有
- 參、原住民以合法持有之獵槍另犯他罪
- 肆、原住民身分與免責規範的適用問題
- 伍、結論
- 參考文獻

摘要

本文討論原住民持用槍械在刑事司法實務上常見的三個子議題，包括

1. 原住民拾獲槍械後得否合法持有？
2. 原住民原合法持有卻轉為犯罪目的而持有，得否排除刑責？
3. 原住民身分與免責規範適用的關聯議題。

本文基本見解認為，原住民得於傳

統文化或傳統文化的延續表現方式內，合法地持有槍械，但若未能符合此項實質要素，恐怕在現行法上難以認定合法持有，但必須個別判斷各類不同的情狀。

關鍵詞：原住民、槍砲彈藥刀械管制條例、部落慣習、文化衝突、供作生活工具之用。

壹、導論

我國原住民權利的重視，大致上從1990年代開始，其中最關鍵性的變革，在於憲法增修條文中納入了原住民權利保障的規範，並在重視多元文化的脈絡下，逐漸給予／歸還原住民本應享有的權利，包括狩獵、山林採集等，其中最具關鍵性的變革，是1997年憲法增修條文中，直接肯認原住民文化應予尊重，相關規定可見於憲法增修條文第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」，以及同條第12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

^{*} 投稿日：2018年6月23日；接受刊登日：2018年7月31日。

^{**} 國立政治大學法學院教授。

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」¹。

有關係的法律規定，其中部分法律涉及刑事責任的特別免除問題²，最主要的規定有三則，包括（1）槍砲彈藥刀械管制條例（以下簡稱槍砲條例）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……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」；（2）森林法第15條第4項：「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物，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」；（3）野生動物保育法第21條之1第1項：「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」。只要符合上述三種特別規定，原住民即不成立製造或持有獵槍、採取森林物產或獵捕、宰殺野生動物的刑事責任³。

在上述這三宗有關原住民的免責規定中，槍砲條例的規定最早，甚至在憲法增修條文還沒納入原住民保護的基本國策之前，就已經存在於我國法制中，其法律效果即許可原住民在一定條件下免除刑責⁴。早在1983年制定槍砲條例之始，立法者除了在條例中設計許多處罰的條文之外，另外也在當時的第14條中安插一個罕見的規定：「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」，此一規範雖然沒有直接寫明不構成犯罪，但至少表達了，只要依據特別的管理辦法而製造或持有，這些「生活習慣特殊」的國民，理論上不會擔負刑事責任，從法條將獵槍、魚槍一併納入的意旨，大致上可以認為，立法者其實並未直接想到原住民的文化保障，反而是著重於給予這些生活習慣特殊者一些特別的營生方式。

¹ 有關原住民保障的憲法規範中，究竟賦與原住民基本權利或僅只建構了基本國策，就此可參考林明昕，原住民地位之保障作為——「基本權利」或「基本國策」？，憲政時代，29卷3期，2004年1月，頁345-352；蔡志偉，從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展，台大法學論叢，40卷特刊，2011年10月，頁1517-1535。

² 學說上有將相關議題理解為文化抗辯（cultural defense），參見王皇玉，原住民犯罪的文化抗辯及其實踐，臺灣原住民族法學，1卷1期，2016年7月，頁32-43；vgl. Georgios Sotiriadis, Die Berücksichtigung kultureller Identität und Differenz durch das Recht, in: Pilgram et al. (Hrsg.), Einheitliches Recht für die Vielfalt der Kulturen?: Strafrecht und Kriminologie in Zeiten transkultureller Gesellschaften und transnationalen Rechts, Bd. 4, 2012, S. 209 f.

³ 進一步的討論，參見許恒達，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，台灣原住民族研究學報，6卷2期，2013年7月，頁59-76。

⁴ 法制演變參見王皇玉，原住民持有槍械問題之研究，台灣原住民族研究，5卷1期，2012年3月，頁4-10。

雖然 1983 年就已經訂定了上述規範，但作為母法授權的管理辦法，則一直遲至 1997 年 3 月，才由內政部頒布「生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法」（以下簡稱管理辦法），該辦法中也正式出現了原住民與獵槍關係的管理文字，例如同辦法第 3 條即規定：「本辦法所稱生活習慣特殊國民，指原住民及實際從事採捕水產動物持有漁船船員手冊之漁民。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。獵槍以自製或繼承他人自製者為限。」從以上文字可以發現，內政部對於原住民獵槍製造與持有的管理，大致上以授與原住民「漁獵、祭典之生活工具」為重點，而同辦法第 4 條第 1 項則接續規定：「原住民得自製或持有獵槍、魚槍、刀械，每人以各二枝為限，每戶不得超過六枝」。此一辦法雖然開始注意將原住民的合法自製或持有獵槍規定文字化，但頒布不久後，槍砲條例在 1997 年 11 月，就有了全新的修正。

1997 年 11 月，全新修正的槍砲條例正式公布，而條例第 20 條也對於原住民與獵槍的關係，有了法律規範明文，該條分別在第 1 項：「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（筆者按：強制工作）之規定」，以及第 2 項規定：「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。」

然而依上述條文規定，原住民就獵槍的製造或持有，並非完全脫免於刑事責任，毋寧僅可「減輕或免除其刑」，此外也排除強制工作的適用，如果再搭配當時依然有效的管理辦法的相關規範來看，立法者透過 1997 年 11 月的修正，創造了第一代的三階層管制架構：

- (1) 如果符合管理辦法的規定事項獲得許可，即可認定不構成任何刑事責任；
- (2) 如果未事前依管理辦法取得許可，而從審判時之判斷，可認定屬於槍砲條例第 20 條第 1 項的「供作生活工具之用」，則可減輕或免除其刑；
- (3) 既無管理辦法的事前許可，依審判時的判斷，又非「供作生活工具之用」，則構成刑事責任。

接下來在 2001 年則再次修正槍砲條例第 20 條的規定，除了再次將漁民的規定拉回法條內規範，增訂了第 3 項授權主管機關制定法規命令的明文之外，更是將原住民「供作生活工具之用」的獵槍持用行為，予以免除刑責：

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。

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。

為符合法條的要求，內政部也在 2002 年 10 月制定「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」（以下簡稱現行管理辦法），取代前述的生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法，並全面性建立起第二代的三階層管制架構：

- (1) 如果符合現行管理辦法的規定事項獲得許可，即可認定不構成任何刑事責任；
- (2) 如果未事前依現行管理辦法取得許可，而從審判時之判斷，可認定屬於第 20 條第 1 項的「供作生活工具之用」，則不再構成刑責，但必須科處行政罰；
- (3) 既無現行管理辦法的事前許可，依審判時的判斷，又非「供作生活工具之用」，則構成刑事責任。

三階層的管制架構，也就在 2002 年成形適用至今，雖然第 20 條的文字仍有數次的修正與調整，但以三階層為中心的規範管制模式自此定調。目前現行法的規定則是：

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。

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。

於中華民國九十年十一月十四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。

第一項、第二項情形，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。

以上簡要地說明了槍砲條例中，對於原住民持用獵槍的管制架構與規範現況，既然三階層的管制架構已經成為目前法制，個案中的解釋，特別是刑事責任與行政責任的分際何在，這一點對於原住民而言自然格外重要，本文討論重點即是，在三階層管制架構之下，原住民對於獵槍持有、使用、製造等行為的刑事責任，其成立／不成立的界限何在，是否在解釋上可以找得到合理、精確且具有可預測性的標準？其中最主要的爭點，即是槍砲條例第 20 條第 1 項的

解釋。最高法院曾在指標性判決 102 年度台上字第 5093 號刑事判決中，對於該項的解釋提出非常精闢的看法⁵，但該判

決中仍然有若干對原住民文化的限縮解釋，也有許多進一步的法律爭議未在此號判決中處理，由於相關問題在我國刑事司法實務上案例甚多，以下的討論，將以三大類主要的問題作為檢討對象，分析原住民製造或持用獵槍行為在我國刑事法體系下成罪界限的可能疑義，希望透過這三大類案例的分析，能夠對實務未來處理原住民持用獵槍的問題，提供相當程度的參考助益。

貳、原住民拾獲獵槍後持有

一、實務現況

第一個類型的案例，是常發生於我國刑事司法實務上的情況，此即原住民並未自行製造獵槍，而是在偶然情況下，原住民拾獲他人獵槍，並收為己用，並嗣後被警方查獲。此類案例通常的情況是，原住民被檢察官以「持有槍械」起訴，此項構成要件事實與適用，基本上沒有太多問題，但接下來的問題在於，原住民被告主張適用槍砲條例第 20 條第 1 項的免責事由時，該項文字僅許可「自製獵槍」，既然是自製獵槍，當然只能擊發「自製子彈」，雖然實務近期的看法，已經擴大「自製獵槍」的概念範圍，包括前膛槍與後膛槍均納入自製獵槍，甚至也承認子彈是該項的「隱藏性

⁵ 該號判決的重點包括：(1) 自製獵槍包括後膛槍與前膛槍、(2) 供作生活工具之用應擴大解釋為傳統習俗文化之生活方式、(3) 子彈為本項之隱藏性構成要件。參見該判決的要旨：「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。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；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，然如溢出此範圍而使用自製獵槍，自不在此限。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。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」。有關該號判決之檢討，參見許恒達，重新檢討原住民自製獵槍之管制與處罰，台灣原住民族研究季刊，7卷3期，2014年11月，頁131-135。

構成要件」，但無論如何字義上僅限於「自製獵槍」，倘若原住民拾獲槍械後，進而改造，使得該獵槍可以擊發「制式槍枝子彈」時，該改造後的獵槍還能不能算是自製獵槍，即生疑問⁶。

最高法院曾經處理過一則相近案例，該案中原住民被告在山溝某處拾獲不明他人所製造的土製獵槍乙把，經自行改造後，經鑑定可以擊發制式槍枝的子彈，持之獵捕保育類野生動物⁷。原住民拾獲他人獵槍再予以改造的行為，在構成要件上均該當持有槍械的行為，但對於能否適用免責事由，各審的看法則有差別，第一審法院認為「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，而為簡易自製供獵用之槍枝即屬之」，此外，被告在改造後持之獵捕，可推論確實為供作生活工具之用，從而認定被告不成立槍砲條例罪名⁸；不過二審判決及最高法院的三審判決，卻不贊同一審法院的意見，反而認為被告成立犯罪⁹，三審判決的討論主軸回到了被告是否屬於供作生活工具之用的判斷¹⁰，但

不反對二審的認定，至於二審判決則對於自製獵槍的範圍指出：「扣案送鑑之子彈7顆……均可擊發，認具殺傷力；另送鑑之子彈6顆，認均非制式散彈，由口徑12GAUGE制式散彈換裝金屬彈丸而成，採樣2顆試射，均可擊發，認具殺傷力；業經內政部警政署刑事警察局鑑定屬實，彰顯該子彈具有殺傷力，若持以結合適宜之槍枝使用，自具有危險性及破壞力，非屬以傳統方式所製造、持有之自製子彈，而與槍砲彈藥刀械管制條例4條第2款、第12條第4項所定之未經許可持有具殺傷力之子彈罪之處罰要件合致；復與同條例第20條第1項原住民持有『自製獵槍』供作生活工具者，可排除刑罰適用之要件，迥然有別」¹¹。

依上述二審及三審判決的意見，自製獵槍僅限於以「傳統方式」、「擊發自製子彈」的火器，但若擊發子彈的物理機制較為先進，甚至可以擊發制式子彈，就不再屬於自製獵槍。值得注意的是，此一爭議在近期更生疑問，最重要且受到社會矚目的案例，即王光祿案，該案共分為「拾獲他人槍械」與「使用獵槍獵捕保育類野生動物」等兩部分犯罪事實，本文討論重點著重於第一部分

⁶ 針對原住民有無權利合法持有制式獵槍，參考許恒達，同註5，頁138-149。

⁷ 本文原則上專門處理獵槍持有的議題，因此本案後段的獵捕行為不在討論範圍之列。

⁸ 參見高雄地方法院103年度原訴字第9號刑事判決。

⁹ 本案二審判決為臺灣高等法院高雄分院103年度上訴字第719號刑事判決。

¹⁰ 最高法院的看法是：「被告係基於好奇之心理，組裝該槍彈後用以獵捕野生動物，堪認其係基於偶然、突發因素持有扣案槍

彈，且平日係以零工為業，主觀上並無以之供為生活工具之意，持有扣案槍彈復無作為生活必需品之可能，亦非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」，參見最高法院103年度台上字第4146號刑事判決。

¹¹ 參見臺灣高等法院高雄分院103年度上訴字第719號刑事判決。

的拾獲事實。該案事實為：布農族獵人即被告王光祿被檢察官起訴指稱，其於2013年7月間某日，在臺東縣某河床上拾獲不詳姓名之人所遺失具殺傷力之土造長槍1枝，經過鑑定後，該土造長槍可以擊發制式槍枝所有的子彈，檢察官認為被告犯槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之「未經許可持有槍枝罪」，被告雖承認未經主管機關的事前許可，但主張應適用同法第20條第1項的除罪事由，此項爭點乃成為歷經三審級的討論重點¹²。

本案的一審法院並直接處理較為先進的扣案槍枝是否屬於自製獵槍的問題，法院把戰線拉至「獵槍來源」，認為僅限於源自原住民文化的獵槍，才是自製獵槍，法院指出¹³：「既然係為保障原住民基本生活權益，且尊重其文化生活習慣，乃修正該條例20條第1項之規定，則該條例第20條第1項所稱之『自製獵槍』，除須考量該槍枝之『結構、性能』是否為原住民以其文化所允許之方式製造之外，亦應考量該槍枝之『來源』是否與原住民文化有關，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。查被告雖具有布農族原住民身分，此有個人戶籍資料查詢結果、戶籍謄本各1份……，惟被告於警詢、偵查中均自承：伊是於102年7月間，在臺東縣海端鄉廣原村龍泉部落往第1林班地某處堰塞湖附近的河床撿到等語……，足認被告持有之上開槍枝並非其所製造，亦非屬原住民以其文化所允許之方式製造，而由被告繼受取得，尚難認被告取得槍枝之『來源』，與其原住民文化有何相關，顯與槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項『自製獵槍』之構成要件不符，尚無援引該條據為被告有利認定之餘地」。換言之，一審法院認為持有來源必須與原住民文化有關，如果來源欠缺文化關聯性，那麼就不能算是自製獵槍。雖然法院沒有明講，但從其見解大致可以推測，因為原住民的文化具有「傳統性」，所以依傳統文化所製造的獵槍，功能與擊發機制也必須符合傳統，如果獵槍來源不明，或是擊發機制過度先進，就已經超越原住民文化傳統的範圍，不再屬於第20條第1項所許可的自製獵槍¹⁴。

¹² 針對王光祿案的分析與檢討，參考王皇玉，建構以原住民為主體的狩獵規範：兼評王光祿之非常上訴案，台大法學論叢，47卷2期，2018年6月，頁869-874；鄭川如，王光祿原住民自製獵槍案——最高法院104年度臺上字第3280號刑事判決評釋，法令月刊，68卷9期，2017年9月，頁75-92。

¹³ 參見臺東地方法院102年度原訴字第61號判決。

¹⁴ 進一步的批評與檢討，參見雅柏魁詠·博伊哲努，傳統的權利還是權利的傳統——原住民族權利的思辨，台灣原住民族研究學報，4卷4期，2014年12月，頁5-18。

本案上訴至二審法院後，二審法院的見解與一審法院相近¹⁵，二審法院先將獵槍來源問題與原住民傳統文化連結，二審判決認為：「既然係為保障原住民基本生活權益，且尊重其文化生活習慣，乃修正該條例 20 條第 1 項之規定，則該條例第 20 條第 1 項所稱之『自製獵槍』，首應考量該槍枝之『結構、性能』是否為原住民以其文化所允許之方式製造之，亦可考量該款槍枝之是否因原住民文化而普遍使用，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」，二審判決強調原住民從他人處取得獵槍時，其合法持有的前提是其原住民依傳統文化方式製造，至於本案的個案判斷上，法院認為：「扣案槍枝既係可使用口徑 12GAUGE【制式散彈】，自非以原住民文化所允許之方式製造……益徵扣案之獵槍款式，並非一般原住民文化所使用之獵槍，亦為原住民族所認同；準此，扣案槍枝確難視為原住民以其文化所允許之方式製造之獵槍……扣案槍枝既非屬原住民以其文化所允許之方式製造，再由被告取得，顯與槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項『自製獵槍』之

構成要件不符，尚無援引該條項之規定據為被告有利認定之餘地」。依此看法，「自製獵槍→原住民文化來源→傳統方法製造」等概念被完全結合，在該邏輯下，如果獵槍過度先進，「可以擊發制式子彈」，就不算傳統方法製造，也就不能算是自製獵槍。

本案後來上訴至最高法院，最高法院判決中同樣堅持相同看法¹⁶，最高法院的理由是：「修法理由，顯係在尊重原住民族傳統習俗、文化及價值觀之權利下，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。然其排除適用刑罰者，應僅以『原住民自製之獵槍』為限，本件上訴人所持土造長槍係因拾獲而持有，且可供擊發制式散彈使用，原審因認非屬『原住民自製獵槍』，已如前述，論以犯前揭非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，並無不合」。基此，最高法院認為能夠擊發制式散彈的槍枝，已經不是傳統文化所製造的範圍了，當然也不是自製獵槍，因此駁回上訴，被告針對持有槍械罪隨即有罪確定。

不過本罪在確定之後，2015 年 12 月檢察總長為本案再次提起非常上訴，最高檢察署並發布新聞稿指出：「本件經檢察官調卷研議後，認為原審判決自行限縮解釋，認原住民自製獵槍之性能，還需該當『依照原住民文化之生活需要所製造』，或『原住民文化所允許之方式

¹⁵ 參見臺灣高等法院花蓮分院103年度原上訴字第17號刑事判決。

¹⁶ 參見最高法院104年度台上字第3280號刑事判決。

製造』要件，始能主張免責之解釋，以不確定法律概念虛增法律條文所無之免責要件，已逾越法律授權範圍，違反罪刑法定原則。且依其解釋，隱含原住民族日後皆不能再自製比以前祖先更精良的獵槍打獵，永遠只能使用落伍土造獵槍打獵，結果可能造成原住民族發展其特有文化之歧視，更違反旨在保障原住民供作生活工具之用，即許可自製獵槍，以示尊重原住民發展、保存其文化之立法意旨」¹⁷，最高法院並為此案召開言詞辯論庭，而辯論結束之後，經過評議，最高法院並未針對檢察總長所提的非常上訴直接作成判決，而是向大法官提起釋憲聲請，最高法院指出：「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……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」¹⁸。雖然最高法院似乎從善如流，並向大法官聲請釋憲，但在最高法院新聞稿中所揭露的訊息，仍然可以發現最高法院始終堅持上述意見，將「自製獵槍」與原住民傳統文化串連觀察，限定自製獵槍只能「依傳統方法製造」，任何較先進或

能擊發制式子彈的火器，都不可以計入自製獵槍的範圍。

二、分析與檢討

依本文所見，最高法院不無推卸應有解釋現行法責任之嫌。析言之，槍砲條例第20條第1項的文字中，只提及「自製之獵槍」，條文中根本沒有任何「依傳統文化方法」或「只能擊發土製子彈」的限制，最高法院顯然透過上述見解，將相關槍械區別為（a）制式獵槍、（b）非傳統方法製造或能擊發制式子彈的土製獵槍、（c）僅能擊發土製子彈的土製獵槍等三種，從法條文義觀察，立法所謂「自製獵槍」應該理解為包括（b）與（c）等兩類，但司法實務則將合法範圍限制為（c）類，此項解釋是否符合文字的形式要求，自然不無疑慮¹⁹，就此我們可再分為兩點說明。

第一，雖然司法解釋者可以採取較嚴格的角度解釋條文，但考量槍砲條例第20條有利原住民行為人，當司法實務透過解釋增加免責規範並未存在的限制時，這種限制必須有極度正當的理由，否則解釋結果會帶來原住民自由利益的

¹⁷ www.tps.moj.gov.tw/public/Data/5121514491074.pdf（最後瀏覽日：2018年6月5日）。

¹⁸ http://tps.judicial.gov.tw/ms_news/index.php?mode=detail&SEQNO=288249（最後瀏覽日：2018年6月5日）。

¹⁹ 一個相近的解釋問題，可以參考學說上所謂正當防衛的倫理限制，在正當防衛的法律明文中，並無任何行為人不得施行正當防衛或是防衛手段受進一步限制的規定，雖然主流學說採取肯定見解，但在筆者看來，此種限制必須有非常正當的理由，才能使得防衛者受到法定要件以外的進一步限制。就此討論，僅參考許恒達，從個人保護原則重構正當防衛，台大法學論叢，45卷1期，2016年3月，頁327-330、381-383。

不當限制；而從前文提及的論理來看，所有的理由都指向「原住民應依舊式傳統製造獵槍，才稱得上實踐其文化」，這樣的說法過度將原住民文化窄化成落伍、不能符合現代潮流的舊慣，也全面否定現代社會中原住民文化可能的發展與轉變²⁰，在筆者看來，採取限制性的解釋立場，恐怕稱不上有強烈的正當性²¹。

第二，再從結果來看，採取限制解釋的作法，那麼原住民可以合法製造或持有獵槍的範圍，將嚴重地限制為極具危險性、且無任何官方安全認證的（c）類土造槍枝，這類槍枝不僅對於原住民人身帶來極大危險性，更是宣示了原住民只能用有危險性的槍枝實踐文化，所有嘗試想要馳騁於山林的原住民，都必須冒著危險使用不安全的槍枝，這根本是極盡一切的可能來阻止原鄉文化，這種解釋表面上符合了立法意旨，但實際上卻帶來更多的歧視與不平等。

綜合以上兩點，既然法條文字沒有採取「依傳統文化製造」的解釋必然性，而此種解釋又對原住民造成不當干預，因此在現行法解釋框架下，最高法院本來就可以透過司法解釋，將槍砲條例第20條第1項解釋為包括（b）、（c）兩類，

但最高法院竟然自廢武功，一方面將該項限定在（c）類，然後強調與解釋無關的（a）類槍枝向大法官提起釋憲，卻不直接面對關鍵性的（b）類獵槍問題，此項作法是否合宜，殊值商榷。

參、原住民以合法持有之獵槍另犯他罪

一、實務現況

接下來討論第二類案例，主要的犯罪事實是：原住民被告本來是基於生活工具之用而持有獵槍，但在持有過程出於故意而使用獵槍另犯他罪，之後則回復原來持有獵槍的狀態。該原住民被告另犯犯罪的行為，固然應獨立論罪，但真正不易處理的問題則是，是否原住民被告因為「另犯他罪」的關係，而構成未得許可持有槍械罪名？

針對上述問題，我國實務迄今見解不甚穩定，曾經有實務意見採取否定說，例如台灣高等法院花蓮分院102年度上訴字第116號刑事判決見解²²，該案的原住民被告與友人曾共同向主管機關合法申請而持有自製獵槍，其友人所有之自製獵槍後來請被告代為保管，未料被告在保管過程中，竟持用該自製獵槍實行恐嚇他人犯罪。本案與原住民法制相關的疑義即是，持用獵槍犯其他罪名的被告，得否適用槍砲條例第20條第1項的規定排除刑責？

²⁰ 對於供作生活工具之用的新穎解釋可能性，參見許恒達，持有獵槍、獵捕保育類野生動物與原住民慣習的衝突與解套：評宜蘭地方法院104年度原訴字第1號刑事判決，臺灣原住民族法學，1卷2期，2017年4月，頁58-60。

²¹ 相同見解，參考王皇玉，同註12，頁872-874。

²² 參見臺灣高等法院花蓮分院102年度上訴字第116號刑事判決。

二審法院的見解先行確認被告是否在犯罪之前，本來就存在合於刑法規範的持有事由，法院經調查後指出：「被告與其兄王○展分別於88年12月17日、王○展於90年7月5日各自合法申請持有原住民自製獵槍各1枝……嗣因王○展至桃園縣工作，乃於99年間將其合法申請之上開獵槍交被告保管，被告乃放置於花蓮縣○○鄉○○村○○○號住處等事實……足見被告自88年間起依法申請持有自製獵槍……又持槍捕獵或以驅趕動物乃原住民傳統生活方式中極為重要之一部分，乃眾所周知之事實，則被告持有扣案王○展所有之自製獵槍，堪認已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』之要件無訛，揆諸前開說明，縱使被告平時係以打零工而非狩獵維生亦然。至於被告於持有扣案王○展所有之自製獵槍期間，因涉犯強制性交案件而起意以上開槍枝對甲女為恐嚇，乃被告於合法持有槍枝以後之偶發行為，尚難以此反推認被告自始即非法持有上開槍枝或非為供作生活工具使用而持有……則被告持有扣案王○展所有之自製獵槍，應認合於槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項之規定而不罰，應為被告無罪之諭知」²³。依此看法，只要原住民被告自始出於生活工具之用而合法持有獵槍，不會僅因嗣後以獵槍犯其他罪名就從合法變成構成違法持有獵槍。

不過，此項相對有利於原住民被告的見解，並沒有被實務上的多數意見接納，在2017年的臺灣高等法院法律問題座談會中，此項議題恰巧提至會議中討論，並作成臺灣高等法院暨所屬法院106年法律座談會刑事類提案第16號研討結果。該項討論提案的具體問題為：「因法律上之原因而合法持有槍械（如槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項）之行為人，持該槍械另犯他罪時，是否應另論違反槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之罪？」實務進一步將此問題分為兩說，第一說傾向肯定槍砲條例刑責：「槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項規定，固難認有槍砲彈藥刀械管制條例有關刑罰規定之適用。然如前所述，本條項之除罪化理由係奠基於尊重原住民傳統習俗文化目的，對於原住民『生活上需要』或與『生活必需品』有關而自行製造或持有之獵槍，刑事法律退讓尊重原住民傳統習俗文化而不予處罰，但如與原住民傳統習俗文化目的無涉，非原住民『生活上需要』或與『生活必需品』無關而持有獵槍，刑事法律基於保障社會安全及平和秩序之目的，自無退讓避卻之理。是被告於自製持有之初，固無槍砲彈藥刀械管制條例刑罰之適用，惟一旦逸出除罪化範疇，槍砲彈藥刀械管制條例自無再次退讓之理。而且，亦不得因被告於自製、持有之初，無槍砲彈藥刀械管制條例之適用，即認被告因此即可取得所謂的『免死金牌』，日後與系爭獵槍有關之全部行為均不在

²³ 本案並無相應的最高法院判決，應可認為未上訴至第三審即告確定。

槍砲彈藥刀械管制條例等刑罰法律之射程效力內。如此解釋顯有不當扭曲槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項『供作生活工具之用』之文義，更有無視立法者之規範目的、想法之疑」。基此，雖然被告製造或最初持有獵槍時，並無具體犯罪計劃，但若後來出現持用獵槍的犯罪意思，那麼仍應認定成立槍砲條例的犯罪。

相對於上述見解，另有見解採取相反看法，研討中整理出來的相關意見，甚且具有更多的參考價值，以下簡要地整理為兩個主要重點：第一，「原住民製造、持有自製簡易獵槍，係為供生活工具、傳統文化目的，即屬不罰之行為，嗣後在持續持有之過程中，縱因一時失慮偶發性地持槍觸犯其他犯罪行為，並不影響其原始自製獵槍之免罰性……如符合「原住民」因『供作生活工具之用』及持有『自製獵槍』等槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項要件，被告即屬合法持有槍、彈，其後偶有其他犯罪之行為，其執持槍、彈部分，因法律已經許可，應不構成犯罪」。

第二，近似情況，可以考慮比照警察原合法持槍，卻另行起意犯他罪的法律效果，「是否無故持有槍、彈之認定，係指行為人自始未受許可或受許可後已撤銷或附條件之許可，其條件已消滅者在內，本件被告之持有上開槍、彈並非自始未受許可或受許可後已撤銷或附條件之許可，其條件已消滅，其於勤務時持有上開槍、彈固不違法，因刑事偵查

員執勤時常有不定量之勤務，在非下勤務之情形而於勤餘，即依規定可卸下勤務，惟因程序或工作特性下，延長執勤時間下所持有槍彈之行為，尚難以延時不久之持有行為即視為原許可已被撤銷或附條件之條件消滅，此始不悖該法律之本旨」，也因此，警察合法配槍卻另行起意非法使用的案例中，「若警察人員為私怨用以供作強制他人之用，顯係基於犯罪目的使用配用手槍，而得以將原認定為許可合法持有槍彈之行為，再次以其所為不符合不罰之目的，而得重新評價。然實務上對於警察人員合法持有槍彈，執持之以犯他罪之案例，依前例可知，卻是認為客觀上只要符合『具有警察身分』、『依法執行勤務領用』等要件，即不構成犯罪，未見實務界有何不同之意見。且行為既經評價為不罰，豈可因行為人執持自製獵槍觸犯其他犯罪行為，讓原已免罰之持有自製獵槍行為，得以再次重新評價，而以槍砲彈藥刀械管制條例相關刑罰規定相繩，實與罪刑法定原則相背」。

就以上兩說，最後研討意見選擇肯定說，並補上一段說明其理由的文字：「槍砲彈藥刀械管制條例所稱『未經許可』，係指未經有權機關之許可而言，包含自始未受許可，受許可後已撤銷，以及受附條件之許可，但未符合許可之條件或逾越其範圍等情形（最高法院 100 年度台上字第 2331 號、102 年度台上字第 5093 號判決意旨參照）」，依其看法，未經許可的認定可以包括「自始未經許

可」、「許可經撤銷」、「受附條件許可，但不符該條件」等三種情況。

值得注意的是，最高法院在 2018 年針對此一實務疑義，也提出清楚的意見，依最高法院在一則原住民持用合法獵槍犯罪的案例中指出：「槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項……係考量原住民使用獵槍有其文化、生活上之需要，故基於保障原住民基本權利及多元文化，對其未經許可製造、運輸或持有獵槍等抵觸禁止規範之行為，在法益衝突之權衡判斷下，認係社會價值規範應加以容忍之行為，可以阻卻行為之違法性，而不構成犯罪。惟若經許可或未經許可，但符合上開規定之自製獵槍，嗣於持有行為繼續中，如有溢出文化上或生活上工具之範圍而使用，甚且持供不法用途者，因已偏離原住民傳統文化、祭儀或狩獵生活之價值內涵，該阻卻違法狀態即遭中止，而具違法性。否則，無異容許原住民合法製造、運輸或持有槍枝後，即可享有永久不受原住民狩獵文化或生活需求節制而恣意使用槍枝之權利。本件上訴人為原住民，持有其父所有登記列管之自製獵槍，於狩獵完畢返家途中，因與吳○福爭執，竟持該獵槍瞄準吳進福，施以恐嚇，此時上訴人所持獵槍係供非法用途，自無上開阻卻違法規定之適用，原判決論以犯非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，並無不

合，所持之法律見解，亦無違誤」²⁴，依此見解，即使原住民被告原來與其父共同合法持有獵槍，只要嗣後轉為犯特定罪之意圖，就不再屬於供作生活工具之用的持有目的，也就構成持有槍械犯罪，而當行為人計劃犯的罪名刑度較低時（例如上案中的恐嚇行為），即使想像競合，也會論以較重的持有槍械罪。

二、分析與檢討

針對以上不同意見，筆者必須先行強調，持有行為通常會有相當時程的延續，若構成要件禁止持有行為，該構成要件必須理解為繼續犯²⁵，在繼續犯概念的解釋下，持有的不法行為必須持續一段時間，透過行為不中止持有，相應法益自然始終陷於受損狀態，而當持有結束時，法益就會回復不受行為人干擾的完整狀態²⁶。在此邏輯下，就必須考量免責事由對於繼續犯行為生效的時間，必須本於免責事由的屬性，具體地判斷免責事由究竟能在多長的時間內，讓繼續性的持有行為排除刑責，倘若超出了免責事由的適用界限，那麼持有行為仍然是不法行為。

如果可以接受上述看法，那麼在筆者看來，決定什麼情況下合法／違法持

²⁴ 參見最高法院 107 年度台上字第 1404 號刑事判決。

²⁵ Ulrike Pauckstadt-Maihold, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 2018, § 52 Rn. 100.

²⁶ Vgl. Bernd Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2014, Rn. 166.

有的關鍵，應該在於以下幾點考量：

第一，原住民持有獵槍合法事由的「供作生活工具之用」，並非經由主管機關以形式處分作成，而是實質性地判斷個別原住民的獵槍使用目的，只要持有是「供作生活工具之用」，法院就必須認定個案行為人不構成犯罪，然因此種目的並非事前透過主管機關的形式準據進行認定，而是純粹的個案判斷結果，結論上就不能完全排除，行為人可能在某一個時段持有是供作生活工具之用，但下一個時段則出現了新的持有目的，此時應該依具體、實質的情況而判定，否則無法落實出立法者要求個案具體判斷的精神，若認為在這種持有目的轉變的情況中，應一律認為原住民「自始」非出於供作生活工具之用²⁷，這種解釋無視被告一開始合法持有事實，將「自始未受許可」與「受附條件許可，而先符合條件，嗣後卻發生情事變動而不符合條件」等兩種情況，賦予相同的法律效果，卻未注意後者僅在情事變動之後，才有認定為未經許可的空間。

第二，若把案例稍微調整，原住民不僅是供作生活工具之用而持有獵槍，甚且已經取得主管機關的合法形式許可，並在合法持有過程中持獵槍另犯其

他罪名，如果認為已先行取得形式許可的行為人同樣構成犯罪，此項結論明顯違反主管機關已經有形式處分許可行為人持有的規範效果。這表示針對有形式合法許可的行為人，與實質符合特定條文而合法持槍的行為人，在處理上必須分開觀察。

第三，至於另有見解認為，另外產生持槍械犯罪目的的行為人仍可適用第20條第1項而排除槍砲條例刑責，筆者認為該見解恐怕忽視一個重要問題，當原住民已經不再為了文化意義的理由持有獵槍，甚至轉為犯罪目的而持有、使用獵槍之時，因為立法者授與的免責界限於個案實質判斷權限，規範上恐怕難以認為持有目的已經變動的行為人，仍可適用原來的合法情狀而排除全部繼續性持有的刑責。

第四，至於警察先合法持槍、再違法用槍的案例作為「全部繼續性持有行為均免責」的反駁，筆者認為應該考慮警察可以合法持有槍械的理由，警察合法持槍並非如同槍械條例第20條第1項，純以個案實質認定為考察重點，而是在個別員警依班表執行勤務之前，取得警察機關內部所頒定的事前許可，既然有事先合法依據，應該依據該授權處分的形式範圍決定持有行為是否為合法，當事前已得到形式許可，就不再因事後情事的實質變動而改變警察持有行為的合法性，這一點尤其可從警察用槍逾越合法界限，被法院科以刑責的案例觀察得到，在這些案例中，法院只處理

²⁷ 例如研討意見所引用的臺灣高等法院花蓮分院104年度原上訴字第29號刑事判決，該案原住民被告一開始是為了祭儀目的而製造獵槍（102年11月），接著持有自己製造的獵槍，然後於103年1月以該獵槍另犯其他罪名。依該判決的見解，竟然認為從102年11月開始至103年1月為止，均屬於非經許可持有槍械的行為。

警察「逾越合法界限用槍」所另犯的他罪，即使成立他罪（通常是過失犯），也不會使得警察合法持有槍枝的行為變成違法，判決中也不會認定警察違法持槍，換言之，這一類依據形式規範而構成合法持槍的案例，不會進行實質的合法性認定，而是依據自始的持有槍械事由決定是否合法。

透過以上分析可以認為，判斷原住民先行合法持有獵槍、嗣後又另犯他罪的案例時，應該區別「已取得主管機關事前形式許可」及「未取得事前許可、但符合供作生活工具之用的實質情狀」兩種案例。如果屬於第一類情況，原住民持有獵槍的合法性已受主管機關先行認可，在主管機關所許可的時間內，均應認定為合法持有²⁸，至於行為人持獵槍另犯他罪，則屬於他罪處罰範圍，與持有行為的合法性無關，此時行為人只成立另起犯意而實行的其他犯罪。

至於第二種情況，行為人未先行取得主管機關許可，但持有獵槍本身符合槍砲條例第20條第1項供作生活工具之用的實質要件，從而排除刑事責任時，因為這是依據行為人個案實質情況而除罪的特別規定，不僅沒有任何主管機關事前介入，也沒有任何形式情狀可茲參

酌，一切取決於行為人持有獵槍的需求與目的，只要行為人符合實質要素就可以阻卻違法，相反地，一旦該實質要素因行為人持有目的變化而不再存在，也就無法再繼續阻卻持有行為的違法性。而必須特別強調，因為持有獵槍是繼續犯，不法內涵在於持續性執行的持有行為，因此可以透過時間與持有目的的關係觀察不同階段的持有行為規範屬性，基此，整個過程可以考慮分為三個時段觀察，（1）若原住民行為人一開始是出於生活工具目的而持有獵槍，在同一行為目的影響過程中，原則上均可排除刑責；（2）當行為人轉而發生犯罪目的而持有獵槍時，由於持有獵槍是為了踐行犯罪之目的，在犯罪進行過程中，難再認定行為人是合法持有，毋寧應該認定是違法持有，而該違法持有行為與犯罪行為屬於單一行為，兩罪再論以想像競合；（3）行為人完成第二階段的犯罪之後，理論上可能回復至最初供作生活工具之用的目的，此時應由法官個案性地判斷行為人在犯罪後續行持有的具體目的為何，如因事實不清而難以認定，則應考慮本於罪疑惟輕原則而對被告作有利的認定，從而判定是供作生活工具之用而不成立犯罪。

綜上，雖然實務見解一直有若干差異，最高法院在新近判決中宣示的看法，認為原合法持有理由若因嗣後行為人目的改變而修正時，原住民被告不得適用槍砲條例第20條第1項免除刑責，此項見解值得肯定，不過必須注意，當

²⁸ 德國法上較近似的案例是，如果行為人以強暴、脅迫或提供錯誤申請資料而詐欺取得許可時，此種取得許可上的瑕疵，並不會排除事前許可的效果，僅當形式許可被廢止或撤銷，才會使得行為人的持有槍械行為違法，vgl. *Pauckstadt-Maihold* (Fn. 25), *Vorb §§ 51-53*, Rn. 4.

行為人完成犯罪後，不代表他不能再回復原有的合法持有狀態，此時只要行為人持有目的又回復為「供作生活工具之用」，仍得排除後繼續持有的刑事責任。

肆、原住民身分與免責規範的適用問題

一、實務現況

接下來討論另一個與獵槍有關的問題，槍砲條例第 20 條第 1 項的適用，以行為人具有原住民的身分為前提，那麼接下來就面臨一個核心問題，法制上如何判斷持有獵槍的行為人具有原住民身分？

針對此一問題，實務曾於 103 年臺灣高等法院暨所屬法院 103 年法律座談會刑事類提案第 21 號問題中，詳予研討，並列出當時實務上三種不同的看法，該研討的具體案例為：「某甲母親為原住民，父親為漢族，因從父姓，而未能至戶政機關登記為原住民，惟某甲從小在原住民部落長大，亦娶原住民為妻，某甲為參加部落之祭典上山打獵，而購買原住民自製之獵槍一枝（前膛槍）而持有之，嗣為警查獲，經檢察官以某甲違反槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 4 項未經許可持有可發射金屬具有殺傷力之槍枝罪提起公訴，某甲於法院審理期間，變更其姓氏為母姓，依原住民身分法第 4 條之規定登記為原住民，則某甲是否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？」，

該案之爭點即是，甲具有母系一方的原住民血統，並在原住民部落長大，但在戶籍登記從父系一方的登記，並非原住民，後來自製獵槍被查獲後，才在戶籍上登記為原住民，由於槍砲條例未明文規範什麼是「原住民」，此時甲得否適用槍砲條例第 20 條的除罪規定？

當時實務對此議題總共有三種不同的看法，第一說認為既然被告已經依原住民身分法嗣後取得原住民身分，該取得效力可以溯及既往生效至取得前，可認定行為人為原住民；第二說則認為原住民身分的認定並非依形式登記，而是從血統關係為判斷準據，也因此原住民身分法第 2 條才會寬泛地許可未登記的原住民提出，因此只要符合血緣上的關係，具有登記為原住民資格者，即可認定為槍砲條例所指的原住民；第三說則強調應依形式規定，以戶籍登記有無原住民為判定準據，並應以行為時為認定基準。依上述第一說與第二說，則甲屬於原住民，而第三說則得出甲不具原住民身分的結論。針對上述三說，研討結果雖無具體理由補充，仍決定採取第二說。

在此項研討意見確認之後，大致上可認為實務對於原住民身分已經朝血統及親子關係認定說的方向發展，不再拘泥於形式登記，不過在這樣的發展上，仍然衍生了若干附帶議題，這些議題也在實務上發生疑問。

第一個衍生問題是判斷血統所得參考的證據，是否有時間的限制？前述血

統主義的法律依據，主要來自原住民身分法第 2 條，該條許可原住民的範圍包括山地原住民及平地原住民，至於個別判斷，則是：「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」。換言之，只要在戶籍上有原住民血統的直系血親，原則上就取得原住民資格，但相關血親僅及於「臺灣光復前」，如果是日治時代曾有原住民直系血親的關係，即使官方資料有相關記載，仍不得計入，最高法院就此有一則近期判決指出：「原住民身分法第 11 條第 1 項規定，原住民身分之取得、喪失、變更或回復，應向當事人戶籍所在地之戶政事務所申請，並審查符合規定後於戶籍資料及戶口名簿內註記或塗銷其山地或平地原住民身分及族別，始生原住民身分得喪變更回復之法律效果。且依同法第 2 條第 2 款規定，平地原住民係指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。依上訴人所提出之戶籍登記簿固可認上訴人之祖父母輩具平地原住民血統，然上訴人歷經臺灣光復之親屬，既未依規定於政府開放登記之期間內登記為原住民，依

原住民身分法之規定，自難認已取得平地原住民身分，是上訴人應屬非原住民與非原住民所生之子女，當不具備原住民身分，此據原住民族委員會函復明確。上訴人既不具備原住民身分，自無適用槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項及野生動物保育法第 21 條之 1 規定之餘地」²⁹，正是表現了以國民政府來台後資料為準的認定傾向。

第二個衍生問題則涉及文化取向與原住民血統主義的糾葛，因為實務已然傾向從血統觀察原住民身分，但若非原住民長期與原住民共同生活，也吸納了原住民文化時，是否要接納非原住民行為人同樣可以適用原住民除罪規範？就此問題，最高法院曾經有處理過的案例，並明確地採取否定見解，該案被告並不具有原住民身分，但在訴訟上主張其長期與原住民共同生活，已經被同化而與原住民享有共通價值，因此可以類推適用槍砲條例第 20 條第 1 項規定排除刑責，不過最高法院認為：「上訴人並非原住民，非屬槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項所規定『除罪化』之對象，且上訴人未經許可持有扣案土製長槍行為，原即具有實質違法性及有責性，上訴人亦知悉未經向主管機關申請許可，不得持有列管槍枝，持有列管槍枝係屬違法行為；則依照刑法解釋之基本原則，自不得任意變更立法當時『原住民』概念，並超越法律文義，擴張至非屬原

²⁹ 參見最高法院 107 年度台上字第 207 號刑事判決。

住民族者，故上訴人本件所為自不得類推適用槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項關於原住民持有自製獵槍除罪化之規定」³⁰。依此，最高法院明確地認為第 20 條第 1 項僅限定於血統意義的原住民除罪，非原住民則不得適用系爭規定³¹。

第三個衍生性問題則與原住民所屬部落有關，槍砲條例第 20 條第 1 項只作了通案性的規定，讓原住民可以在供作生活工具之用的條件下，合法製造或持有自製獵槍，實務也認為包括「經濟生活」與「文化生活」的工具，但若原住民為了實踐其部落取向的文化生活，從而製造或持有獵槍，但該部落卻無獵槍

使用的傳統時，此時能否認為該原住民仍然在實踐他的文化生活？此一問題最常發生在西拉雅族（平埔族）原住民製造或持有獵槍的案例。近期的實務案例中，某西拉雅族原住民被控違法持有獵槍，被告在訴訟上主張應適用槍砲條例第 20 條第 1 項排除刑事責任，法院雖然不認為被告具有原住民資格，但本文關心的是法院在判決中另行指出的另一個問題，此即西拉雅原住民並無持槍獵捕的傳統，法院指出：「臺南市西拉雅族迄今仍保有傳統狩獵文化，並以放置陷阱為主要方式，無使用獵槍狩獵之習慣，惟西拉雅族分布廣闊，在不同地理分存與因應各種生存環境需要，亦可能衍生不同狩獵文化與生活習慣等詞，有臺南市政府民族事務委員會 105 年 9 月 21 日府族綜字第 1050879384 號函（原審卷第 78 至 79 頁）存卷可查。準此，縱西拉雅族迄今仍保有傳統狩獵文化，然係以『放置陷阱』為主要狩獵方式，而非以使用獵槍之方式狩獵。○○大學潘○道副教授著作固說明西拉雅族『以農耕為主，打牲為輔』，然並未記載係以『獵槍』為狩獵，要難自行引伸西拉雅族即以『獵槍』狩獵且此為人性上『必然』之選擇。此外，再參諸被告自承扣案槍枝乃查獲前約 3、4 個月左右撿拾而來，益見其並非平日即以持有獵槍供作生活之用，與上揭槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項免責（刑事責任）之規定有間」³²。

³⁰ 參見最高法院 106 年度台上字第 1642 號刑事判決。

³¹ 另一則表達更明確見解的下級審判決則是花蓮地方法院 104 年度重訴字第 11 號判決：「立法者正視原住民文化之差異性而於歷次修法所展現對原住民文化傳統之尊重和寬容，是上開規定所謂：『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。換言之，若非原住民，自難認係上開規定之範疇，其理至明；查被告李基德固係在原住民部落內居住多年，然依原住民身分法就原住民身分認定要件係以『血統主義兼認同主意』為基本原則下，其非原住民，亦知悉其非原住民，縱如辯護人所辯其生活、習慣已被同化之情，則其上揭持槍犯行，顯與上開規定及立法目的均有未合」。該判決後來上訴至二審及三審，但二審之臺灣高等法院花蓮分院 105 年度上訴字第 198 號刑事判決，以及三審之最高法院 107 年度台上字第 88 號刑事判決，雖未提及相近意見，但亦未反對一審判決的法律意見。

³² 參見臺灣高等法院花蓮分院 106 年度上訴字第 34 號刑事判決。

換言之，即使被告有西拉雅族的原住民身分，但因持有獵槍非屬西拉雅原住民的傳統文化生活實踐方式，因此獵槍當然不足以成為該族原住民文化生活的工具範圍。

二、分析與檢討

（一）原住民身分與血統主義的考量基準

以上大致說明了近期實務判決中，有關原住民身分問題的相關爭議，接下來的問題即是，我國實務發展出來的這些思考方式，是否合理？

我們可以先討論原住民的定義，實務採取原住民身分法的規定作為判斷標準，從血統身分關係來決定原住民身分，這樣的看法維持了血統關係的原住民因素，但也宣示了另一個意義，此即「原住民」是一個只能透過血統關係定義的族群，只限於在血緣或有限的收養關係中³³，才有辦法取得，血統主義某程度上拒斥了文化所具有的融合意義，也因此拒絕任何非原住民透過文化染濡，進而融入原住民文化的可能性，在此意

義下，血統的延續性成為唯一判斷標準，是否為原住民也就不再觀察個人與部落之間的交融性³⁴。

平心而論，刑事責任的成立其實不必完全依憑原住民身分法，尤其原住民身分法第2條也只提及「『本法』所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民」，純就文字以觀，並不必然拘束原住民身分法以外的法律規範，但因槍砲條例並未直接規範原住民的概念範圍，只單純針對原住民可能涉及的製造或持有獵槍予以除罪，相近的規定還有森林法第15條第4項與野生動物保育法第21條之1，換言之，這些除罪規範僅處理個別的規範目的，要說這些個別規範都有獨立於原住民身分法原住民定義，恐怕非常困難³⁵。基此，本文認為刑事司法實務採取原住民身分法所堅守的血統主義論點，是現行法規範模式下的正確解釋，不過筆者也必須強調，雖然解釋上是正確的，但此立法政策是否合理、正當，則是立法上必須進一步檢討的問題，但此問題已經超出本文篇幅與筆者能力範圍，於此不再繼續論述。

既然必須從原住民身分法的血統主義判斷原住民身分資格，那麼我們在其他三個爭議問題的討論重心，就是在可

³³ 依原住民身分法第3條規定，非原住民與原住民結婚，亦不得取得原住民身分；而同法第5條第2項更是規定：「未滿七歲之非原住民為年滿四十歲且無子女之原住民父母收養者，得取得原住民身分」，同條第4項則又規定：「前二項之收養關係終止時，該養子女之原住民身分喪失」。從以上規定看來，即使是婚姻或收養這種非常親密的生活關係，也不足以許可非原住民納入原住民的文化範圍，從此可見原住民身分完全採取血統取向的認定標準。

³⁴ 美國法制上逐漸承認由部落決定原住民身分，相關討論，參見鄭川如，美國原住民身分認定簡介，臺灣原住民族法學，3期，2017年12月，頁6-10。

³⁵ 當然，血統主義本身會有限制，特別是部落已經認可特定人為原住民族的一部，但國家卻不予承認的問題，學說上也有提及應該委諸部落自決，此點可供參考。

能的範圍內，儘量轉從文化融合可能性的角度立論，並設法調合血統與文化之間的扞格。

第一個爭議是能否超越原住民身分法的限制，不僅考量二次戰後台灣交還國民政府以降的戶籍資料，還進一步納入日治時代、清治時代甚或荷治時代的戶籍資料，作為考量刑事被告有無原住民身分？依筆者之見，就此議題其實可以考慮貫徹血統主義的看法，亦即，既然原住民身分法採取血統主義，針對涉及刑事責任的除罪規定，應該盡可能地擴大解釋，而非全面限定在原住民身分法的日治時代以後戶籍登記，事實上，當初立法時之所以排除日治時代以前的戶籍登記，純粹是為了行政方便的考量³⁶，既然此項行政方便與刑事責任的成立無關，那麼不應該完全依附行政法的限定，排除考量日治時代以前的相關戶籍資料，何況即使接受血統上依附日治時代戶籍登記的原住民身分，也不代表該原住民製造或持有獵槍必然合法，還必須經過個案判斷是否確實供作生活工具之用。因此，採取日治時代以前資料，不完全抵觸原住民身分法的血統主義，也可以把考量重心更大地置於供作生活工具之用的判斷，實務見解抗拒這

樣的考量，不免有過度自限之虞³⁷。

（二）槍砲條例第 20 條第 1 項之規範定位

第二個爭議涉及非原住民得否適用槍砲條例第 20 條第 1 項的問題，以製造獵槍為例，這個問題其實可以細分為兩種不同的情況：《案例一》長期居住於部落且參與部落生活之非原住民A，自行製造獵槍供作生活工具之用；《案例二》A與原住民B，共同製造獵槍供作生活工具之用。如果採取實務見解，第 20 條第 1 項只能純粹用於《案例二》中的B，而A不論在《案例一》或是《案例二》中，均構成非經許可製造槍械罪。問題在於，如果立法者許可原住民自行製造獵槍的行為，此時參與原住民而共同製造獵槍的非原住民，如果完全排除適用的可能性是否允宜，即有進一步討論必要。

因為立法者在槍砲條例中並未規定任何原住民定義，我們只能依循原住民身分法的血統主義解釋，這使得具有原住民文化認同、甚至長期居於部落中的非原住民，在獨立實行具有原住民文化意義的行為時，完全不能適用原住民的免責規範，這種純粹以血統卻忽視文化融合的理解恐非正當，但畢竟這是現行法的解釋立場，在筆者看來，解釋上若要超越立法授權範圍，可能並不容易，因此《案例一》獨立製造獵槍的非原住民，無法適用槍砲條例第 20 條第 1 項而排除刑事責任。

³⁶ 原住民身分法第2條在2001年訂定時的立法理由謂：「查將原住民分為山地原住民與平地原住民，係我國政府援用日據時代之行政措施，自光復以來迄今，行之已有五十年，並為現今法令或行政措施上採用之主要分類標準」，參見立法院公報，90卷5期，2001年，頁454-455。

³⁷ 進一步討論，參見王皇玉，同註4，頁15-21。

不過，當原住民與非原住民共同實行製造行為時，是否還要排除非原住民的刑事責任，或許可以更進一步深論，實務見解似乎主張在這種情況發生時，仍然只有原住民可以適用免責規定，非原住民不得適用免責規定，這種從身分觀點限制免責規定的適用，從刑法理論看來，非常近似「個人的阻卻刑罰事由」，亦即，實務見解傾向把槍砲條例第20條第1項理解為只用於個人專屬事由，這種事由往往本於政策上的需求而免除特定行為人刑事責任，欠缺原住民身分者不符合特定政策的除罪必要性，因此仍然成立刑責。採取此一解釋的問題在於：立法者仍認為原住民製造獵槍已經構成法律不容許的法益侵害行為，只不過政策上為了尊重原住民而免罰。

然而在本文看來，上述個人阻卻刑罰事由的解釋立場不無疑義，析言之，因為槍械本身有殺傷力，法律規範上必須管制，以控管其生產及流通，藉以保護社會成員的安全，該罪的保護法益應屬公共安全。如果認為是政策考量上的個人阻卻刑罰事由，這表示立法者仍認為「原住民供作生活工具之用而製造獵槍」是一個應該禁止的行為，法規範在此仍表達了反對原住民本於部落需求而自行製造或持有獵槍的立場，亦即，立法者認為「原住民自製或持有獵槍仍屬不法行為，只不過基於政策需求而免罰」，這樣否定原住民可以「合法自製或持有獵槍」的觀點，一方面並非真正尊重原住民文化慣習，另一方面更是以兩

面手法來貶低原住民文化的獨特性。

本於上述，筆者認為合理見解應該是，槍砲條例第20條第1項宣示了「原住民供作生活工具之用得合法製造或持有獵槍」，亦即該項許可原住民相關行為而予以合法評價，這樣的解釋才是真正尊重原住民文化的看法，而在刑法上的定位，即是「為尊重原住民文化的高價利益，而必須許可較低的公共安全利益」，亦即該項應定位為不同利益發生衝突時，立法者透過成文法表達的「阻卻違法事由」，依此解釋，原住民製造獵槍行為即不構成不法行為。

如果可以接受上述看法，那麼在《案例二》中參與原住民「合法自製獵槍」行為的非原住民，當然不是參與他人的不法行為，而是參與他人的合法行為，非原住民自然不會有共同實行不法行為的可能，故非原住民即可一併本於槍砲條例第20條第1項而免除刑事責任。我國實務見解針對以上的規範定位問題，似乎考慮有欠周詳。

（三）不同原住民族的文化實踐方式

第三個爭議則涉及特別類型的原住民文化，已如前述，槍砲條例第20條第1項已經可以擴張至文化生活的工具使用需求，但既然論及文化，不同原住民族當然也有不同的文化，此時是否還要更進一步探查該族文化或慣習內容，才能決定是否製造或持有獵槍屬於「文化生活之工具」，即屬問題所在。

上文判決中對於這個問題的處理方式，是先傳喚鑑定人，確認西拉雅族並無獵槍使用的慣習，接著就排除被告主張屬於供作文化生活工具之用的抗辯。就上述見解，筆者認為大致方向並無錯誤，既然原住民要主張文化意義的免責效果，當然必須在文化所能包涵的範圍之內，才能排除刑事責任，否則讓沿海原住民適用山居原住民的文化，結論上不免自相矛盾。在此意義下，筆者大致贊同實務詳細調查原住民文化內涵的作法，這也是確認「文化生活之工具」的個案判斷。

不過上述觀點實質限縮了原住民免責規範的適用可能性，因此筆者必須附帶強調兩點後續推論：第一，雖然現代社會中難以想像原住民本於「經濟生活工具」而獵捕，但若有沿海部落的原住民，遷居至深山，並持有獵槍，主張靠打獵維生時，該原住民得否主張經濟生活工具的抗辯？依本文之見，維持方式的經濟生活並非完全獨立於部落文化，相反地，打獵維生方式本來就是部落文化的具體實踐，主張經濟生活工具的原住民，同樣必須判斷其所屬原住民族是否有必須使用獵槍營生的文化傳統，僅當能確認此一部落文化時，才能主張使用獵槍供作經濟工具之用³⁸。

第二，大多數對於原住民文化的想

像，均與該原住民族的「傳統慣習」相互連結，這使得原住民主張文化生活工具時，往往必須要踐行「復古」生活，藉以實現部落的傳統祭儀或文化活動，但這種復古式的考量，可能會讓原住民的文化喪失「創新」的可能性，詳言之，文化並不是一成不變而僵固的，反而會隨著時代變動而有調整、創新的機會，例如在引入獵槍之前，臺灣原住民族打獵顯然不是使用獵槍，如果真的要完全復古，反而會要求原住民只能採用最先祖的狩獵手法，不得使用獵槍（?!），這種極端復古式的文化理解，毋寧限制了原住民文化的發展可能性。相同道理，如果原住民的傳統慣習並無類似獵槍的使用方式，但在一定條件下，若原住民採取創新且具有文化意涵的獵槍使用方式，刑事司法不應該透過刑罰力量而止卻原住民文化的創新，因此筆者認為，具體判斷其部落的文化內涵時，仍須考量被告在獵槍使用上，是否具有創新實踐原有文化的可能性，如果其實踐方式雖非固有傳統慣習，但目的與手段仍緊扣著部落文化，而且在憲法承認多元價值的範圍內，此時仍應考慮納獵槍為文化生活的工具。

伍、結論

以上分析了三大類案例中，原住民被告究竟是否成立犯罪的爭議，總結以上的研究，筆者主張以下看法：

1. 原住民拾獲不明他人自製獵槍而長期持有，當獵槍可擊發製式子彈

³⁸ 不同原住民族對於狩獵文化也有不同的想像，參見王進發、童信智，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3月，頁39-72。

時，亦不得反推認為該獵槍不屬於槍砲條例第20條第1項規範的自製獵槍，拾獲的原住民仍可適用上述的免責事由。

2. 原住民雖未登記、但依槍砲條例第20條第1項合法持有獵槍中，若轉念以獵槍犯其他罪名，則該在本於犯罪意思而持有的過程中，即不得適用上述免責規定，另犯之他罪與非法持有獵槍構成想像競合，從一重處斷；完成犯罪之後，仍得回復依槍砲條例第20條第1項合法持有獵槍的狀態。
3. 判定行為人有無適用槍砲條例第20條第1項的原住民身分時，不應自限為只考慮台灣光復後的戶籍資料，還應考慮日治時代以前的戶籍資料。
4. 第20條第1項屬於阻卻違法事由，共犯未經許可而持有獵槍的非原住民被告，亦得因其他共犯有阻卻違法事由之故，而不成立犯罪。
5. 不同族群的原住民文化實踐內涵，應予考慮，但不應過度局限於原始意義的傳統，毋寧應在一定條件下接受創新文化實踐方式。

從以上的研究可以發現，槍砲條例應對原住民傳統慣習時，確實有若干難以透過現行解釋的疑難，透過實務案例的分析，更可以清楚地體現法條文字與現實需求上難以應對的歧異，未來應該設法透過修正解決上述爭議，才是真正面對問題的法律解套。

參考文獻

一、中文部分

- 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，頁1-37，2012年3月。
- 王皇玉，原住民犯罪的文化抗辯及其實踐，臺灣原住民族法學，1卷1期，頁31-44，2016年7月。
- 王皇玉，建構以原住民為主體的狩獵規範：兼評王光祿之非常上訴案，台大法學論叢，47卷2期，頁839-887，2018年6月。
- 王進發、童信智，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，頁39-72，2012年3月。
- 林明昕，原住民地位之保障作為——「基本權利」或「基本國策」？，憲政時代，29卷3期，頁335-358，2004年1月。
- 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，台灣原住民族研究學報，6卷2期，頁33-82，2013年7月。
- 許恒達，重新檢討原住民自製獵槍之管制與處罰，台灣原住民族研究，7卷3期，頁121-152，2014年11月。
- 許恒達，從個人保護原則重構正當防衛，台大法學論叢，45卷1期，頁315-393，2016年3月。
- 許恒達，持有獵槍、獵捕保育類野生動

- 物與原住民慣習的衝突與解套：評宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號刑事判決，臺灣原住民族法學，1 卷 2 期，頁 49-60，2017 年 4 月。
- 雅柏甦詠·博伊哲努，傳統的權利還是權利的傳統——原住民族權利的思辨，台灣原住民族研究學報，4 卷 4 期，頁 1-20，2014 年 12 月。
- 蔡志偉，從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展，台大法學論叢，40 卷特刊，頁 1499-1550，2011 年 10 月。
- 鄭川如，王光祿原住民自製獵槍案——最高法院 104 年度臺上字第 3280 號刑事判決評釋，法令月刊，68 卷 9 期，頁 75-92，2017 年 9 月。
- 鄭川如，美國原住民身分認定簡介，臺灣原住民族法學，3 期，頁 95-106，2017 年 12 月。

二、外文部分

- Heinrich, Bernd (2014), Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer.
- Sotiriadis, Georgios (2012), Die Berücksichtigung kultureller Identität und Differenz durch das Recht, in: Pilgram et al. (Hrsg.), Einheitliches Recht für die Vielfalt der Kulturen?: Strafrecht und Kriminologie in Zeiten transkultureller Gesellschaften und transnationalen Rechts, Bd. 4, S. 207-220. Münster: LIT Verlag.
- Pauckstadt-Manihold, Ulrike (2018), in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, §§ 51-53. München: C. H. Beck.

Case Studies on Firearms Possession by Taiwanese Indigenous Peoples

Heng-Da Hsu^{*}

Abstract

This article aims to deal with three criminal law topics concerning indigenous rights:

1. Can indigenous people legally possess a shotgun that is found without approval?
2. Can indigenous people still legally possess a shotgun when he used it to commit a crime?
3. What kind of role does the identity of indigenous people play as he was charged by prosecutor?

The author argues that indigenous in Taiwan shall be intitled to possess a shotgun as tools for making a living without approval. However, the court should investigate specific facts and circumstances to rule that an indigenous defendant possess a shotgun right for such purpose.

Keywords: indigenous people, controlling guns, ammunition and knives act, tribe tradition, cultural conflict, tools for making a living.

^{*} Professor, College of Law, National Chengchi University.

受刑人勞動與社會復歸*

盧映潔**／國立中正大學法律學系教授

目次

- 壹、前言
- 貳、受刑人勞動之定性與規範狀況
- 參、受刑人工資報酬之定性與發展狀況
- 肆、受刑人勞動與工資報酬之實務狀況
- 伍、受刑人勞動與再社會化及其實踐之德國經驗
- 陸、結語
- 參考文獻

摘要

我國的文獻與獄政實務鮮少討論受刑人勞動之法律性質，諸如受刑人是否有勞動的義務？抑或受刑人有請求給予勞動機會的權利？受刑人勞動的目的何在？其實踐的模式與界限為何？其他社會保障機制的法律可否適用於受刑人勞動等等議題的討論皆屬欠缺。其次我國監獄中受刑人的作業金收入極低，連在

監日常生活用品的支出都難以應付，乃向來的問題。因此，本文以德國與相關國際公約對受刑人勞動之定性、受刑人勞動之目的、實踐的界限等規範狀況進行說明。再輔以介紹德國與其他國家受刑人工資實務狀況，以及德國基於社會復歸目標下受刑人勞動的實踐模式。希望藉由提出外國法制與經驗，作為我國在受刑人勞動的相關議題討論上之參考。

關鍵詞：受刑人勞動、受刑人工資報酬、受刑人再社會化。

壹、前言

我國目前監獄行刑法有關受刑人在監勞動的規定是較早時期所訂的規範，其中第 27 條規定：「作業應斟酌衛生、教化、經濟與受刑人之刑期、健康、知識、技能及出獄後之生計定之」（第 1 項）；「監獄應按作業性質分設各種工場或農作場所，並得酌令受刑人在監外從事特定作業；其辦法由法務部定之」（第 2 項）；「炊事、打掃、看護及其他由監

* 投稿日：2018年5月7日；接受刊登日：2018年6月20日。

** 國立中正大學法律學系教授。

獄經理之事務，視同作業」(第3項)。
第28條規定：「作業時間每日六小時至八小時，斟酌作業之種類，設備之狀況及其他情形定之」。第29條規定：「受刑人之作業，應依前條作業時間與一般勞動者之平均作業能率為標準，酌定課程(第1項)」；「作業課程不能依前項標準定之者，以前條作業時間為標準」(第2項)；「監獄得延聘當地工業技術人員協同指導受刑人各種作業技藝」(第3項)。第31條規定：「停止作業日如左：一、國定例假日。二、直系親屬及配偶喪七日，三親等內旁系親屬喪三日。三、其他認為必要時」(第1項)。「就炊事、灑掃及其他特需急速之作業者，除前項第二款外，不停止作業」(第2項)。「入監後三日及釋放前七日，得免作業」(第3項)。此揭規定，乃我國受刑人在監獄中勞動的法律依據。惟獨，我國的文獻與獄政實務鮮少討論受刑人勞動之定性，亦即受刑人是否有勞動的義務？抑或受刑人是否有請求給予勞動機會的權利？受刑人勞動的目的何在？其實踐的模式與界限為何等等議題皆欠缺討論。

其次，我國監獄行刑法第32條規定：「作業者給予勞作金；其金額斟酌作業者之行狀及作業成績給付」(第1項)；「前項給付辦法，由法務部定之」(第2項)。第33條規定：「作業收入扣除作業支出後，提百分之五十充勞作金；勞作金總額，提百分之二十五充犯罪被害人補償費用」(第1項)。「前項作業贍餘提百分之三十補助受刑人飲食費

用；百分之五充受刑人獎勵費用；百分之五充作業管理人員獎勵費用；年度贍餘應循預算程序以百分之三十充作改善受刑人生活設施之用，其餘百分之七十撥充作業基金；其獎勵辦法，由法務部定之」(第2項)；「第一項提充犯罪被害人補償之費用，於犯罪被害人補償法公布施行後提撥，專戶存儲；第二項改善受刑人生活設施購置之財產設備免提折舊」(第3項)。此揭規定，乃我國受刑人在監獄中獲得勞動報酬之規定。然而我國監獄中受刑人的作業收入極低¹，連在監日常生活用品的支出都難以應付²，乃向來的問題。而民國104年2月11日發生之高雄大寮監獄挾持事件，6名受刑人於挾持人質奪取槍彈後，透過矯正署署長提出訴求表示：「其等要在獄

1 參照行政院研究發展考核委員會委託，周懷嫻(計畫主持)，李茂生、林育聖、Bill Heberton(協同主持)，我國矯正政策與管理機制之研究，2011年，頁179提到：「如今我國監所作業的情形，可能比教化工作還要糟糕；作業科雖然有配置作業導師，但是不僅是人數不足，其專業技能的程度亦令人質疑，而收容人的素質不佳一事，更不在話下。在這種情形下，自營作業方面，除少數具有悠久歷史的作業(例如醬油、裁縫等)外，僅有在「一監所一特色」的口號下奮力創造出來的小型生產作業，不僅所占比例不高，其技能的層次也低；至於代工作業方面，一般都是電器插座、紙袋、金紙等的作業，不僅枯燥乏味，其毛利亦頗為低廉」，所以該研究的重要發現中指出受刑人所得作業金過低。

2 參照媒體報導「受刑人工作報酬不足基本開銷，矯正署：大部分廠商都不會想進監獄來」，2016年1月30日，網址：<https://www.civilmedia.tw/archives/42903> (最後瀏覽日期：2018年4月10日)。

中服刑長達數十年，還要靠家人接濟；拖累家人，活得連尊嚴都沒有」等語³。因此，本文以德國與相關國際公約對受刑人勞動之法律性質、受刑人勞動之目的、實踐的界限等規範狀況進行說明。再輔以介紹德國與其他國家受刑人工資實務狀況，以及德國基於社會復歸目標下受刑人勞動的實踐模式。希望藉由提出外國法制與經驗，作為我國在受刑人勞動的相關議題討論上之參考。

貳、受刑人勞動之定性與規範狀況

一、德國基本法上強制勞動的規範與受刑人的勞動義務

（一）強制勞動的概念

德國基本法第 12 條第 2 項規定，任何人不得被強制承擔一定之工作，但一般傳統上針對所有人員的公共服務義務，則不在此限；同條第 3 項又規定，於法院判決剝奪自由時，始得允許實行強制勞動（Zwangsarbeit）。德國文獻認為，在憲法概念下，強制勞動並沒有存在一個統一及普遍的定義，特別是強制勞動（Zwangsarbeit）與基本法第 12 條第 2 項所表述的工作強制（Arbeitszwang）要在概念加以區分是困難的，這也是為什麼聯邦憲法法院對於該條第 2 項和第 3 項都視之為相同的基

本權利⁴。而文獻中指出，強制勞動的概念有時會被定義為：違背相關人員的意願，一般且持續地無限制的使用其勞動力，亦即強制勞動的關鍵概念在於要求相關人員非自願地提供其所有的勞動力⁵。不過，基本法第 12 條第 3 項之強制勞動（Zwangsarbeit），與第 2 款的工作之強制（Arbeitszwang）這兩個用語的概念區別應該是重要的，因為相較於工作之強制，強制勞動在法院判決剝奪自由的情況下是可能實施的。

（二）受刑人之勞動義務及其界限

既然基本法第 12 條第 3 項規定，強制勞動在法院判決剝奪自由的情況下是可以允許的，所以在德國受刑人被認為有勞動的義務。然而有關受刑人勞動義務的內容及其界限，德國聯邦憲法法院判決有具體的指述。根據 1987 年 1 月 13 日⁶及 1998 年 7 月 1 日⁷聯邦憲法法院的判決認為，雖然基本法第 12 條第 2 項和第 3 項有提出「特定工作之強制」和「強制勞動」兩個概念，然而這兩個概念的規範意義和射程範圍不能僅僅從這個

³ 該事件媒體報導請見網頁 <http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=61312>（最後瀏覽日期：2018年4月10日）。

⁴ Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 28. Aufl., 2016, Art. 12, Rn. 139, https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/BECKOK_28_BandVerfR/cont/BECKOK%2Ehtm（最後瀏覽日期：2018年4月10日；此書之造訪查閱網址及瀏覽日期以下同，不另註明）。

⁵ Epping/Hillgruber (Fn. 4), Art. 12, Rn. 146.

⁶ BVerfG, Beschluss vom 13. Januar 1987, in: NJW 1988, S. 45 ff.

⁷ BVerfG, Urteil vom 1. Juli 1998, in: NJW 1998, S. 3337 ff.

詞彙的表面字義上來理解；相對地，應該需要從產生憲法規範的法律與歷史背景及其目標方向來理解，只有在這種總體觀點的基礎上，才能體現憲法條款的意義。因此，聯邦憲法法院強調⁸，根據基本法第 12 條第 2 項與第 3 項的形成歷史以及憲法立法者宣布的目標，可以發現強制勞動的界限，也就是透過使用某些勞動力的方法來造成對個人的貶抑，這在極權主義國家是很常見的。聯邦憲法法院進一步指出⁹，強制勞動與勞動義務只能在憲法所要求下的再社會化為手段始得應允，並且所安排的工作能夠成為一種有效的再社會化手段時，始得獲得適當的認可。此外，基本法第 12 條第 3 項也限制被允許實施強制勞動的機構或設施，只能是屬於公法上保留給受刑人的執行機構。

（三）德國聯邦及各邦有關受刑人勞動義務的規範依據

1. 聯邦監獄行刑法

憲法所允許的「強迫勞動」，在德國聯邦監獄行刑法第 41 條是以受刑人有「勞動義務」的規定引入。據此，受刑人有義務從事指派給他，而與他的身體能力相符合的工作、治療或其他的工作，且他可以根據自己的身體狀況進行工作。在得到受刑人同意下，受刑人每年都有義務在監獄機構中進行為期達三個

月的輔助工作。但這不適用於超過 65 歲的受刑人、懷孕的受刑人和身為哺乳母親的受刑人，以及在有就業禁法令存在的情況下。聯邦監獄行刑法第 41 條受刑人有勞動義務的規定經聯邦憲法法院檢視過是符合基本法的要求¹⁰。

2. 各邦監獄行刑法

隨著德國聯邦制度的改革，2006 年 9 月 1 日起，監獄行刑事務以及有關受刑人勞動義務的事務已轉移到各邦。德國所有的邦都承擔起這個權責，各邦的法律也相應地規定了受刑人的基本勞動義務，只有在條文用語上與聯邦監獄行刑法第 41 條略有不同¹¹。惟有在 Brandenburg 邦以及 Rheinland-Pfalz 邦，與其他邦規定不同，這兩個邦規定受刑人的工作只有在他自己申請時或經其同意時始得分配之¹²。而德國聯邦憲法法院於 2015 年 12 月 16 日有關受刑人針對 Rheinland-Pfalz 邦 2013 年新的監獄規則提出的憲法訴訟在裁定中¹³表示，

¹⁰ 同前註。

¹¹ 各邦對受刑人勞動的規定如下：§ 47 JVollzGB Baden-Württemberg, Art. 43 StVollzG Bayern; § 24 StVollzG Berlin, § 38 StVollzG Hamburg; § 27 Abs. 2 StVollzG Hessen; § 22 StVollzG Mecklenburg-Vorpommern; § 38 JVollzG Niedersachsen; § 22 StVollzG Saarland; § 22 StVollzG Sachsen; § 29 JVollzGB Sachsen-Anhalt; § 29 JVollzGB Thüringen.

¹² Brandenburg 邦以及 Rheinland-Pfalz 邦有關受刑人勞動的規定分別是：§ 30 JVollzG Brandenburg; § 29 JVollzG Rheinland-Pfalz.

¹³ 該裁定請見網站 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/bvg16-007.html>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 10 日）。

⁸ 同前註。

⁹ 同前註。

監獄勞動是一個重要的再社會化因素，其價值在於是否可由所承擔的工作中得到充分的自我肯定，此與受刑人是自願工作還是被分配的義務工作無關，在這兩種情況皆肯認受刑人應該被引導認識到正常工作的價值始為適當。

二、國際公約上受刑人勞動之規範依據

經濟社會文化權利國際公約¹⁴（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR，以下簡稱「經社文公約」）第6條規定，保護個人通過自由選擇或接受的工作賺取收入以維持生計的權利。這個權利不僅包括選擇工作的自由，還有個人不得被任意強制工作的自由。這是在反映工作權利，也是國際法上禁止強迫和強制勞動的原則。對照經社文公約第6條有關禁止強迫勞動是隱含的說明，歐洲人權公約（European Convention on Human Rights, ECHR）¹⁵第4條以及公民與政治權利公約（International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR）¹⁶第8

條則有較明確的規定，但同時也規定了在一定前提條件下對於自由剝奪期間的受刑人可以賦予勞動義務。但是，「強迫勞動」一詞既不在經社文公約，也不在歐洲人權公約中有明定概念。「強迫勞動」一詞是歐洲人權法院（EGMR）、聯合國人權委員會以及聯合國經濟社會文化權利委員會，基於國際勞工組織關於強迫或義務勞動在1930年的第29號公約（Übereinkommen Nr. 29 der Internationalen Arbeitsorganisation über Zwangs- oder Pflichtarbeit 1930，簡稱ILO Nr.29）¹⁷加以定義的。根據國際勞工組織第29號公約第2條第1項，強迫勞動是在懲罰的威脅下所必須提供的任何形式之勞動或服務，並且沒有自願性提供可言。亦即，強迫勞動有兩個特點：第一是非自願、第二是懲罰的威脅。為了補充國際勞工組織第29號公約，國際勞工組織1957年起草了「廢除強迫勞動公約」（Übereinkommen über die Abschaffung der Zwangsarbeit 1957，稱「勞工組織第105號公約」）¹⁸，於1959年通過。依此，各國應承諾消除強迫勞動，並且不以任何形式使用它，也就是

¹⁴ 經濟社會文化權利國際公約內容請見網站<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>（最後瀏覽日期：2018年4月10日）。

¹⁵ 本文參考德文版本歐洲人權公約（EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention），內容請見網站<https://www.menschenrechtskonvention.eu/>（最後瀏覽日期：2018年4月10日）。

¹⁶ 公民與政治權利公約內容請見網站<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>（最後瀏覽日期：2018年4月10日）。

¹⁷ 國際勞工組織關於強迫或義務勞動第29號公約內容請見網站：<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/>（最後瀏覽日期：2018年4月10日）。

¹⁸ 國際勞工組織廢除強迫勞動第105號公約內容請見網站：Übereinkommen über die Abschaffung der Zwangsarbeit http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c105_de.htm（最後瀏覽日期：2018年4月10日）。

不得：a) 作為政治強制或政治教育的手段或者針對有某些政治觀點的人作為懲罰；b) 為達經濟發展目標而將勞動力的招聘與使用作為手段；c) 作為工作紀律的措施；(或) d) 作為參加罷工的懲罰。

不過，國際勞工組織第 29 號公約的最初目標是在限制殖民地對勞工的剝削，以致於其第 2 條第 1 項的定義如此籠統，甚至於它還包括在「文明」的國際法律共同體的成員國中例如軍人服務、一般公民義務，或在監獄中勞動的義務。因此，在國際勞工組織第 29 號公約第 2 條第 1 項第 c 款有提出例外，即：「本公約所指的『強迫或義務勞動』並不適用於任何人根據法院命令要求的任何勞動或服務，但是這項勞動或服務必須在公眾監督與督導下進行，而且被定罪者不會被送到個人或私人公司及協會為它們賺錢或以其他方式提供勞動給它們」。據此，監禁中勞動在概念上不是屬於強迫勞動，在剝奪自由期間普遍能接受勞動是義務的原因在於勞動不是具有懲罰或報復的作用，而是具有社會復歸的作用，可以促進受刑人不會被排除在社會之外，以及能融入社會有意義的事務。然而國際勞工組織第 29 號公約仍然禁止強制受刑人去私人企業工作，蓋因這種做法在美國自上個世紀存在到二〇年代，此被認為是變相的農奴制（非自願的奴役）。

如前所述，由於經社文公約在第 6 條的文義上對於禁止強迫勞動沒有明確規定，其範圍同樣很少被明確規範化。

儘管如此，公民與政治權利公約第 4 條規定，每個締約國只有在與權利性質相符及其限制之唯一目的是為了促進社會共同利益時，始能依法限制公約規定的權利。依此可推得，有關受剝奪自由期間受刑人之勞動是可以在國際勞工組織第 29 號公約以及公民與政治權利公約第 8 條第 3 項的框架內運行。公民與政治權利公約第 8 條第 3 項第 c 款 i 段亦指出，勞動或服務是對個人一種通常性的要求，所以這是指從事監禁中的常規性勞動或生活事務勞動，而其主要是為了受刑人的再社會化為優先目標¹⁹。而剝奪自由期間的勞動，只要是在國家監督下，而不是提供給私人公司時，在經社文公約第 6 條下一般是允許的。聯合國經濟、社會和文化權利委員會追隨此意見而採取限制性看法，認為監禁機構由私人經營此一事項乃不可接受，從而在其中的受監禁者勞動即不能被允許，即使這項勞動對於受刑人再社會化是有益的。惟有在得到同意，並且同樣確定工資條件和社會保障方面的工作條件是如同在自由社會的工作條件相同之情況下，才能使受刑人為私人公司勞動²⁰。

¹⁹ 同註 16。

²⁰ Deutscher Bundestag, Das völkerrechtliche Verbot der Zwangsarbeit und die Arbeit von Strafgefangenen während der Freiheitsentziehung, Ausarbeitung WD 2 - 3000 - 132/16, 2016, S. 6. 該德國聯邦議會的報告請見下列網址：<https://www.bundestag.de/blob/482698/12a1da50a6a54e09306a54280911e929/wd-2-132-16-pdf-data.pdf>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 10 日）。

歐洲人權公約對於強迫勞動亦採取非難的態度。不過，歐洲人權公約第 4 條第 3 項第 a 款對於禁止強迫勞動的內容給予了限制，其規定為：不屬於本文含義範圍內的強迫或義務勞動是：在第 5 條規定的條件下被剝奪自由或有條件地被釋放的人所通常被要求的勞動。歐洲人權法院在「Van der Mussele v. Belgien」案的判決中指出²¹，勞工組織第 29 號公約是歐洲人權公約第 4 條的範本，但禁止強迫勞動的例外情況也應該在基於公共利益和社會團結的想法下於歐洲人權公約的框架中表達。這是因為國際勞工組織第 29 號公約不允許任何形式的強迫勞動，但只有在那種拘禁者被要求的通常情形（üblicherweise）下可以允許；至於哪些工作是「通常」可以要求的，則是根據會員國所主導適用的法律規範，例如可被允許的是監禁中的日常工作，而「通常性」是對於在監禁中的勞動設下一個界限範疇，亦即對於個別受刑人而言倘若是特殊負擔的工作，或者依其被要求的工作類型之決定是恣意的（willkürlich）²²。其次，為了再社會化的目的而進行的工作也是符合這個範疇的，歐洲人權法院在「Van Droogenbroeck v. Belgien」案中認為²³，

那些屬於再犯的受刑人之釋放是取決於依符合政府財政下的監獄設施中的勞動，這一點是沒有牴觸歐洲人權公約第 4 條，因為這些條件一方面幫助他重新融入社會，另一方面在其他成員國的法律體系中也是如此。

而歐洲人權公約與勞工組織第 29 號公約不同的是，如果監禁中的勞動是為私人公司謀利，並不違反歐洲人權公約第 4 條強迫勞動禁止的規範²⁴。歐洲人權委員會並曾確認，一方面是歐洲人權公約第 4 條的用詞與私人公司並無關連，這應該是歐洲人權公約的制定者有意放棄的；另一方面，在實務操作上許多成員國對於歐洲人權公約第 4 條第 3 項第 a 款的闡釋，應該會有諸如「借用」（Entleihung）受刑人的做法。最後，為私人公司勞動更是提供了廣泛的專業就業範圍以及重新融入社會的機會²⁵。

參、受刑人工資報酬之定性與發展狀況

一、國際公約的趨勢

根據歐洲人權公約第 4 條第 3 項，一般認為受刑人對工資報酬沒有請求權，因為歐洲人權公約沒有給予這樣的

²¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, CASE OF VAN DER MUSSELE V. BELGIUM, JUDGMENT of 23. Nov. 1983, <https://www.legal-tools.org/doc/cc21cc/pdf/>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 10 日）。

²² Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, S. 67, Rn. 13.

²³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, CASE OF

VAN DROOGENBROECK V. BELGIUM, JUDGMENT of 24. June 1982, <https://www.legal-tools.org/doc/c3f464/pdf/>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 10 日）。

²⁴ Dörr/Grote/Maruhn (Hrsg.): EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl., 2013, Band I, S. 628, Rn. 21.

²⁵ Deutscher Bundestag (Fn. 20), S. 8.

規則。從而，歐洲人權法院（及其前身歐洲人權委員會）是將任何受刑人、申訴人要求報酬或更高的報酬的申訴皆以不允許駁回。但是綜觀了1987年與2006年的歐洲監獄規則後，歐洲人權法院承認，為了實現在剝奪自由期間勞動的「正常化」發展，給予受刑人報酬之趨勢是可以識別出來的²⁶。不過，歐洲人權法院仍然不願連結這種趨勢，反而是主張，以2004年的歐洲基準，還沒有進展到由歐洲人權公約第4條的規定可以導出公約成員國對於受刑人勞動應無條件地支付工資報酬²⁷。同樣地，在「Stummer v. Österreich」案²⁸中，歐洲人權法院針對會員國對有勞動的受刑人是否必須納入社會保障體系，尤其是在社會保障體系中的退休保險的問題給出決定。其指出絕大多數的會員國有將受刑人納入社會保障體系中（即失業、疾病和意外的保障），只有少數會員國將受刑人納入養老保險制度。歐洲人權法院也承認，自從六〇年代的「Einundzwanzig inhaftierte Personen vs. Deutschland」（21名受刑人

控訴德國）案起，在刑事政策領域的重要發展都是2006年的歐洲監獄規則的反映，但是歐洲的法律發展對於受刑人應該納入國家養老金制度幾乎沒有達成共識²⁹。

根據經社文公約第6條而來關於勞動的權利，還有第7條明文規定的請求給予公平與良好的勞動條件以及第9條的社會安全保障之權利，有關剝奪自由期間受刑人勞動的設置型態，特別是勞動條件和社會保障，在法律文獻中也只有在經社文公約第6條以及公民與政治權利公約第8條第3項第c款第i段禁止強迫勞動的例外情況下才有加以討論³⁰。關於剝奪自由期間受刑人勞動的報酬問題，聯合國經濟、社會和文化權利委員會則是將經社文公約第6條擴展到比起國際勞工組織第29號公約第2條、歐洲人權公約第4條及歐洲人權委員會在上述案例的意見更廣泛的看法，其認為依經社文公約第6條受刑人有權請求合宜的報酬，而這樣的態度也反映在聯合國經濟、社會和文化權利委員會第23號決議（2016年）的一般性意見中³¹。

然而迄今為止，聯合國人權委員會幾乎沒有機會對於公民與政治權利公約第8條第3項第c款第i段的例外情況之內容和限制提出看法。在「Radosevic v.

²⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, CASE OF ZHELYAZKOV V. BULGARIA, JUDGMENT of 9. Oct. 2012, FINAL 09/01/2013, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-113750&filename=001-113750.pdf>（最後瀏覽日期：2018年4月10日）。

²⁷ 同前註。

²⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, CASE OF STUMMER V. AUSTRIA, JUDGMENT of 7 July 2011, http://www.menschenrechte.at/orig/11_4/Stummer.pdf（最後瀏覽日期：2018年4月10日）。

²⁹ Deutscher Bundestag (Fn. 20), S. 9.

³⁰ Deutscher Bundestag (Fn. 20), S. 10.

³¹ Deutscher Bundestag (Fn. 20), S. 11.

Germany」案³²中，聯合國人權委員會考慮到公民與政治權利公約第 8 條第 3 項第 c 款第 i 段所謂的「通常」一詞是指該勞動措施必須合於受刑人的社會融合，但其授權各個會員國自行設置再社會化的模式，而且公民與政治權利公約第 8 條第 3 項第 c 款第 i 段同樣地也沒有包括給予相當合宜報酬的規定，因而這是屬於各會員國的裁量，是否要對受刑人勞動給予報酬。

二、德國監獄行刑法與聯邦憲法法院有關受刑人工資之依據與發展

（一）德國監獄行刑法第 43 條及第 200 條規定

德國聯邦監獄行刑法第 43 條第 1 項規定，受刑人勞動可獲得工資報酬，以及經由監禁中外出的休假或者從釋放時點計算之工作免除，皆是獲得承認的。第 2 項規定，凡受刑人從事被指定的工作，其他工作或者根據第 41 條第 1 項第 2 句的輔助活動³³，他應該獲得工資報酬。工資報酬的計算是在第 200 條規定以德國社會法典第四部第 18 節所規定

之基礎（基本工資，Eckvergütung）作為計算比例基底。每日費率是基本工資的二百五十分之一；報酬可以按小時計算。第 3 項規定，可根據受刑人的表現和工作類型對工資進行分級。如果受刑人的工作不符合最低要求，報酬可以被削減達基本工資的 75%。第 4 項規定，受刑人被分配與工作治療有關的活動，以及活動的表現與他的工作相符，即可獲得工資報酬。第 5 項規定，報酬應以書面形式向受刑人宣布。而第 200 條則是規定，根據第 43 條給予的工資報酬是德國社會法典第四部第 18 節所規定之基礎的 9%。

（二）聯邦憲法法院 1998 年 7 月 1 日判決

在 2000 年之前的德國聯邦監獄行刑法第 200 條規定的受刑人工資報酬是所有法定養老保險者平均收入的 5%。此規定遭受刑人提出憲法訴訟，聯邦憲法法院 1998 年 7 月 1 日做出判決³⁴，指摘監獄行刑法第 200 條與來自於基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項及第 20 條第 1 項的再社會化要求不相符。判決主文有三點：（1）在憲法的再社會化要求下充監獄中勞動是獲得認可的。監獄行刑法（StVollzG）第 200 條目前規定的報酬是法定養老保險中所有受保人平均

³² HUMAN RIGHTS COMMITTEE, MARIJAN RADOSEVIC V. GERMANY DECISION (84th Session 11-29 July 2005), http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2005.07.05_Radosevic_V_Germany.Htm（最後瀏覽日期：2018年4月10日）。

³³ 依德國聯邦監獄行刑法第41條第1項第2句規定，受刑人每年可被賦予義務從事監獄內的輔助活動達3個月，此外若獲得其同意者亦同。

³⁴ 該判決內容請見德國聯邦憲法法院網站 <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/1998/bvg98-073.html>（最後瀏覽日期：2018年4月10日）。

收入的 5%，這是不符合憲法上再社會化的要求，因此監獄行刑法第 200 條違反基本法。但是該規定可以持續到新的法定條款通過——最遲至 2000 年 12 月 31 日為止。(2) 受刑人的法定勞動義務符合基本法。然而，從憲法出發之強制勞動的分配必須是在公法上服務職責相連結的刑事執行機構，並且僅限於此等機構。(3) 受刑人沒有被納入養老保險不違反基本法。

該判決的理由指出³⁵，憲法要求監獄行刑是以促成受刑人再社會化為目標而設置，依基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項，每個受刑人都擁有來自於基本權的請求權，對於加諸在他身上的措施是足以達成此一目的。再社會化不僅要求應促使受刑人有能力且有意願地過著負責任的生活方式，它也為公眾提供保護：其中牽涉到自身的利益，亦即犯罪者不要再犯而再次傷害其同胞和社會。立法者有義務發展有效的再社會化概念並依此規劃監獄行刑，並且立法者有更進一步的設置空間俾以實踐再社會化。它可以在所有可用的認知之評估下獲取規則，也可以在顧及到成本的後果以及在與其他國家任務的等級與緊迫性中得到兼容。只有在完成工作中得到適當的認可下，監獄行刑中的工作才是有效的再社會化工具。其必須能夠對受刑人呈現出此價值，即經常性的工作可以為將來的自力更生以及無犯罪的生活帶

來實在的好處。這樣相應的認可，可以是金錢的方式，但也可以是其他方式。在監獄行刑中，除了以金錢支付工資之外，還可以考慮發展社會保險權利或者協助償還債務。透過由內部財政支持的強制勞動所型塑的再社會化法律概念，只有在受刑人獲知報酬的最低額是對於維持生存基本支出是有意義時，才能促成憲法所要求的再社會化。但是，立法機關可以考量監獄行刑的典型情況，特別是與市場的距離應納入考量。對企業而言受刑人的勞動力成本以及與其他產品的可能競爭作用也會扮演角色。這就是為什麼立法機關在這裡要進行廣泛的評估。立法者還可以通過將受刑人納入社會保障體系作為強制勞動的認可，不過審判庭指出，基本法不強迫將這種保障擴展到監獄行刑中的強制勞動。

判決理由也指出³⁶，依監獄行刑法第 43 條從事強制勞動的受刑人原則上有權請求工資報酬，這是符合憲法的。立法機關在不違反平等原則的情況下（基本法第 3 條第 1 項），設定了最低工資為依循基準，以達到避免受刑人收入差別過大及對於監獄生活造成不利影響之目標。因而允許監獄行刑法第 43 條第 2 節薪資分級的規定，讓法律可以考慮到個人情況以及符合事實之適當為薪資區分。然而，對於監獄行刑法第 200 條第 1 項的工資報酬計算與憲法對再社會化的要求是不相符的。在目前的水準

³⁵ 同前註。

³⁶ 同前註。

上，這樣的額度不能為再社會化做出貢獻，因為受刑人無法透過他實際上獲得的工資在最低程度上被說服，他所付出的勞動對於創造一個生存的基礎是有意義的。根據社會法的計算額度，1997 年是每小時約 1.70 馬克的報酬。平均而言是不會使受刑人每月超過 200 馬克。這並不符合再社會化規定所要求的最低標準。

此外，審判庭亦表示，憲法上也沒有反對以特別的／尚未制定的聯邦法律將受刑人納入法定養老金保險。經由該尚未生效的法律規定可以見到，立法者是認為是以法定社會保險之計算金額 5 % 為基礎將受刑人納入社會保障體系。但這樣的社會保障法律對受刑人而言既不符合憲法對再社會化的要求，也不符合平等原則（基本法第 3 條第 1 項）。相反地，根據聽證會上的社會保障法專家的觀點，必須從平等的角度來正當化受刑人的社會保障。

（三）聯邦憲法法院 2002 年 3 月 24 日裁定

德國聯邦監獄行刑法在 2000 年將第 200 條規定修正為受刑人工資報酬是所有法定養老保險者平均收入的 9%。這個新規定又遭提出違憲的訴訟，而聯邦憲法法院審查庭在 2002 年 3 月 24 日裁定³⁷認為，提出聯邦監獄行刑法第 200

條新規定乃違憲的主張不被接受，可進行判決。其裁定理由表示，在 1998 年審判庭的判決中已說明，當時適用的規定將受刑人最低工資訂為法定社會保障額度的 5%，這與憲法對再社會化的要求是不符合的。所以，立法機關當時訂定了新的規定，從法定社會保障額度的 5% 增加到 9%，並且結合了透過工作減少監禁時間或者獲得其他監禁和緩措施的可能性。這個新法在隨後被提出許多憲法訴訟，但其合憲性聯邦憲法法院第二審判庭的第三審查庭認為此已由 1998 年的判決發展出的標準加以確立了。

該審查庭接著指出³⁸，立法機關要以何等方式以及範圍來支付受刑人強制勞動的工資報酬，聯邦憲法法院只能在限縮的範圍內進行審查。聯邦憲法法院的任務不在於從監獄行刑政策的角度來決定是否需要增加工資。立法者有一個廣泛的憲法上的自由裁量空間來發展型塑受刑人工資報酬的有效概念。伴隨著勞動力市場中高失業率和公共債務等總體經濟形勢而造成監獄勞動生產進一步惡化，裁量空間將會被縮減。若進而發生勞動力成本和收入失衡造成生產力下降以及監獄工廠被關閉的威脅下，這將會把由勞動來實現再社會化的理念推得更遠。只有在與受刑人獲保障的其他福利結合，受刑人工資數額才能從憲法上加以爭執，倘若由給予最低基準就能夠

³⁷ 該裁定內容請見德國聯邦憲法法院網站 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2002/bvg0>

2-048.html（最後瀏覽日期：2018年4月10日）。

³⁸ 同前註。

說服受刑人的勞動對於維持生計是有意義的，這明顯是不適當的。由此而言標準的新法規訂定的基準仍符合憲法再社會化條款的要求。立法機構仍然保有憲法允許的參考額度之外部最大界限。審查庭繼而表示，除了受刑人的工資外，依附於所承擔的工作之減刑規則也是特別重要。早日獲得自由之期盼對受刑人來說具有如此重要的地位，因此它適合作為執行再社會化目標的手段。但是，關於工資報酬的額度與給予的減刑範圍，立法機構仍然認為不要固定明文下來，而是要引入持續的審查。

（四）聯邦憲法法院 2015 年 12 月 16 日裁定³⁹

提出本件憲法訴訟者是在 Rheinland-Pfalz 邦的監獄中服刑的受刑人。其原來根據聯邦監獄行刑法的規定是被賦予義務在印刷／裝訂部門工作，並在 2013 年 5 月 31 日前因其勞動獲得了金錢工資報酬以及非金錢性質的報酬補償。2013 年 6 月 1 日起，Rheinland-Pfalz 邦的邦監獄行刑法（LJVollzG）生效，該法案在很大程度上取代了聯邦監獄行刑法。新法取消了非金錢性質的報酬補償部分而且認為無需由其他措施取代。邦立法者主張新的監獄行刑理念，認為受刑人勞動——與聯邦監獄行刑法

不同——並不是再社會化目標的核心，而只是其中之一。而且，新法不再規定強制勞動，而是讓受刑人自由選擇是否從事勞動。新法認為來自再社會化需求而承認勞動的適當性僅僅適用於那些被強制分配勞動或指派工作或被賦予義務從事輔助工作的受刑人。提出憲法訴訟者自 Rheinland-Pfalz 邦的邦監獄行刑法生效後繼續自願在印刷／裝訂部門工作，向監獄管理部門請求延續非金錢性質的報酬部分。該受刑人對於監獄的拒絕提出法律救濟，訴訟被駁回後提出憲法訴訟，其特別指摘 Rheinland-Pfalz 邦的邦監獄行刑法違反了再社會化需求的規定。

本件憲法訴訟被予以不受理裁定，因為憲法法院的審查庭認為本件沒有符合實質性的補充原則。不過，關於邦立法機構和 Rheinland-Pfalz 邦的邦法院對受刑人工資報酬的解釋，聯邦憲法法院審查庭認為需要給予以下的說明：

- （1）憲法要求監獄制度的目標是使受刑人再社會化。每個受刑人享有此一憲法上的請求權，通過加諸在他身上的措施來符合再社會化目標。再社會化需求賦予立法者義務，應該發展一個有效的再社會化概念並且依此建立監獄系統。
- （2）憲法上的再社會化要求並沒有使立法者要確立具體規定。因此，立法者原則上可以自由地將除了勞動以外的其他措施考慮在內以因應再社會化要求。然而，受刑人在監獄中

³⁹ 該裁定內容請德國聯邦憲法法院網站 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/bvg16-007.html>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 10 日）。

的勞動在Rheinland-Pfalz邦已不再是再社會化的重要手段，這似乎令人困惑。即使對於再社會化概念的檢視及其實際執行情況的最終評價是必須的，但仍然有懷疑，認為不用透過勞動可以達到再社會化的充分保證。尤其是因為治療、精神疾病治療以及培訓與資格認證等措施不可能填滿受刑人的日常生活，而且這些措施應該只是為部分受刑人所考慮的。因此，即使Rheinland-Pfalz邦的邦監獄行刑法生效後，受刑人的勞動仍然是一個重要的再社會化要素，這應該是可接受的。

- (3) 只有在所承擔的工作得到充分的認可時，監獄行刑中的勞動才是一種有效的再社會化手段。這一原則不僅適用於作為強制勞動分配給受刑人的工作，也適用於自願的勞動。通過支付工作報酬，無論是自願勞動還是強制勞動，都使得受刑人可以賺錢以履行日常生活支出的義務、減債、為犯罪行為的衡平賠償或購買物品。因此，出於同樣的目的，在這兩種情況下，都必須承認為受刑人提供定期工作的價值，以便為未來的獨立和無刑罰的生活帶來實實在在的好處。
- (4) 在Rheinland-Pfalz邦的邦監獄行刑法生效之前，聯邦監獄行刑法實行的工資報酬制度是金錢性質與非金錢性質的補償之結合，這是2002年聯邦憲法法院裁定的標的範疇。審

查庭認為該規定是「現今仍然可以接受」，並強調取決於所做的工作而給予休假的擔保，是符合再社會化要求。然而，在此立法者也必須對非金錢性質的補償範圍進行持續的審查。

- (5) 對於支付受刑人工資報酬的形式，立法機關是擁有相當有利的裁量空間，因此可以有新的立法理念。但是在監獄行刑中的工資報酬必須始終足以滿足再社會化的要求。以何種方式來實踐是由立法者加以決定。

三、小結

由上述國際公約以及德國聯邦憲法法院對於受刑人工資報酬及相關社會保險是否適用等問題的看法，大致可歸納如下：從對受刑人勞動給予報酬國家的裁量之看法，逐漸進展到國家對於受刑人的勞動應給付工資報酬，或者認為受刑人有權向國家請求合宜的報酬，而如同德國在法律中明文對受刑人勞動應支付工資報酬。不過，由於受刑人勞動是與再社會化產生連動，從而除了工資報酬外，其他依附於工作勞動之具有再社會化作用的非金錢性質之報酬補償措施（諸如減刑或監禁和緩措施）也是可納入考量。至於工資報酬的額度，應賦予立法機關考量國家財政與勞動市場及受刑人基本需求，在不違反平等原則的情況下，以立法裁量來型塑支付受刑人工資報酬的方式與範圍，但不可忽視的是，

在受刑人勞動量與獲得的工資報酬額度在實踐上應進行審查，以確保受刑人未過度勞動。此外，與勞動相關的社會保險，在有給付受刑人勞動之工資報酬情形下，已有許多國家將受刑人納入諸如失業、疾病和意外之社會保險，此已非難以克服的問題，惟有某些社會保險種類，諸如養老保險是否納入仍有爭議。

肆、受刑人勞動與工資報酬之實務狀況

一、Baden-Württemberg邦 2000年受刑人工資報酬實務狀況之調查⁴⁰

（一）背景說明

由於上述 1998 年聯邦憲法法院宣告聯邦監獄行刑法有關受刑人工資的規定違憲，必須在兩年修法。因而位於 Tübingen 的邦審計局對於 Baden-Württemberg 邦的監獄進行受刑人工資報酬的調查。在 1999 年，Baden-Württemberg 邦在對監獄中受刑人勞動所支出的花費是 1,300 萬馬克，而額外繳納的失業保險金額的 1,300 萬馬克尚不包括在內。受刑人的工資在 2000 年以前是以所有受保險者的平均工資的 5% 為基本報酬。如上述，根據 1998 年 7 月

1 日聯邦憲法法院的判決，這項受刑人工資金額的規定與基本法不相容，並要求在 2000 年底之前訂定新的法律。關於受刑人工資報酬的新規定，基本報酬從 2001 年 1 月提高到平均工資的 9%，例外情況是成人羈押者。根據邦司法部的概算，這使該邦增加了近 1,000 萬馬克的預算支出。受刑人工資的新規定乃位於 Tübingen 的邦審計局要對全邦受刑人工資報酬的實務做法進行調查的原因。在 2000 年 5 月，共有 5,830 名受刑人在該邦監獄設施中至少有部分工時的勞動。由於輪班緣故，等於受刑人會同時在兩個職位上工作，這些受刑人的勞動共計有 7,082 件工資報酬。這些結算案例可作為以下計算的參考。

（二）工資結構（Lohnstruktur）

受刑人的工資報酬包括基本工資和可能的津貼。基本工資是作為每小時工時或是作為績效所支付的報酬。績效工資是以時間規律型式而立基於付出的時間來計算的。2000 年的基本工資是每日工資為 10.75 馬克、每小時工資為 1.54 馬克。基本工資是根據各自工作的要求分為五個等級，工資數額和相應的要求如下表中所示。

⁴⁰ 本文以下有關該調查的內容請見網頁：
<http://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/de/veroeffentlichungen/denkschriften/11712/12502.html>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 10 日）。

表 1：Vergütungsstufen im vollzuglichen Arbeitswesen
在監獄行刑中勞動狀況的工資報酬等級

Vergütungsstufe 工資報酬等級	Lohnhöhe 薪資額度（周薪）	Arbeit/Tätigkeit 工作/活動
I	75	Einfacher Art 簡單的種類
II	88	Wie Stufe I, erfordert jedoch eine einarbeitszeit 如同第一個等級，但是需要有一段投入工作的期間
III	100	Wie stufe II, Zusätzlich durchschnittliche Anforderungen an die Leistungsfähigkeit und Geschicklichkeit 如同第二個等級，額外加有對於承擔能力與技能的平均要求
IV	112	Setzt Kenntnisse und Fähigkeiten eines Facharbeiters oder gleichwertige Anforderungen voraus 專業工作或等同要求之認知與能力為前提
V	125	Erfordert über die Stufe IV hinaus ein besonderes Maß an Können, Einsatz und Verantwortung 超越第四等級要求對於投入與責任能夠有特別的程度

資料來源：<http://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/de/veroeffentlichungen/denkschriften/11712/12502.html>.

說明：除基本工資之外，受刑人還可因工作不便、加班以及在不利的时间工作獲得績效津貼。如果工作表現處於正常範圍內，根據 1995 年 4 月 5 日的司法部的一般性命令，不應授予任何績效津貼，並且只能在最高時數時獲得最高的津貼。時薪工資可達基本工資的 30%，績效工資可達基本工資的 15%。在 2000 年 5 月的績效津貼部分已超過所有已支付津貼的 93%。在審查中這一點有被仔細的觀察。

（三）時薪中的工資報酬等級 （Vergütungsstufen im Zeitlohn）

監獄會將受刑人的工作分類而有不同的工資報酬等級。表 2 是以五個監獄為例來比較這五個監獄的受刑人工作的結構。這五個監獄有 35% 的工作是屬於工資等級第四級和第五級，這些工作至

少需要熟練的知識和技能，其範圍在結算的件數中占比為 14% 到 45%。審計局知悉，應該以個人工作來歸類薪資等級而進行評估，因此監獄的比較僅具有條件意義。但是，在比較的監獄中觀察到的工作類別有的差距過大。

表 2：Verteilung der Vergütungsstufen im Zeitlohnbereich im Mai 2000
2000 年 5 月在時薪範疇之工資報酬等級的分布

Justizvollzugsanstalten 監獄	Zahl der erfassten Abrechnung im Zeitlohn 時薪之計費的數量												
	Gesamt 總數	Davon in Vergütungsstufe 其中的工資報酬等級											
		I	%	II	%	III	%	IV	%	V	%	VG29	%
Bruchsal	441	51	11.6	39	8.8	147	33.3	133	30.2	64	14.5	7	1.6
Freiburg	374	22	5.9	35	9.4	147	39.3	121	32.4	49	13.1	0	0.0
Heilbronn	397	44	11.1	59	14.9	142	35.8	118	29.7	25	6.3	9	2.3
Heimsheim	236	11	4.7	81	34.3	111	47.0	32	13.6	1	0.4	0	0.0
Mannheim	494	36	7.3	114	23.1	197	39.9	97	19.6	42	8.5	8	1.6
	1942	164	8.4	328	16.9	744	38.3	501	25.8	181	9.3	24	1.2

資料來源：<http://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/de/veroeffentlichungen/denkschriften/11712/12502.html>.

說明：VG29 是指受刑人從事工作治療，其可獲得的是工資第一等級的 75%。

(四) 績效工資中的工資等級與 時間級距 (Vergütungsstufen und Zeitgrade im Leistungslohn)

受委任的工作可得的績效工資並不需要熟練的知識和技能，其類別通常發生在工資報酬等級 I-III，大約有 97% 的工作歸類在這些工資報酬等級。在績效工資中薪酬主要取決於工作量，為此有必要設置進行的時間並根據完成的工作量進行調整。根據工資規則，如果大多數受刑人的時限超過 40%，則必須作出調整。將實際工作時間除以支付的工作時間即可得到所謂的時間級距。對於

所有的有償服務，2000 年 5 月邦的平均時間級距為 120.8%，個別監獄的顯示範圍在 97% 至 143% 之間。即使在可相比的監獄中也是有 105% 至 133% 的時間等級。16% 的監獄中營運事業以及 18.3% 的所有績效工資的案例中，時間級距超過 140%。時間級距超過 100% 的時候，審計局認為原則上還是合理的。然而，經調查出的平均全邦時間級距為 120.8%，並且在 16% 的監獄中營運中平均逾越付出的時間已超過 40%，顯示在某些地區付出的時間過多。在某些個案中錯過了對規定時限的審查和調整。付出時間的超時通常只能在部分短期訂單結束時確定，特別是在商業企業的情況

下。儘管如此，為了在中期內調整超過的時間，還需要對時間級距進行審查。

(五) 績效津貼 (Leistungszulagen)

績效津貼不能在正常工作情形下獲得，只能在最高時數下獲得最高津貼。表3列出了2000年5月的實際津貼分配情況。績效津貼在所有結算的案例中占73.7%，在兩個監獄中，每一個工作的受刑人皆有獲得績效津貼，達95%與97%。所有已結算的案例中有大約72.5%獲得時薪工資報酬，在這些案例中有74.8%

獲得績效津貼。在時薪工資中最大可能的績效津貼是達30%，在所有的時薪收入者中全邦的平均是18.5%。在所有結算案例中有大約27.5%獲得績效工資，在這些案例中有71%獲得績效津貼。在績效工資中最高允許的績效津貼為15%；在所有獲得績效工資者中全邦平均則有10%是獲得績效津貼。在2000年5月時共支付了166,132馬克的績效津貼、時薪138,362馬克以及績效工資27,770馬克。全年對此支付了約200萬馬克。

表3：Gewährung von Leistungszulagen
績效津貼的給予

Justizvollzugsanstalten 監獄	Abrechnungsfälle insgesamt 總共計算的件數	Gewährte Leistungszulagen 給予績效津貼	
		Abrechnungsfälle 計算的件數	%
Adelsheim	563	247	43.9
Bruchsal	628	436	69.4
Freiburg	515	412	80.0
Heilbronn	572	456	79.7
Heimsheim	460	321	69.8
Hohenasperg	169	97	57.4
Karlsruhe	168	55	32.7
Konstanz	95	80	84.2
Mannheim	810	629	77.7
Offenburg	119	100	82.6
Pforzheim	206	160	77.7
Ravensburg	420	347	82.6
Rottenburg	712	641	90.0
Rottweil	86	84	97.7

Schw. Gmünd	413	357	86.4
Schw. Hall	432	323	74.8
Stuttgart	416	240	57.7
Ulm	228	168	73.7
Waldshut-Tiengen	70	67	95.7
Gesamt	7082	5220	73.7

資料來源：<http://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/de/veroeffentlichungen/denkschriften/11712/12502.html>.

大多數在崗位上的受刑人皆被監獄人員評斷為平均工作能力或工作意願不佳。但由於受刑人無法在正常工作中獲得績效津貼，根據審計局的看法，半數在崗位的受刑人應該獲得最大限度的績效津貼。這才是更接近實際工資報酬的水準。由於績效津貼的最大值是在最大承擔時所支付的，從而應支付的津貼額度不該超過所有受刑人平均月收入的一

半範圍為適當。因此，作為全邦取向值的績效津貼，時薪工資最高應達基本工資總額的 7.5%（50%的津貼收受者加上 15% 的平均津貼），績效工資最高應達基本工資總額 3.75%（50% 的津貼收受者加上 7.5% 的平均津貼）。表 4 列出了與這些基準相比 2000 年 5 月獲得的實際津貼。

表 4：Vergleich der gewährten Leistungszulagen mit den Orientierungswerten des RH (Mai 2000)

以審計局取向值為比較之已支付的績效津貼（2000 年 5 月）

Bereich 範疇	Gezahlter Grundlohn (DM) 已支付的基本 工資（馬克）	Gezahlte Leistungszulagen (DM) 已支付的績效津貼（馬克）	Orientierungswert Leistungszulagen (DM) 取向值的績 效津貼（馬克）	Differenz (DM) 差別
Zeitlohn 時薪	746,000	138,362 (18.5%)	55,950 (7.5%)	82,412
Leistungslohn 績效工資	276,176	27,770 (10.1%)	10,357 (3.75%)	17,413
Summe 總額	1022,176	166,132	66,307	99,825

資料來源：<http://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/de/veroeffentlichungen/denkschriften/11712/12502.html>.

（六）給司法部的意見和結語

審計局基於上揭調查結果於 2000 年 10 月向司法部請求，在受刑人工資報酬即將提升過程中，在全邦範圍內對受刑人工資報酬進行審查，並提出財務結果報告。司法部對於審計結果並不打算提出異議，並已向監獄機構發出相應的命令。在實施轉換措施後，司法部打算關注一個日曆月的工資報酬以調查對財政的影響。依審計局的觀點，工資報酬的分級、績效工資中的平均時間級距與績效津貼的給予，應包括在可行的勞動系統的持續監督中。

二、2005 年法國、德國與英國之監獄勞動任務與規劃比較研究的簡介

受刑人勞動是幾個世紀以來監獄行刑中的一個重要事項。近年來有關受刑人勞動在許多歐洲國家受到批評，也就是由於缺乏工作機會、低工資、法律保護不足、單調的就業機會等因素，無法透過受刑人勞動來實現監獄行刑之再社會化任務。這些批評是否合理？歐洲國家在立法與實踐上是否符合監獄當代受刑人勞動的任務和要求？在監獄裡經常有理論與實踐之間的差距，為了探討監獄中勞動對於受刑人而言是有何等程度助其重返社會，Fischer 女士在 Européen Associé 聯盟的協助下，於 2001 年至 2002 年間針對歐洲三個國家（法國，德國和英國）的監獄受刑人勞動進行了實

證比較研究計劃。該研究計劃的調查範圍是每個國家三個男性監獄⁴¹，其中被判處三年以上徒刑的受刑人。在 2001 年 12 月至 2002 年 5 月間向 20% 有在工作的受刑人發放問卷（三種語言），從受刑人的角度闡明工作和重新融入社會的探討。此外，每個監獄與五個有工作的受刑人及五個沒有工作的受刑人進行詳細的訪談，還有與監獄中受刑人工作部門的負責人、工作場所人員、工作委託者、社會工作者等進行詳細的訪談。Fischer 女士之調查成果於 2005 年成為其博士論文加以發表。

該實證調查的結論認為⁴²，一般對於這三個國家的受刑人工作的指責在很大程度上都是合理且正確的：

1. 監獄的工作率為 46% 至 87.8%，中位數為 61.4%。雖然這是比全國監獄所有類別的工作平均工作率要高得多（在法國和英國略低於 50%，在德國略高）。但是相對而言，卻是有近 20%，甚至在長期監禁是達 30% 的無工作率是令人難以接受的。

2. 工作類型與質量是非常不同：三所德國監獄的特點是在自己的工廠進行

⁴¹ 分別是法國的 Maison centrale d'Ensisheim、Centre de détention de Montmédy、Maison centrale de Poissy。德國 Bayern 邦的 JVA Straubing、JVA Kaisheim、Hessen 邦的 JVA Schwalmstadt。英格蘭的 HMP Frankland、HMP Swaleside、HMP Featherstone。

⁴² 該研究的簡介請見網站 <https://www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/kriminologie/lea/arbeit.html>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 10 日）。

各種各樣的工作類型，每個工場都提供了許多合格的工作和培訓機會。然而，在外部公司卻反而沒有相同的發現。在英國，由於經濟方面的考慮導致監獄內部自營的生產範圍減少到一個或兩個部門，其中是以流水線來組織工作流程。每個部門都會提供培訓機會。由於在生產部門的訂單日益減少而不足以應對日益增多的受刑人，英國監獄管理局尋求與更多民營企業聯繫，接洽他們是否能提供簡單的排序和組裝工作。在法國，

受刑人工作走向私營部門已經有很長一段時間了，但自營工作在監獄中僅占工作崗位的 11.2%。

3. 這三個國家的薪酬都遠低於一般工人的最低工資：相比之下，法國受刑人比德國和英國的受刑人稍好一些，尤其是考慮到法國相對較短的工作時間（30 小時）與德國（38.5 小時）相比之下。而英國的工作時間最短（平均約 24 小時），但工資水準卻更像是零用錢一般（見下表）。

表 5：Durchschnittlicher Wochenlohn
周薪平均

	Frankreich 法國	Deutschland 德國	England 英國
Werkstätte 工廠	€ 115.-	€ 60.-	€ 20-30
Hausarbeit 事務工作	€ 40.-	€ 40.-	€ 11.20

資料來源：<https://www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/kriminologie/lea/arbeit.html>.

4. 受刑人工作的法律地位不能與在私營企業的工作之法律地位相比較：主要是因為在監獄中受刑人不能與私營企業締結僱傭契約，因此，只有在立法者或普通法明確規定的情況下才適用通常與該契約有關的權利和社會安全網。德國和法國將通常的社會保險和安全標準基本上擴展到了監獄，但不是適用勞動法，受刑人沒有機會在個人或集體的基礎上影響僱傭關係。最受批評的是缺乏解僱保護，如果一個受刑人想要結束他的工作，他只能期望他會被置於輪候名單的末尾，而如果有這個名單的話。勞動者可獲得的法律申訴措施或者不存在

或者很難獲得。法國是歐洲唯一取消在監獄勞動義務的國家，正式規定了懲罰和勞動的分離。在英國，受刑人可以問自己是否具有法律地位，蓋因受刑人勞動既不提供社會保險，也不提供勞動法保護措施。即使在發生事故的情況下，也要承擔監獄管理部門未能履行保護責任的舉證責任。必須補充的是，平心而論各國監獄有經常性的工作安排，但這些只能是依賴於良好的善意和當地監獄管理與勞動管理部門，其並沒有法律依據可加以請求。

伍、受刑人勞動與再社會化及其實踐之德國經驗

近年來德國獄政實務嘗試了不同的模式，以增進受刑人在專業能力上與社會能力上的資格。蓋因人們發現，向來監獄中受刑人勞動的系統或許不符合勞動市場上所需要的能力資格，也或許無法創設財力的基礎，又或許無法促進受刑人對工作勞動產生正面的思維，因而認為監獄中受刑人勞動的組織與設置需要重新規劃。以下將介紹Nordrhein-Westfalen邦的兩個計畫模式，其被認為對致力於受刑人再社會化的支持是具有特別的成效。

一、職業進階計畫：MABiS⁴³

由Nordrhein-Westfalen邦推展的為受刑人釋放後的職業進階計畫（全稱是Marktorientierte Ausbildungs- und Beschäftigungsintegration für Straftentlassene，簡稱MABiS），其是由該邦的犯罪學部門進行概念推展與評估。這個計畫是對於受刑人之職業上的再社會化提供了所謂「三個支柱策略」(3-Säulen-Strategie)，三個支柱是指職業的資格、就業市場取向的釋放準備，以及工作伴隨的事後照護。為了讓受刑人能夠在釋放後與就業市場銜接，職業訓練措施是非常重要的，而且以避免再犯的角度，

這具有矚目的印象效果，此為第一個支柱。然而，倘若在釋放後沒有致力於尋得一個具體且與職業訓練措施相應的職位，減少再犯的效果就會落空。監獄行刑中職業訓練的促進，必須於受刑人仍在監時就增加進一步媒合其在釋放後進入就業或者再訓練之措施，才能改善他在觀護期間的狀況與降低再犯危險。這就是MABiS計畫發展與嘗試的第二個支柱，也就是以就業市場取向的釋放準備之再社會化策略。

MABiS計畫於1998年6月至2000年9月間在該邦的五個少年監獄中進行，其目標在於提高監獄行刑中職業促進措施的有效性，也就是透過增加監獄內部的機會提供使受刑人在釋放後能融入就業。該計畫的任務是希望建立一個監獄與就業市場之間更強化的媒合平台，使得受刑人在釋放後能夠尋得適合的工作或者訓練位置。它的做法是設立一個跨區域的資料庫銀行，建置有關監獄外部的職業訓練位置或工作位置提供者的訊息，凡遇有合適且有所準備者，少年受刑人即可在釋放後立刻進入訓練機構或企業中。其次，由監獄聘用合作人員與當地的機構或企業保持連繫，諸如職業仲介機構、工業與商業團體、雇主協會等，該合作人員可以掌握訓練機構位置或工作位置而媒合給受刑人。同時該合作人員也經由與受刑人的對談來審視其對於外部的就業措施之合適性，並且基於資料庫銀行所提供的訊息在受刑人釋放的時點進行就業媒合。

⁴³ 以下內容請見Katrin Hüttenrauch, Die Arbeit als Resozialisierungsfaktor: Eine empirische Studie zur Bedeutung der Arbeit während der Inhaftierungszeit, 2015, S. 161-164.

MABiS計畫的成效是明顯超乎預期，根據諮詢記錄，共有 935 個受刑人正式參與媒合就業的登記，其中有 34.4% 的受刑人是仍然在監中即已獲得確定的工作或訓練合約；有 14.9% 的受刑人獲得口頭並且是保留的位置之承諾；另有 14.3% 的受刑人是獲得未來媒介的建議。以這樣的比例來看，有將近 50% 的受刑人在釋放後是可以得到保留的及確定的工作位置，這樣的計畫成果使得Nordrhein-Westfalen邦司法部更加確信並決定，運用歐盟社會基金繼續推展這樣的受刑人就業促進計畫，並且推展到該邦的十一個監獄，而Bielefeld-Senne監獄則是由該邦自己的財政預算來支應。同時，由這樣的計畫顯示，監獄本身無法單獨勝任受刑人釋放後的就業融入之任務，更必要的是，各個不同的機構，諸如觀護與犯罪者協助團體、職業仲介機構、社會暨住房局以及社會工作者應該在監獄內部共同合作，並且建立一個媒合與個案管理的網絡平台。此外，更要致力於確保資格化與媒合效果的持續，為了使受刑人就業狀況能夠儘可能的維持，而且避免發生就業中斷的危險，應該提供再融入策略的第三個支柱，也就是監獄行刑外的就業陪伴之後續照護。

因此，MABiS計畫在 2002 年增加一個新的典範計畫，稱為MABiS.NeT。MABiS.NeT是為了提升媒合的有效性，透過增加諮詢及支持的措施來強化監獄行刑中的職業資格與就業市場取向

的釋放準備階段，特別是對於職業訓練或就業中斷之預防要採取有效的媒合。NeT的意思就是對於確保職業訓練或就業持續性之後續照護的諮詢網絡、運用電腦系統支持的媒合平台以提升就業市場取向的釋放準備階段之效率，以及在地區性或跨區域性的訊息網絡中轉介良好的工作以改善司法部門與就業市場的企業主之共同合作。為連結MABiS計畫先前的成果，MABiS.NeT在Nordrhein-Westfalen邦作為司法部的特別計畫持續進行。

二、INA典範計畫⁴⁴

INA計畫是一項嘗試並且發展過渡階段管理（Übergangmanagement）的擴展之典範計畫，其致力於提高受刑人在釋放後的就業再融入機會，藉此降低再犯危險。這項計畫是在 2009 年 7 月到 2011 年 9 月間執行，是由Nordrhein-Westfalen邦的司法部與勞動、健康、社會部在歐盟社會基金的支持下進行。這個計畫有三個中心實踐目標：融入計畫、網絡建構與就業市場融入。第一個目標是發展受刑人融入計畫，將受刑人的監獄行刑計畫擴展至釋放後期間的再融入計畫，其中聚焦於受刑人的職業再融入措施。第二個目標的基礎思考是建立地區性的網絡，使得就近連結監獄內部與外部的再融入措施成為可能，這必須創設出共同且超越組織的行動概念，特別是透過

⁴⁴ 以下內容請見Hüttenrauch (Fn. 43), S. 164-166.

加強引入非刑事司法角色的人員，諸如就業的仲介員、監獄外部的社會工作者或是雇主。

「三個支柱策略」在Nordrhein-Westfalen邦的MABiS計畫早已經有提出，INA計畫是希望填補這個系統的漏洞，也就是透過在監獄內部與外部不同的承擔者架構來主導與連結，並且發展為一個支持與網絡結構。融入計畫與建構網絡是INA計畫的重要支柱，然而這兩件事並非僅止於自身目的，反而是為了達成使受刑人能夠在釋放後融入就業市場或再訓練之主要目標。此即涉及後續照護的操作，亦即透過額外的媒介與穩定措施促進釋放後的受刑人融入就業市場，從而儘可能維持穩定的就業狀態。因為對於大部分的受刑人來說，要進入第一份工作的機會極少，所以要著眼於就業項目計畫與工作機會的媒介。特別是年輕的受刑人，對於就業市場以及就業項目計畫而言仍然是「合適的」(fit)，所以應該致力於媒介再訓練措施或者職業資格措施。為了要達到這樣的實踐目標，司法單位與就業市場的企業主之密切合作是必要的。亦即，要將「個案管理」(Case-Management)的行動概念導入監獄行刑中的社會工作傳統範疇，「個案管理」是作為一種持續的個案控管，應該是開始於監獄中為受刑人訂定的監獄行刑計畫，接下來是在監獄中執行特別著重連結能力之職業再融入措施，最後是釋放準備階段以及釋放後六個月的後續照護，具體進行對於融入就

業市場的媒介與穩定措施。在此INA計畫也重新訂定了供審查的工作標準，對於釋放準備階段以及與就業市場企業主之合作的轉讓架構加以審查，並且分析合作上的阻礙，俾以提供相關法律基礎的改善建議，尤其是對於社會法領域的修法發展的建議。

三、小結⁴⁵

上述兩個計畫的目標是在於透過不同組織機構的共同合作來促進受刑人的職業發展與就業市場融入，其基本思考在於創設一個過渡階段管理模式。在MABiS計畫中的MABiS.NeT發展出的就業市場取向之釋放準備階段措施以及就業陪伴的後續照護，其實是立基於過去在監獄行刑中原本就有在執行的受刑人職業促進方案，原本的方案的規劃與執行並沒有與過渡階段管理相互抵觸。而MABiS計畫的後續照護網絡的規劃是更獨立於傳統監獄行刑中職業計畫方案的設置，它的推展是優先建置監獄外部之協助犯罪者的自由工作者機構，然而由於自由工作者機構只是有條件地與監獄行刑的過程有所連結，而且也僅僅與地區的就業市場政策有部分的連結，所以導致監獄與後續照護承擔者之間的交接困難。INA典範計畫則是相對地嘗試透過各個參與的機構協助共建網絡來克服這個困難，而為了使兩個計畫有正式而清楚的區隔，INA典範計畫只在那些

⁴⁵ 以下內容請見Hüttenrauch (Fn. 43), S. 166-167.

沒有參與MABiS與MABiS.NeT的監獄中執行其計畫。

INA典範計畫的推行與繼續發展是被認為相當良好，Nordrhein-Westfalen邦的司法部長與勞動部長在2011年9月共同發布新聞通知，頒發了德國照護與個案管理團體（Deutsche Gesellschaft）創新獎給INA典範計畫，得獎的理由是：在受刑人融入就業市場的範疇上以貫穿監獄行刑之有效的個案管理，為未來監獄行刑的設置建構了一個標準。由這樣的說明可確認的是Nordrhein-Westfalen邦政府的刑事政策，亦即監獄行刑法中再社會化目標之委託是透過此等方式加以實踐，也就是對於受刑人的過渡階段與後續照護是以儘可能遍佈各角落的機構而組成廣泛的融入計畫來進行，與此相關的是將受刑人個人的監獄行刑計畫從在監獄行刑階段穿越釋放時點擴展至再融入計畫。為此需要建構地區性以及跨地區性的網絡，並且使監獄內部的處遇措施可以儘可能地與外部的再融入措施做無縫的連結。特別是在受刑人融入就業市場的範疇中應該將所有相關的企業體納入，以建構一個深入監獄行刑之有效的個案管理模式，俾以減少再犯。Nordrhein-Westfalen邦政府後來將MABiS.NeT計畫與INA計畫合併成一個稱為「Gemeinschaftsinitiative B5」的計畫繼續進行。此外，MABiS.NeT計畫也加入「Arbeitsgruppe Übergangmanagement Justiz und frei Träger」計畫以及由Sepp-Herberger基金會設立的

「Anstoss für ein neues Leben」計畫。

陸、結語

本文前言中提及的高雄大寮監獄挾持事件，事後監察院對該事件的調查報告指出⁴⁶：「受刑人入監所時，除符合矯正署所訂貧困補助標準者外，須自備內衣褲、寢具（棉被、枕頭、墊被）、拖鞋、保溫水杯、牙刷、牙膏、毛巾、香皂、洗髮乳、衛生紙、洗碗精、洗衣粉等日常生活所需物品。臺北大學犯罪學研究所周愷嫻教授表示：『受刑人每月須支出約500元相關費用。因此，目前獄所中超過九成之受刑人倘無足夠存款或有親友接濟，單靠目前在獄所中每月作業所得2、3百元之勞作金，顯無法支應日常生活用品所需開支』。本件高雄監獄6名受刑人於104年2月11日挾持人質奪取槍彈後，透過矯正署署長提出訴求表示：其等要在獄中服刑長達數十年，還要靠家人接濟；拖累家人，活得連尊嚴都沒有等語，確符實情，並為本件暴動越獄事件之重要起因之一。是本院於104年6月11日召開獄政問題諮詢會議，與會學者專家即強調，矯正機關應該明確訂定受刑人最低處遇標準或給養標準」；又指出「依據法務部統計矯正署所屬各矯正機關103年度受刑人參加作業總平均人數4萬7,977人，參與自營作

⁴⁶ 該事件監察院調查報告請見網址：
<https://www.cy.gov.tw/sp.asp?xdUrl=.%2F%2FCyBsBox%2FCyBsR1.asp&mp=1&ctNode=910>（最後瀏覽日期：2018年4月10日）。

業人數 4,395 人（約占 9.16%），從事委託加工作業人數 3 萬 6,526 人（約占 76.13%）。全台 42 個矯正機關中，從事自營作業受刑人每月平均所得勞作金最高為屏東監獄 11,822 元，最低為花蓮看守所 139 元，低於 500 元者僅 3 個監所，高於 1,000 元者高達 28 個監所；從事委託加工作業受刑人每月平均所得勞作金最高為明德外役監獄 1,790 元，最低為金門監獄僅 138 元，低於 500 元者高達 38 個監所，其中 7 個監所低於 200 元。各矯正機關從事不同作業之受刑人所得勞作金相差過鉅，易生不平之心，與聯合國「受刑人處遇最低限度標準規則」第 76 點矯正機關應建立受刑人工作公平報酬制度之規定不符，且大部分受刑人無法藉由作業所得勞作金維持日常生活所需，須長期依賴親友救濟，有損其人性尊嚴，致使 6 位受刑人以『靠家人接濟，活得毫無尊嚴為由』，鋌而走險，挾持人質，奪取槍彈，暴動越獄，矯正署核有違失」。

由此可知，我國監獄行刑有關受刑人勞動與工資報酬的問題僅停留在呼籲訂定受刑人處遇最低限度標準以及受刑人工作公平報酬制度之事，而且只聞樓梯響。本文上揭介紹關於德國與國際公約就受刑人勞動與工資報酬的討論與發展能引起我國在監獄行刑法制與實務上的改革推動。基此，本文最後試擬筆者對於我國監獄行刑法「作業」章節的修正建議條文如下表，主要的改革思維有：（1）監獄於促使受刑人社會復歸為目標下應提供受刑人作業項目與職業教育訓練措施，受刑人對於參與的作業項目或職業教育訓練措施有參與同意權；（2）監獄對於受刑人參與作業項目或職業教育訓練措施應給付勞作金，並且勞作金額度不得低於基本工資之一定比例；（3）監獄應為受刑人辦理勞工保險，由受刑人的勞作金支付勞工保險投保金額。

本文建議條文	監獄行刑法現行條文
第五章 作業與職業教育訓練	第五章 作業
第〇〇條（受刑人作業之義務與目標） I、受刑人除因罹患疾病、入監調查期間、因監獄紀律或安全考量或因法令規定，有不能或不得進行作業外，監獄應提供監獄的作業項目。 II、受刑人參與作業項目，應以促使其社會復歸為目標，經由與受刑人的會談及同意，於受刑人處遇計畫中訂定之。於服刑期間得依受刑人請求或依社會復歸之必要，適時調整受刑人的作業項目。 III、監獄應延聘具有專業之人員協同指導受刑人之作業項目進行。 IV、受刑人從事監獄內炊事、打掃、營繕、看護及其他由監獄指定之事務，視同從事作業。受刑人從事本項之事務，其遴選程序、資格條件與期間之辦法，由主管機關訂定。 V、監獄不得因受刑人拒絕接受作業項目而施予受刑人紀律或懲戒措施。	第二十七條 作業應斟酌衛生、教化、經濟與受刑人之刑期、健康、知識、技能及出獄後之生計定之。監獄應按作業性質分設各種工場或農作場所，並得酌令受刑人在監外從事特定作業；其辦法由法務部定之。 炊事、打掃、看護及其他由監獄經理之事務，視同作業。
第〇〇條（職業教育訓練措施） I、為促進受刑人社會復歸，經由與受刑人的會談及同意，監獄得提供教育或職業訓練措施。於服刑期間得依受刑人請求或依社會復歸之必要，適時調整受刑人的教育或職業訓練措施項目。 II、監獄應延聘具有專業之人員協同指導受刑人之教育或職業訓練措施進行。 III、受刑人參與教育與職業訓練措施，視同從事作業。 IV、前條第五項準用之。	第二十八條 作業時間每日六小時至八小時，斟酌作業之種類，設備之狀況及其他情形定之。
第〇〇條（作業或訓練措施等事項） I、監獄之作業項目、教育或職業訓練措施之方式，以自營、委託加工、受僱、承攬或其他型式為之。項目或訓練措施之開辦計畫及相關契約，應報經監督機關核准。 II、前項之項目或措施得在監內、外工場或其他特定場所為之。	第二十九條 受刑人之作業，應依前條作業時間與一般勞動者之平均作業能率為標準，酌定課程。作業課程不能依前項標準定之者，以前條作業時間為標準。 監獄得延聘當地工業技術人員協同指導受刑人各種作業技藝。

Ⅲ、第一項之項目或措施於監外進行者，受刑人應於指定時間內回監，必要時得向指定處所報到。 Ⅳ、第一項及第二項之監內外作業項目、教育或職業措施，其遴選程序、資格條件、編組作業、契約內容、安全管理方式及其他應遵行事項與違反效果，由法務部訂定辦法之。	
第○○條（時間） Ⅰ、作業、職業教育訓練措施的時間應考量作業或措施之種類、設備狀況、受刑人的身心健康狀況或其他情形訂之。 Ⅱ、前項時間每日不得逾八小時。若遇假日或平日逾八小時者，應支付較高之勞作金。其計算及給付分配辦法，由法務部定之。	第三十條 監獄承攬公私經營之作業，應經監督機關之核准。
第三十五條（暫停） Ⅰ、有下列情形之一者，得依受刑人請求或監獄長依職權，暫停作業、職業教育訓練措施： 一、受刑人之配偶、直系親屬或三親等內旁系親屬喪亡。但暫停期間最長以七日為限。 二、因其他情事而有必要時。 Ⅱ、前項第二款之情形，經受刑人請求繼續作業、教育或職業訓練措施者，從其意願。	第三十一條 停止作業日如左： 一、國定例假日。 二、直系親屬及配偶喪七日，三親等內旁系親屬喪三日。 三、其他認為必要時。 就炊事、灑掃及其他特需急速之作業者，除前項第二款外，不停止作業。 入監後三日及釋放前七日，得免作業。
第○○條（收支分配） Ⅰ、作業、職業教育訓練措施之收入扣除成本支出者，為作業贍餘，分配如下： 一、提百分之七十充前條勞作金。 二、提百分之十充犯罪被害人補償費用。 三、其餘撥充法務部矯正機關作業基金（以下簡稱作業基金）循環應用。 Ⅱ、前項第二款提撥犯罪被害人補償費用，應專戶存儲，並依犯罪被害人保護法規定支付。但受刑人所犯之罪，係屬無被害人之犯罪類型，毋庸提撥。 Ⅲ、第一項之成本支出明細應公告受刑人知悉。	第三十二條 作業者給予勞作金；其金額斟酌作業者之行狀及作業成績給付。 前項給付辦法，由法務部定之。
第○○條（勞作金報酬） Ⅰ、從事作業之受刑人應給付勞作金為報酬。 Ⅱ、從事第○○條第○項之事務及第○○條之職業教育訓練措施，亦同。	第三十三條 作業收入扣除作業支出後，提百分之五十充勞作金；勞作金總額，提百分之二十五充犯罪被害人補償費用。

Ⅲ、勞作金由作業贍餘支付。勞作金之額度不得低於勞動基準法第二十一條但書勞動中央主管機關所設基本工資審議委員會訂定之基本工資的六分之一。 Ⅳ、依作業項目之性質得支付較高之勞作金額度，其計算及給付分配辦法，由法務部定之。	前項作業贍餘提百分之三十補助受刑人飲食費用；百分之五充受刑人獎勵費用；百分之五充作業管理人員獎勵費用；年度贍餘應循預算程序以百分之三十充作改善受刑人生活設施之用，其餘百分之七十撥充作業基金；其獎勵辦法，由法務部定之。 第一項提充犯罪被害人補償之費用，於犯罪被害人補償法公布施行後提撥，專戶存儲；第二項改善受刑人生活設施購置之財產設備免提折舊。
第〇〇條（勞保） Ⅰ、監獄應為有從事作業項目或職業教育訓練措施之受刑人辦理勞工保險。 Ⅱ、受刑人之勞工保險金額，按其所得勞作金額度，依勞工保險條例第十四條第二項投保薪資分級表之額度辦理。 Ⅲ、受刑人之勞工保險金額，全額由受刑人所得勞作金支付。	第三十四條 易服勞役者，在監外作業。 前項易服勞役者監外作業辦法，由法務部定之。
無	第三十五條 受刑人因作業致受傷、罹病、死亡者，應發給慰問金。 前項慰問金由作業基金項下支付；其發給辦法，由法務部定之。
無	第三十六條 受刑人死亡時，其勞作金或慰問金應通知本人之最近親屬具領。無法通知者，應公告之。 前項勞作金或慰問金，經受通知人拋棄或經通知後逾六個月或公告後逾一年無人具領者，歸入作業基金。

參考文獻

一、中文部分

行政院研究發展考核委員會委託，周愨嫻（計畫主持），李茂生、林育聖、Bill Heberton（協同主持），我國矯正政策與管理機制之研究，2011年，臺北：行政院研考會（現名國發會）。

二、外文部分

Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl., 2013, Band I., München: C. H. Beck.

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 28. Edition 2016. 網址為 https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/BECKOK_28_BandVerfR/content/BECKOK%2Ehtm（最後瀏覽日期：2018年4月10日）。

Hüttenrauch, Katrin, Die Arbeit als Resozialisierungsfaktor: Eine empirische Studie zur Bedeutung der Arbeit während der Inhaftierungszeit, 2015, Baden-Baden: Nomos.

Prisoners' Work & Rehabilitation of Inmates

Ying-Chieh Lu^{*}

Abstract

The literature and prison administration practices in Taiwan rarely discuss the legal nature of the inmate's work, such as whether the inmate has the obligation to work? Or does the inmate have the right to request work opportunities? What is the purpose of the prisoner's work? What are the modes and boundaries of its practice? Whether the laws of other social security mechanisms can be applied to issues such as the labor of the inmates are not adequate. Secondly, the income of the inmates in prisons in Taiwan is extremely low, and it is difficult to cope with the expenditures on the daily necessities of supervision. This has always been a problem. Therefore, this article describes Germany's and related international conventions on the legal nature of the inmate's work, the purpose of the inmate's work, and the boundaries of the practice. It is supplemented by a description of the wage practice of the inmates in Germany and other countries, and the German model of practice based on the work of the inmates under the goal of Resocialization. It is hoped that by introducing foreign legal systems and experiences, it will serve as a reference for discussion on the subject of the inmate's work and income in Taiwan.

Keywords: prisoners' work, income of the inmates, rehabilitation of inmates.

* Professor of Law, Department of Law, National Chung Cheng University.

受刑人秘密通訊與表現自由之 違憲探究與修法芻議^{*}

——美國判例法之借鏡

賴擁連^{**}／中央警察大學犯罪防治學系副教授

目次

- 壹、前言
- 貳、司法院釋字第 756 號解釋之介紹
及其衝擊與影響
- 參、美國受刑人言論與表現自由權利
之簡介
- 肆、結論與建議
- 參考文獻

摘要

2017 年 12 月份司法院大法官會議針對受刑人出版書籍的表現自由與發受書信的秘密通訊，作出司法院釋字第 756 號解釋，宣告部分監獄法規對於限制受刑人之上述權利部分，構成違憲，衝擊監獄法制與實務甚深。基此，本文首先檢視司法院釋字第 756 號解釋之事實背

景、違憲內容與重要性，並對於當前矯正實務的衝擊，進行分析。其次，透過比較法的方式，參考美國聯邦及各級法院對於受刑人在言論與表現自由權利的違憲審查基準，以及相關判例所衍生之規定，進行介紹、綜整與歸納，期能釐清美國法院對於監獄當局於限制或干預受刑人有關上述權利之原則。最後，將司法院釋字第 756 號解釋和美國判例法，與目前臺灣現行監獄法規有關接見與通信之規定，進行比對，提出修正芻議，提供法務與矯正當局日後修法之參考依據。

關鍵詞：受刑人、言論自由、判例法、秘密通信、表現自由。

壹、前言

人權（human rights），是驅動一個社會或國家逐步邁向民主的洪流，在此洪流的衝擊下，任何一個人或團體，即使再怎麼不願意，也無法抵擋這股洪流的力量。以監所而言，人犯權利（inmates’

* 投稿日：2018年5月14日；接受刊登日：2018年7月9日。

** 中央警察大學犯罪防治學系副教授。

rights) 的抬頭，即使是主管的矯正機關以及矯正實務工作者，再怎麼不願意，也必須認清一個事實，那就是無法抗拒此一潮流的發展。

揆諸臺灣地區監所人犯權利的發展，傳統以來，受到德日學說「特別權力關係」的影響，備受抑制，在此時期，監所收容人並無相對應的權利保障與救濟¹。但自 2008 年大法官會議做成司法院釋字第 653 號解釋，揭櫫看守所的收容被告，基於無罪推定原則，仍有憲法第 16 條一般市民所擁有的訴訟權利之保障，敲響了監所人權改革第一聲警鐘，這意味著我國特別權力關係的最後一道防線——監所，正式宣告被推翻。自此之後的 10 年，開啟監所人權改革的新紀元。回顧此一黃金 10 年間，司法院大法官會議針對監所收容人的權利，作成了釋字第 653、654、677、681、691 以及 720 號等解釋，盛況空前。其中，多次地強調收容人，無論是被告或受刑人，在監所內依然保有憲法第 16 條的訴訟權利，這是程序正義（procedural justice）的建構。除此之外，大法官們仍強調一些實質程序的重要性，例如憲法第 8 條的人身自由（司法院釋字第 677、681 與 691 號解釋）以及憲法第 23 條之比例原則與法律保留原則（司法院釋字第 654 與 677 號解釋）對於受刑人權利的適用。有學者認為近年來監所人權的

發展，似有從程序正義慢慢建構實質正義（substantial justice）的趨勢²。

然而，這樣的發展，仍方興未艾。2017 年 12 月，司法院大法官會議再次針對監所人權做成釋字第 755 與 756 號解釋，除釋字第 755 號解釋再次重申受刑人具有憲法第 16 條的訴訟權之適用外，釋字第 756 號解釋，則針對當前監獄當局對於受刑人通信與出版自由之限制，作出違憲性解釋。這道解釋充分反映出，大法官對於監所人權的關注，確實已從程序正義的完善後，逐步檢視收容人的實質權利。如同學者李茂生所言，「756 號解釋某種程度上只是一個起頭而已」³，未來可能還有更多的實質權利靜待司法院大法官會議的審查與解釋。

有鑒於此，本文乃關注於司法院釋字第 756 號解釋的內容為何？對於矯正當局有何重大意義與影響？美國判例法對於此一議題的相關規範為何？美國的作法是否有足提供我國日後修法方面之參考呢？期能透過比較法的觀點，進行分析，提出具體的法規研修芻議，提供法務或矯正當局未來修改相關法規之參考。

¹ 李茂生，受刑人之人權及其救濟制度——以美日兩國之制度發展為中心，刑事法雜誌，36卷1期，1992年2月，頁27。

² 賴擁連，我國監所人犯權利演進的檢視與前瞻：從我國大法官會議解釋與美國法院判例分析，收錄於：法務部司法官學院編印，刑事政策與犯罪研究論文集(15)，2012年12月，頁71。

³ 李茂生，「臺灣監獄制度的未來展望——從釋字第755、756號看受刑人被限制之自由與權利」學術研討會會議紀錄，台灣法學雜誌，344期，2018年5月，頁108。

貳、司法院釋字第 756 號解釋之介紹及其衝擊與影響

一、事實背景

死刑犯邱和順，因犯下 1987 年 11 月苗栗縣女保險員柯洪玉蘭分屍案以及同年 12 月震驚社會的新竹學童陸正綁架案，被判處死刑確定，羈押於臺北看守所⁴。羈押期間，曾向所方申請寄出以「個人回憶錄」為名的信件給朋友，看守所檢視之後，認為內容影響機關聲譽，請邱和順修改後再行申請。邱不服，提起申訴與訴願失敗之後，便對看守所提起行政訴訟。其理由主張：雖然他是死刑定讞的收容人，但死刑犯的隱私權、秘密通訊自由及言論自由等基本權利，仍然受到憲法保障，與一般市民相同，請求法院確認臺北看守所拒絕其寄出信件的處分，是否違法。

邱和順向臺北高等行政法院遞狀救濟，而臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1318 號，判決邱和順敗訴。法院認為雖然臺北看守所拒絕邱和順寄出信件的行為，屬於行政處分。但因為信件內容有妨害機關紀律之虞，羈押法第 38 條準用監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項、第 82 條，拒絕寄出，並未違法。而施行細則這兩個規定，也沒有逾越母法監獄行刑法第 66 條規定。案經邱和順上訴

後，最高行政法院 102 年度判字第 514 號判決予以駁回上訴，但理由卻和臺北高等行政法院不同，認為矯正機關對受刑人發出信件的管制措施，屬國家基於刑罰權之刑事執行之一環，並未創設新的規制效果，非行政處分，受刑人無法提起行政訴訟，邱和順敗訴確定。

經窮盡審級救濟途徑後，邱和順於 2013 年 12 月向司法院大法官會議申請釋憲，主張確定終局判決適用之監獄行刑法第 66 條、同法施行細則第 82 條第 1 款、第 2 款及第 7 款及第 81 條第 3 項等規定違憲，請求公允。

二、解釋之內容及重要性

根據 2017 年 12 月 1 日司法院大法官會議所作成的釋字第 756 號解釋⁵，認為監獄行刑法第 66 條規定：「發受書信，由監獄長官檢閱之。如認為有妨害監獄紀律之虞，受刑人發信者，得述明理由，令其刪除後再行發出；受刑人受信者，得述明理由，逕予刪除再行收受。」其中檢查書信部分，旨在確認有無夾帶違禁品，於所採取之檢查手段與目的之達成間，具有合理關聯之範圍內，與憲法第 12 條保障秘密通訊自由之意旨尚無違背。其中閱讀書信部分，未區分書信種類，亦未斟酌個案情形，一概許監獄長官閱讀書信之內容，顯已對受刑人

⁴ 邱和順案，財團法人民間司法改革基金會，<https://www.jrf.org.tw/keywords/20>（最後瀏覽日期：2018年3月20日）。

⁵ 邱和順另聲請主張現行受刑人申訴之終局裁判，適用監獄行刑法第6條及其施行細則第5條第1項第7款，有牴觸憲法第16條之疑義部分，司法院大法官會議另做成司法院釋字第755號解釋，因與本文無關，故未論述。

及其收發書信之相對人之秘密通訊自由，造成過度之限制，於此範圍內，與憲法第 12 條保護秘密通訊自由之意旨不符。至其中刪除書信內容部分，應以維護監獄紀律所必要者為限，並應保留書信之全文影本，俟受刑人出獄時發還之，以符合比例原則之要求，於此範圍內，與憲法保障秘密通訊及表現自由之意旨尚屬無違。

此外，監獄行刑法施行細則第 82 條第 1 款、第 2 款及第 7 款規定：「本法第六十六條所稱妨害監獄紀律之虞，指書信內容有下列各款情形之一者：一、顯為虛偽不實、誘騙、侮辱或恐嚇之不當陳述，使他人有受騙、造成心理壓力或不安之虞。二、對受刑人矯正處遇公平、適切實施，有妨礙之虞。……七、違反第十八條第一項至第四款及第六款、第七款、第九款受刑人入監應遵守事項之虞。」⁶」其中第 1 款部分，如受刑人發送

書信予不具受刑人身分之相對人，以及第 7 款所引同細則第 18 條第 1 項各款之規定，均未必與監獄紀律之維護有關，逾越母法之授權，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符。

再者，監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項規定：「受刑人撰寫之文稿，如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得准許投寄報章雜誌。」違反憲法第 23 條之法律保留原則。另其中題意正確及監獄信譽部分，均尚難謂係重要公益，與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符。其中無礙監獄紀律部分，未慮及是否有限制較小之其他手段可資運用，就此範圍內，亦與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符。

上述各該規定與憲法規定意旨有違部分，除監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項所稱題意正確及無礙監獄信譽部分，自本解釋公布之日起失其效力外，其餘部分應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 2 年時，失其效力。

揆諸此一司法院大法官會議釋字第 756 號解釋，對於監所收容人的人權具有以下幾點重要性指標：

首先，大法官們首次揭櫫受刑人在監禁期間，除因人身自由遭受限制，附帶造成其他自由權利亦受限制外，其與一般人民所得享有憲法上權利，原則上並無不同。受刑人秘密通訊自由及表現自由等基本權利，仍應受憲法之保障，

九、其他應行遵守之行為。」（劃底線者為本文所強調。）

⁶ 監獄行刑法施行細則第 18 條第 1 項規定：
「受刑人入監時，應告知遵守左列事項：
一、改悔向上，不得有損害國家利益或團體榮譽之行為。
二、服從管教，不得有違抗命令或妨害秩序之行為。
三、和睦相處，不得有私結黨羽或欺弱凌新之行為。
四、安分守己，不得有爭吵鬥毆或脫逃、強暴之行為。
五、愛護公物，不得有污穢損壞或浪費虛糜之行為。
六、端正生活，不得有飲酒、賭博或紋身之行為。
七、接受檢查，不得有匿藏違禁物品或私自傳遞書信之行為。
八、保持整潔，不得有破壞環境或塗抹污染之行為。

即使受死刑判決確定者（即死刑犯）於監禁期間亦同。這樣的主張，如同 1974 年的 *Wolff v. McDonnell*⁷ 判例中，美國聯邦最高法院（the U.S. Supreme Court）大法官指出，雖然基於監獄組織環境的需要與催迫，受刑人許多的權利都將縮減，然而其憲法上之保障，並未完全被剝奪——「這個國家沒有在憲法與監獄之間，築起一道不能穿越的鐵幕」（There is no iron curtain drawn between the Constitution and the prisons of this country）。

其次，現行法對於受刑人發受書信的檢閱，基於戒護安全（例如是否夾藏違禁物品）的考量所進行的檢查，並不影響通訊內容之秘密性，其目的尚屬正當，且手段（檢查）與目的之達成間（戒護安全），具有合理關聯，未逾越憲法第 23 條之必要程度，因此沒有違反憲法第 12 條保障秘密通訊自由之問題。然而，有關閱讀書信的部分，涉及通訊內容之秘密性，屬於憲法保障秘密通訊自由之核心內涵，監獄當局若為達監獄行刑之目的（例如協助受刑人改悔向上），其規範目的固屬正當。然而監獄當局卻未區分書信種類，亦未斟酌個案情形，一概以有妨害監獄行刑之目的，而許監獄長官閱讀書信之內容，顯然對於受刑人及其收發書信的相對人之秘密通訊自由，造成過度之限制，在此範圍內與憲法第 23 條比例原則之意旨不符，有違憲法保障秘密通訊自由之意旨。

再者，監獄行刑法第 66 條規定，「受刑人發受書信，由監獄長官檢閱之。如認為有妨害監獄紀律之虞，……。」而監獄行刑法施行細則第 82 條於補充解釋監獄行刑法第 66 條「妨害監獄紀律之虞」的 7 款情形中，第 1 款部分，如受刑人發送書信給不具受刑人身分之相對人，以及第 7 款所引同細則第 18 條第 1 項各款之規定，似乎未必與妨害監獄紀律有關，亦即逾越監獄行刑法第 66 條之授權，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符。

最後，大法官認為監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項之規定，係對受刑人憲法保障之表現自由之具體限制，而非屬於技術性或細節性次要事項，例如題意正確部分，涉及觀點管制（思想箝制）；監獄信譽部分，難謂為是重要公益，與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符；而監獄紀律部分，亦屬於重要公益，惟監獄長官於閱讀受刑人投稿內容後，如認投稿內容對於監獄秩序及安全可能產生具體危險，本得採取各項預防或管制措施。然應注意其措施對於受刑人表現自由所造成之可能損害，亦應注意是否有限制較小之其他手段可資運用，一味以有礙監獄紀律為由，完全禁止受刑人投寄報章雜誌，亦與憲法第 11 條保障表現自由之意旨有違。另監獄行刑法既未具體明確授權主管機關訂定命令予以規範，也違反憲法第 23 條之法律保留原則。

⁷ *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974).

表 1 釋字第 756 號解釋系爭內容與違憲條文與內容彙整表

系爭條文	系爭內容	是否違憲？	符合 / 違反憲法之說明
監獄行刑法§66	受刑人發受書信，由監獄長官檢閱之。其中有關檢查部分。	合憲。	符合憲法§23 比例原則與符合憲法§12 秘密通訊自由。
監獄行刑法§66	受刑人發受書信，由監獄長官檢閱之。其中有關閱讀部分。	違憲。	違反憲法§23 比例原則（未斟酌個案，一律閱讀）以及§12 秘密通訊自由（閱讀書信）。
監獄行刑法§66 監獄行刑法施行細則§82 第 1、2、7 款	有關妨害監獄紀律之虞的解釋：1、顯為虛偽不實、誘騙、侮辱或恐嚇之不當陳述，使他人有受騙、造成心理壓力或不安之虞。2、對受刑人矯正處遇公平、適切實施，有妨礙之虞。……7、違反第 18 條第 1 項至第 4 款及第 6 款、第 7 款、第 9 款受刑人入監應遵守事項之虞。	第 2 款並無違憲，但第 1、7 款違憲	第 1 款違反憲法§12，侵害受刑人寄送書信予相對人之秘密通訊自由。第 7 款所列同細則§18 各款情形，均未必與監獄紀律之維護有關，違反憲法§23 法律保留原則。
監獄行刑法施行細則§81 第 3 項	受刑人撰寫之文稿，如題意正確也無礙監獄紀律及信譽者，得准許投寄報章雜誌	違憲	題意正確，涉及觀點管制，違反憲法§11 表現自由；監獄信譽，非重要公益，違反憲法§11；監獄紀律，係重要公益，然限制投稿之手段與目的間，違反憲法§23 比例原則，也違反憲法§11 表現自由。

資料來源：本文製作。

三、解釋對於矯正實務之衝擊與影響

根據此一號解釋，法務部矯正署於 2017 年 12 月 22 日通函各矯正機關，針對受刑人撰寫之文稿，不得再以題意正確及影響監獄信譽為理由，否准受刑人投寄報章雜誌；至於有礙於監獄紀律之

情形，於閱讀受刑人投稿內容後，如認投稿內容對於監獄秩序及安全可能產生具體危險（如受刑人脫逃、監獄暴動），得採取各項預防或管制措施，然應注意其措施對於受刑人表現自由所造成之損害，不得超過限制措施所欲追求目標之利益，並需注意是否另有限制較小之其他手段可資運用，且應留給受刑人另行

投稿之足夠機會（例如保留原本俾其日後得再行投稿，或使其修正投稿內容後再行投稿等），而不得僅以有礙監獄紀律為由，完全禁止受刑人投稿報章雜誌⁸。然而，據了解，實務機關已同意全面寄發，就算內容虛偽不實，也不會叫受刑人刪除或不予寄發，但會製作重要書信登記，影印或掃描內容以備查考。

其次，在閱讀書信部分，除對於收容人與政府機關和委任律師間的書信，通函採取「開拆而不閱覽」原則外⁹，對於一般性的書信往來，仍由矯正機關同仁閱讀書信，然所著重部分，是維護戒護安全與掌握囚情，看看書信內容是否有涉及脫逃、自殺、暴行、安全、串供與遙控犯罪等情資。若監獄無法事先掌握，提早示警與預防，進而發生重大戒護事故時，恐為時已晚。換言之，各矯正機關對於收容人一般性的書信往來（亦即寫信給家人與朋友），仍然維持現行作法，但主要以戒護安全與囚情穩定為檢查書信時之重要考量。

最後，至於監獄行刑法施行細則第82條第1、7款之規定，雖然大法官認為與監獄無關，但事實上，第7款所列監獄行刑法施行細則第18條之規定，雖然八股，但與第一線基層矯正人員執法時維持囚犯紀律與穩定戒護安全，息息相關，應屬於大法官所謂的「重大公

益」，為何稱與監獄紀律無關呢？惟大法官們沒有進一步論述（例如指示矯正機關應針對實際狀況，予以修正，不得毫無差別地逕行準用監獄行刑法施行細則第18條各款情形），但宣告違憲的同時，已讓當前矯正人員執法的正當性，受到質疑。

綜上所述，目前司法院大法官會議所作成之釋字第756號解釋，對於實務工作之衝擊與影響，不容小覷。除上述有關監獄行刑法施行細則第81條第3項中「題意正確」、「監獄信譽」，已立即失去效力外，其餘的違憲部分，兩年內應儘速修正。基此，本研究乃借鏡美國權利法案（Bill of Rights；即美國憲法第一增修條文，First Amendment to the United States Constitution）中有關監獄受刑人言論與表現自由之判例解析，並據以提出相關監所法規之修法芻議，俾供日後法務與矯正部門於修改相關法令時之參考依據。

參、美國受刑人言論與表現自由權利之簡介

美國權利法案中，與我國司法院大法官釋字第756號解釋有關者為美國憲法第一增修條文，內容為「國會不得制定有關下列事項的法律：確立一種宗教或禁止信教自由；剝奪言論自由或出版自由；或剝奪人民和平集會及向政府要求伸冤的權利。」（Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise

⁸ 參見中華民國106年12月22日法務部矯正署（106）法矯署教字第10603015460號函。

⁹ 參見中華民國107年5月1日法務部矯正署（106）法矯署教字第10704002390號函。

thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances)。而與監獄有關者，即為言論與表現（出版）自由。

美國憲法第一增修條文是保障全體美國國民言論、出版與集會的自由，內容包含閱讀書籍與雜誌的權利、通訊與通信給家人與朋友的權利、批評政府與公務人員的權利等。美國憲法第一增修條文適用於矯正機關的原則為：監獄當局對於受刑人的言論、意見表達與其他人的互動交流之權利，必須要合理地與合法的刑罰利益或政府的中立立場相符時，始得限制之。一般而言，法院在審酌是否符合上述要件時，會檢視：1. 這些法規命令是否提供其他方法或措施讓受刑人可以表達自己；2. 這樣的法規命令對於其他受刑人以及監獄資源的衝擊會有多大；3. 以及是否有其他簡易的替代措施不要讓法規命令限制受刑人的表現自由權利太深。然而，在監獄中，受刑人的這些權利在某一程度下因為戒護安全與便於管理的考量，被限制住了，也因為如此，在美國法庭實務上，受刑人基本上非常難贏得爭取第一增修條文的權利。

即使是如此，在 1987 年的 *Turner v. Safely*¹⁰ 聯邦最高法院判例中，揭櫫了日後美國監獄當局保障受刑人第一增修條

文的新標準，日後所有受刑人在監獄中欲爭取第一增修條文的權利，各級法院大多會以 *Turner* 準則（*Turner test*）作為審查各州監獄有關受刑人表現自由的政策與實務運作，是否合憲。

一、美國聯邦最高法院揭櫫 *Turner* 準則之簡介

1987 年，在美國密蘇里州某監獄的受刑人 *Turner*，狀告密蘇里州矯正局（*Missouri Division of Corrections*）有關限制受刑人對外接觸權的兩條規定。第一，受刑人允許與家庭成員通信，即使家庭成員是受刑人，只要是監禁於密蘇里州內的監獄者，一樣適用。可是，如果是受刑人與受刑人間的通信，原則上是禁止的，除非是基於受刑人的調查與處遇評估結果後，認為符合雙方受刑人之利益，始得同意通信。第二，受刑人可以進行結婚儀式，僅有在極具說服力的理由（*compelling reason*）時，經由典獄長同意後，始得結婚，而在實務上所謂的極具說服力的理由，一般是指未婚女友懷孕或分娩小孩後，基於小孩身分法上地位的考量，構成極具說服力的標準，准予結婚。簡單來說，本案例就是要求聯邦最高法院審查受刑人的發收書信與婚姻權是否符合美國憲法第一增修條文的保障。

在此判決書中，聯邦法院大法官曾道出具體名言「監獄的高牆並沒有形成一座屏障阻礙了受刑人與憲法的人權保障」，這也包含了本案系爭的第一個議

¹⁰ *Turner v. Safely*, 482 U.S. 78 (1987).

題，第一增修條文，意味著受刑人是有權利透過郵寄的方式與外界溝通與獲得出版品（書籍或雜誌）。但是，聯邦最高法院的大法官也說了，受刑人在第一增修條文的權利，相較於一般市民，確實是要受到限制的，換言之，監獄官員可以有權力限制受刑人由外界寄送入的書信與出版品。美國聯邦最高法院據此，建立了一個受刑人意見表達權利的審查標準（censorship），簡稱為Turner準則：

準則一：這個規定是否合理地與合法的刑罰、政府的中立利益有關？（Is the regulation reasonably related to legitimate penological and neutral government interests?）。首先，聯邦最高法院的大法官說，監獄官員限制受刑人獲得出版品與書信的限制，不得武斷、專橫（arbitrary），必須符合合理地與合法的刑罰利益有關。所謂合理地與合法的刑罰利益有關，是指法規的限制本身就有戒護安全的考量，例如限制一本教授如何製造炸彈的書籍（bomb-making）進入監獄之中，這個規定本身就符合合理地與合法的刑罰利益有關。但是，如果是科幻小說，內容涉及炸彈，這又不符合限制之條件。其次，政府的中立立場係指監獄限制這些書信的規定，不能以喜歡或不喜歡哪些特定團體或想法為依據。雖然基於戒護安全考量是屬於中立且符合刑罰利益的規範，但是，鼓勵人犯加入哪一個宗教或黨派、停止批評

某一個監獄管教人員¹¹，或是指定受刑人一定要票投哪一個政黨，這些都是不符合與政府中立立場利益有關的規範。因此，除非符合政府的中立立場，否則監獄當局不得選擇性地限制受刑人選擇某一本書、某一種想法（念頭）或支持某些人。換言之，監獄官員審查受刑人的書信與出版品，其理由必須植基於一個正當性的目的，亦即合乎合理地與合法的刑罰利益（例如基於戒護安全考量或減少暴力行為發生）並非顧及政府自身的利益之目的（例如排除異己或打擊某一不喜歡的個人）。

準則二：相關的法規命令是否提供了公開的其他規範或途徑讓受刑人行使其憲法權利？（Does the regulation leave open another way for to exercise inmates' constitutional right?）這意味著監獄當局不能僅規定一種方法讓受刑人可以對外接觸或表達自己的意見，例如監獄當局可以限制受刑人不得以面對面的方式接受傳播媒體的採訪，但是，是否可以提供其他的管道，例如寫信的方式，與傳播媒體接觸¹²？如果受刑人無法以一般的郵寄方式獲得書信或出版品，他們是否還有其他的替代途徑或管道呢？例如從圖書館獲得相關或類似的書籍，以取

11 例如在司法院釋字第755號解釋中的事實背景，聲請人謝清彥於受自由刑執行期間，因不滿監獄人員禁止其使用「獄卒」一詞，乃於書信批判監所，遭桃園監獄以其違規為由，予以處分。此一案例，若根據Turner準則第一點，也應該會被宣告違憲。

12 Pell v. Procunier, 417 U.S. 817 (1974).

代從一般郵寄方式獲得的書籍。換言之，此一準則大法官所關心的是，當受刑人與外在的接觸管道或途徑受到限制時，監獄當局是否有提供其他替代措施？如果有，且很容易的滿足受刑人的言論自由，監獄當局所為的限制或規定，就不會構成違憲；反之則會被宣告違憲。

準則三：這樣的權利主張，對於其他受刑人、監獄戒護人員或官員以及監獄的資源，會造成如何的衝擊？（How does the issue impact other prisoners, prison guards or officials and prison resources?）這個準則是提供法院考慮要花多少的金錢與時間成本，讓監獄當局修正法規或調整政策，特別是負面影響的考慮，如果法院發現對於矯正當局或其他受刑人的影響過大，其實也會讓法院在審查類似案例時，考量整體獄政的發展而不會單向宣告違憲。例如，在美國，一般監獄都會要求受刑人提供 10 位可以打電話的通訊親友名單，以便作為通訊管理。但有一個案例，一位受刑人控訴監獄當局限制其撥打非 10 位監獄已審查同意的通訊親友，進而向法院提出告訴。在本案例中，法院作出合憲判決。因為，如果宣告違憲，會讓監獄當局要花費相當多的人力與金錢，去進行每位受刑人所提供十位通訊名單以外之人的背景檢查，此時法院考量的不是表現自由的問題，而是刑罰成本與戒護安

全的考量¹³。然而，此一審查標準，也不完全著眼於金錢的衡量，它其實也是要求法院必須考量到修正一個法規命令可能會在其他受刑人或監獄官員的身上附加其他風險，或是在監獄內創造了一個「漣漪效應」（ripple effect），讓監獄當局投鼠忌器。如果能達到漣漪效果，即使沒有違憲，但法院也認為矯正當局已經知所警惕，不見得會宣告違憲¹⁴。

準則四：是否有其他清楚的、簡單的替代方式，不這麼限制受刑人而能讓受刑人行使其表現自由的權利？（Are there obvious, easy alternative to the regulation that would not restrict inmates' right to free express?）這個準則是提供受刑人一個機會向監獄當局建議渠等是否可以積極地往前思考，找尋一個可以替代的方法，以保障受刑人的表現自由權。但實務上，這樣的標準並非都行得通。例如，同案受刑人本來是可以互相寄發書信的，但是在一次某位受刑人撰寫書信恐嚇典獄長後，監獄當局就順勢地限制彼等之間不准再互通書信，有些法院認為這樣的規定並沒有違憲。換言之，法院規定要求監獄限制這種類型的書信，並不是一種清楚且容易的替代措施以限制受刑人的對外接觸權。

¹³ Pope v. Hightower, 101 F.3d 1382 (11th Cir. 1996).

¹⁴ Fraise v. Terhune, 283 F.3d 506, 520 (11th Cir. 2002).

二、受刑人言論與表現自由之判例分析

(一) 閱讀出版品的規定

基本原則：監獄官員可以擁有限制受刑人獲得或閱讀書籍的權力，但僅限於危險或色情刊物，同時，監獄官員不得限制受刑人直接從出版社取得書籍¹⁵。

美國憲法第一增修條文保障受刑人在監的閱讀權利，是及於書籍與雜誌。但這不代表受刑人可以擁有各種類型的書籍。受刑人擁有書籍的權利，會受到監獄當局基於維持秩序與戒護安全以及促進受刑人矯治的時候，予以限制。事實上，受刑人擁有書籍的權利，是直到1974年 *Procunier v. Martinez*¹⁶ 這個案例，聯邦最高法院法官給予受刑人公平的擁有閱讀書籍的權利。之後，在 *Thornburg v. Abbot*¹⁷ 這個案例中，聯邦最高法院揭發監獄當局關於受刑人收到由監外寄送的書籍，除非是與合理地與合法的刑罰利益相違背，否則應予保障。此後的20年，聯邦最高法院變得比較保守，並限制了受刑人許多美國憲法

第一增修條文中有關獲得書籍與雜誌的權利。例如，在 *Spellman v. Hopper*¹⁸ 這個案例中，法官支持監獄當局對於因違規令入行政隔離（administrative segregation）（獨居）的受刑人，制定禁止訂閱報紙和雜誌的規定，因為這樣的規定，符合Turner準則的第一條且並沒有違反第二條準則（例如受刑人可以運用監獄圖書館所提供的報紙，作為替代方式）。

然而，應該注意的是，監獄當局不得選擇性的限制某些受刑人的書籍與雜誌的訂閱權。在 *Williams v. Brimeyer*¹⁹ 的案例中，法院要求監獄當局應該制定一套限制出版品寄送入監的標準與程序，監獄當局不得依自己喜好列出一些排除名單，或是獨斷式地自行決定哪一個機構或出版社出版的刊物都不得寄送監獄，這樣的作法是違反第一準則。換言之，監獄當局應該制定一套審查標準，不能憑自己的喜好、思想或意識型態，決定哪一個刊物可以或不可寄送入監，否則會陷入武斷決意的情況。同樣地，書信也是如此，不能根據監獄當局對於受刑人或其家屬朋友的喜好程度或刻板印象，決定受刑人是否可以寄發書信或收受書籍或雜誌等出版品，如果監獄當局如此做，受刑人及其家屬以及出版社可以提出申訴。

¹⁵ RACHEL MEEROPOL & IAN HEAD (eds.), *JAILHOUSE LAWYER'S HANDBOOK* 18 (5th ed. 2010), available at <http://jailouselaw.org/> (last visited June 30, 2018). 原文為：Prison officials can keep you from getting or reading books that they think are dangerous or pornographic. They also can make you get all books straight from the publisher.

¹⁶ *Procunier v. Martinez*, 416 U.S. 396 (1974).

¹⁷ *Thornburgh v. Abbott*, 490 U.S. 401, 404 (1989).

¹⁸ *Spellman v. Hopper*, 95 F. Supp. 2d 1267 (M. D. AI. 1999).

¹⁹ *Williams v. Brimeyer*, 116 F.3d 351 (8th Cir. 1997).

此外，監獄的官員不能因為出版品或書信中存有宗教的、政治的、社會的、性平的或不受歡迎的議題或內容而予以檢閱，監獄官員可以檢閱的標準是：這些書信或出版品的內容，存在可能導致監獄會發生失序、暴力，或是可能會有害於受刑人矯治目的時，才可能構成檢閱之理由。但是，這樣的標準似乎也過寬了，導致實務上許多監獄官員會以此理由（即威脅監獄安全與秩序）拒絕受刑人家屬或出版社寄入書信或出版品給受刑人，且並不會構成違憲。

最後，最重要的是，即使是美國，也不允許受刑人接受從外寄入色情（sexually explicit）的出版品。有些法院認為，受刑人僅有權利擁有非淫穢的色情出版品，例如一些商業雜誌的出版品，是可以允許的，但如果是配偶或是同居人的裸體照片，則不能寄入。但也有法院限制任何與性或色情有關的出版品入監，特別是有正面裸露照片的出版品²⁰。監獄當局也不能允准受刑人擁有孩童的裸露照片（child pornography），因為這些照片嚴重違反聯邦法律。有些具有性虐待的色情照片（sexually explicit sadomasochistic pictures），更是絕對禁止入監流通，因為這些照片會刺激受刑人爭相搶看，衍生出爭吵、搶奪等暴力行為的發生。此外，同性戀照片的出版品也在禁止行列，主要是因為這些照片對於監獄的戒護安全存在威脅，因為會讓

監獄中的同性戀受刑人曝光，進而受到其他受刑人在性方面的攻擊與威脅²¹。

至於監獄官員是否有權力限制受刑人出版書籍，在Shabazz v. Parsons²²的案例中，法院認為監獄官員通常是被允許禁止受刑人出版具有違規性質的出版物（offending publication）（例如會引起種族、宗教以及黨派仇恨，進而造成暴動危險之書籍），而不是僅僅刪除書內的相關章節而已。然而，限制受刑人作品寄送出監的規定，也可能在其他情況下是合憲的。在Hendrix v. Evans²³案例中，法院認為，監獄可以阻止受刑人向普通公眾發布關於新法律的傳單，因為受刑人仍然有其他方式通知公眾有關該法案，不一定只能靠印製傳單一途。

（二）信念與意見表達的權利

基本原則：受刑人可以表達自己的信念與意見，但是監獄當局還是有可能限制受刑人的意見與信念表達之權利²⁴。

受刑人基本上可以擁有自己的信念與意見，意味著監獄官員不能因為與受刑人的立場或信念不同，而阻止或懲罰

²⁰ Mauro v. Arpaio, 188 F.3d 1054 (9th Cir. 1999).

²¹ Espinoza v. Wilson, 814 F.2d 1093 (6th Cir. 1987).

²² Shabazz v. Parsons, 127 F.3d 1246 (10th Cir. 1997).

²³ Hendrix v. Evans, 715 F. Supp. 897 (N.D. Ind. 1989).

²⁴ MEEROPOL & HEAD (eds.), 同註15，頁20。原文為：You can believe what you want, but the prison may be able to stop you from writing, talking or organizing around your beliefs.

受刑人²⁵。但是，監獄當局卻可以限制受刑人充分地表達自己的信念，限制的原則就是是否符合Turner準則。

監獄官員可以限制受刑人所寫的或出版的作品，但是這些限制不見得會通過Turner準則的檢驗。例如賓州矯正局有一項規定，受刑人不得將自己入監前的事業或專業活動，帶入監獄當中。但在Abu-Jamal v. Price²⁶的案例中，審理本案的法官認為，監獄當局根據此一規定，限制前作家Abu-Jamal進監後不得再從事作家與記者的工作，限制檢閱與限制其與出版社的書信與投稿作品，這樣的規定不符合Turner準則所提及的合理地且合法的刑罰利益，更嚴重地侵害到

Abu-Jamal的意見自由權、秘密通訊權以及工作權，被宣告違憲。法院進一步指出，監獄當局強制扣留Abu-Jamal的書信，不是因為內容是否涉及安全之考量，純粹是他寫的東西（例如專欄或報導），甚為不妥。其次，與其他受刑人相比較下，他的寫作並沒有增加監獄當局太多的負擔；最後，監獄當局所顧及的戒護安全，其實還可以從其他明顯的、簡單的替代作為予以檢視（例如就是從他已出版的作品來檢視），不需要檢閱並扣住他的書信。另一個成功的案例是Jordan v. Pugh²⁷，在本案例中，Jordan是一位受刑人並監禁在科羅拉多州的一個高度安全管理監獄，他控訴監獄當局限制受刑人不能像記者一樣署名（byline），撰寫專欄或報導，監獄當局的說法是，署名將會讓受刑人在監獄中成為一位有名的人士（big shot），並對其他受刑人產生生活作息之影響，進而影響戒護安全。法官引用Turner準則，認為受刑人署名在專欄或報紙登載文章，是不得禁止的。監獄官員雖然應該檢視受刑人與新聞媒體的活動與接觸，但這些活動與接觸，必須要有證據證明受刑人從事這樣的活動，有害於合理地合法的刑罰利益。例如，受刑人出版一篇署名的專欄文章或報導時是否有危及監獄利益？受刑人與新聞媒體在簽訂契約或協議時，是否有危及監獄利益？如果都沒有的情況下，監獄當局就不得以監獄

²⁵ Sostre v. McGinnis, 442 F.2d 178 (2d Cir. 1971); Sezerbaty v. Oswald, 341 F. Supp. 571 (S.D.N.Y. 1972).

²⁶ Abu-Jamal v. Price, 154 F.3d 128 (3d Cir. 1998)，根據此一判例內容一段話原文引述：「“No inmates is permitted to incorporate or engage in a business or profession while under the supervision of Department of Corrections except as indicated below .2 An inmate while is engaged in a business or profession prior to incarceration is expected to assign authority for the operation of such business or profession to a person in the community.”」（沒有一個受刑人可以被允許合作或從事一個事業或專業工作當他在矯正機構的時候，除非有一些特例。受刑人在入獄前所從事的事業或專業工作，應該授權在社區的其他人經營。）而所謂的特例，根據該判決文的註腳2，係指未判決確定的收容人、工作釋放的受刑人、參加社區矯正的受刑人，因為這些受刑人所從事的事業或專業工作，不會增加矯正當局的工作負擔。資料來源：<http://caselaw.findlaw.com>（最後瀏覽日期：2018年6月30日）。

²⁷ Jordan v. Pugh, 504 F. Supp. 2d 1109 (D. Colo. 2007).

安全的考量，限制受刑人不得以署名的方式投稿報導或擔任專欄作家。

通常監獄會根據安全考量（security concerns）來制定法規命令以合理化他們的檢閱書信與出版品。在一些案例中，監獄當局提出這樣的主張，基本上是合憲的。例如在 *Pittman v. Hutto*²⁸ 案例，法院認為，當監獄官員拒絕同意受刑人們所編製的雜誌出刊是合憲的，因為監獄官員宣稱他們有合理的理由相信這樣的出版會對於監獄秩序與安全產生莫大的影響，因此法院予以尊重。然而，晚近愈來愈多的法院會仔細且深入的詳加檢視監獄當局所謂的安全考量的內涵為何。例如在 *Castle v. Clymer*²⁹ 案例，監獄官員認為受刑人 Castle 在與媒體會晤後所撰寫的兩封信，內容提及有關受刑人所提出的修改監獄規定的建議，可能會造成監獄的暴動，因此予以懲罰性的移監至精神病監獄一案，法院認為監獄當局嚴重侵犯 Castle 的憲法權利，因為法院仔細審酌後發現，監獄當局所謂可能會危及監獄暴動的標準，其實是不存在的，因此對於 Castle 的移監行為是不合理的，監獄進而敗訴。

（三）書信檢閱的限制

基本原則：監獄通常是不能限制受刑人將自己想寫的書信，寄送給監獄外的任何人。但監獄卻可以限制監獄外寄

送的書信，如果他們認為此一書信是危險的話。監獄官員可以閱讀（read）受刑人的信，並檢視（look in）他們是否夾藏違禁物品³⁰。

美國憲法第一增修條文是保障受刑人寄發書信的權利，直到 1989 年，監獄官員才被要求制定一個嚴謹的標準來合理化監獄當局的需求與利益，在法院才可能允許他們干涉或限制受刑人的書信。時值今日，法院對於受刑人寄送監外的書信，基本上大都持開放的立場，但對於寄送監內的書信，仍傾向於支持監獄當局，有比較多的管控與限制措施。

1. 寄發信件

規則：監獄的法規命令必須保障監獄的重大或實質的利益，且必須的、必要的達到這樣的利益³¹。

為了檢閱受刑人從監獄內所寄送出去的書信，監獄官員必須要有能力證明這樣的檢閱是必須的，以保障監獄的重大或實質利益（important or substantial interests）。例如維持監獄的秩序、預防犯罪活動以及預防脫逃，此外，監獄官

²⁸ *Pittman v. Hutto*, 594 F.2d 407 (4th Cir. 1979).

²⁹ *Castle v. Clymer*, 15 F. Supp. 2d 640 (E.D. Pa. 1998).

³⁰ MEEROPOL & HEAD (eds.), 同註15, 頁21。
原文為：The prison usually can't stop you from writing whatever you want to people outside the prison. The prison can keep other people from writing you thing it considers dangerous. Prison guards can read your letters, and look in them to make sure there is no contraband.。

³¹ *Id.* 原文為：The regulation must protect an important or substantial interest of the prison and be necessary and essential to achieving that interest.

員也必須有能力顯示這些規定是必須的且必要的 (necessary and essential) 達到此一重要目標。例如在 *Procurier v. Martinez* 的案例中，監獄當局以受刑人的寄發書信中會以粗魯的措辭怒罵監獄與監獄官員為由，進而檢閱受刑人的書信，結果被聯邦最高法院宣告違憲，因為粗魯的措辭怒罵監獄官員，並沒有構成保障監獄的重大或實質利益，而是檢閱書信為必須且必要的手段達到上述目標，另一個 *Bressman v. Farrier*³² 案例重申相同的結果。另外，在 *Harrison v. Institutional Gang of Investigation, et al.* 的案例，受刑人 Harrison 控訴加州鵜鶘灣監獄 (Pelican Bay Prison) 官員將他所寄出的書信沒收，因為信中提及有關 Black August memorial, the New African Collective 智庫以及喬治傑克森大學的資訊，其中監獄主張，這些書信的內容高度與一個稱為 Black Guerilla Family 的幫派有關，因此予以沒收。但法院卻沒有支持監獄的作法，甚至認為監獄並沒有取得一個重大的證據證明這些書信內容可能會引發監獄的暴動或與監獄幫派的活動有關，因而敗訴。

但是，監獄當局限制受刑人寄送書信的規定，有時候是允許的。例如受刑人的書信受檢查時被發現夾帶其他受刑人的書信者，即會被沒收；在書信中，冒用另一個受刑人的姓名撰寫書信寄給

監外他人者³³，亦同。此外，有些法院允許監獄當局限制受刑人撰寫書信寄給並沒有在監獄核准的十位書信名單的朋友，但有些州的法院卻不支持這樣的作法。最近，有些監獄當局附加一些規定限制受刑人不准撰寫與寄送明信片，但是最後被宣告敗訴。

如果一個受刑人撰寫書信是企圖犯罪或騷擾他人，這將會構成一個重大因素，進而受到限制，例如在 *Hammer v. Saffle*³⁴ 案例，法院認為監獄當局對於一個受刑人寫信給書信核准名單內的親友，最後被發現書信內容充滿威脅當事人性命並勒索金錢，進而予以限制其寄發書信的權利，是沒有違憲的。

最後，法院通常會允許監獄官員檢查受刑人所寄送出去的書信，其目的是要檢查有無違禁物品。法院解釋說，檢查受刑人的書信並沒有違反美國憲法第一修正案，因為這樣的檢查與閱讀不同³⁵。法院認為，使用目視檢查 (visual inspection)，與防止受刑人傳播攻擊性或有有害物質之合法的刑罰利益有密切的相關性，監獄這樣做並沒有違法³⁶。

2. 收受信件

規則：適用 Turner 準則審查³⁷。

監獄當局檢視受刑人收受書信的規

³² *Bressman v. Farrier*, 825 F. Supp. 231 (N.D. Iowa, 1993).

³³ *Malsh v. Garcia*, 971 F. Supp. 133 (S.D.N.Y. 1997).

³⁴ *Hammer v. Saffle*, No. 91-70381991 U.S. App. LEXIS 28730 (10th Cir. 1991).

³⁵ *Altizer v. Deeds*, 191 F.3d 540 (4th Cir. 1999).

³⁶ *Witherow v. Paff*, 52 F.3d 264 (9th Cir. 1995).

³⁷ MEEROPOL & HEAD (eds.), 同註15，頁21-22。

則，完全適用Turner準則審查。如同前述，Turner準則要求監獄當局限制受刑人收受書信的條件，必須符合合理地與合法刑罰利益且符合政府中立立場利益者，始得限制之。亦即雖然憲法保障受刑人收受書信的權利，但同一時間也賦予監獄當局限制受刑人收受書信的權力。在一些案例，法院已經允許監獄當局限制寄送入監的包裹，理由是這些包裹可以很容易地隱藏一些違禁品，此外，寄送這些包裹進來會耗費監獄太多的人力與資源進行檢閱工作³⁸。再者，有些法院也認為，寄送入監的物品雖不至於威脅到監獄的安全，但如果他們被發現已夾藏違禁品入監，監獄官員是可以沒收的³⁹。最後，法院也認為，受刑人與受刑人間的互寄書信，監獄當局是可以予以限制的⁴⁰。

3. 法律信件

規則：不得檢閱，但可以檢查有無違禁物品⁴¹。

在美國，有些特別規定是可以適用於受刑人與律師間的通信，以及可以適用於受刑人與非法院的政府部門或官員。這些書信稱為特權郵件（privileged mail）、法律郵件（legal mail）或特殊郵件（special mail），並受到憲法上訴訟權

（right of access to the courts）以及「律師－客戶特權」（attorney-client privilege）的保護。其中，律師與客戶特權之保護，係指無論是受刑人所說或所寫給律師的事物，或是律師所說或所寫給受刑人之事物，均為秘密，監獄官員不能閱讀受刑人與律師之間的書信，但是他們可以在受刑人面前打開書信，進行檢查，以確保沒有違禁物品的夾帶。⁴²

值得注意的是，雖然受刑人與受刑人間的通信，是受到限制的，但受刑人是可以與獄中具有律師身分的受刑人（a prisoner who is a jailhouse lawyer）寄發與收受書信。

不同州立監獄會有不同的程序來規範寄入或寄出的合法郵件和特殊郵件。通常，來自於監獄的律師郵件，必須載明合格的律師證字號並在書信封面註明法律郵件（legal mail）。如果沒有，這些書信將不被列為是特權郵件，並與一般書信一樣，接受檢閱。有些監獄對受刑人附加更多的條件，例如要求受刑人須提前申請法律郵件的送達、送達時只能在管教人員面前打開等。此外，受刑人的律師必須提前向監獄當局證明自己的律師資格與適格（亦即在該管轄區可以執業）⁴³。

根據上述美國判例法中有關受刑人在言論與表現（出版）自由權利之介紹，根據上述分類，綜整如表2：

³⁸ Weiler v. Purkett, 137 F.3d 1047 (8th Cir. 1998).

³⁹ Steffey v. Orman, 461 F.3d 1218 (10th Cir. 2006).

⁴⁰ Farrell v. Peters, 951 F.2d 862 (7th Cir. 1992).

⁴¹ MEEROPOL & HEAD (eds.), 同註15，頁22。

⁴² Castillo v. Cook County Mail Room, 990 F.2d 304 (7th Cir. 1993), Breregu v. Reno, 59 F.3d 1445 (3d Cir. 1995).

表 2 美國受刑人重要言論與表現自由權利之判例彙整表

權利型態	重要判例法內容
閱讀出版品	1. 監獄當局對於因違規而令入獨居的受刑人，可以限制其訂閱報紙與雜誌。 2. 監獄當局應該制定一套限制出版品/書信寄入之標準與程序，不得憑當局喜好而限制特定刊物或書信。 3. 監獄官員不得以意識型態（包含宗教、政治、階級、性別）或自己好惡方式，檢閱出版品與書信，可以檢閱的標準，是監獄的秩序與安全的維持，但也要注意比例原則。 4. 監獄當局不得允許受刑人接收從監獄外寄入的限制級色情刊物、配偶或愛人裸照、孩童裸照、性虐待（SM）照片以及同性戀裸露照片。 5. 監獄當局可以允許受刑人從出版社直接訂購的出版品。 6. 監獄當局可以限制受刑人撰寫具有違規性質的出版物，例如會引發種族、宗教與民族仇恨進而會衍生暴動或危險的書籍。 7. 監獄當局可以禁止受刑人印製新修正法條的傳單並寄送出去。
信念與意見表達	1. 監獄當局不得限制受刑人入監前的專業與職業活動，除非活動內容涉及監獄戒護安全與有礙秩序維護。 2. 監獄當局不得限制受刑人以自己的署名，在報紙上刊登投書或擔任專欄作家。 3. 監獄當局不得以受刑人因接受媒體採訪，臆測恐對監獄不利益，而採取懲罰性的移監行為。 4. 監獄當局可以不准受刑人在監獄內出版刊物，前提是這樣的刊物可能會影響戒護安全或秩序維持。
書信檢閱的限制（寄發信件）	1. 監獄當局對於寄發的信件，原則上都不得閱讀，除非證明該封書信對監獄當局有重大或實質的不利益（例如影響監獄秩序、為預防犯罪或預防脫逃必須檢閱）。 2. 監獄當局不得以信件內容中有粗魯、怒罵的措辭為由，閱讀受刑人的書信。 3. 監獄當局不得以信件內容可能會涉及幫派活動，恐引發監獄暴動或監獄幫派活動，而予以沒收書信，除非有證據。 4. 監獄當局發現受刑人書信中挾帶其他受刑人的書信，可以限制該名受刑人不得寄發信件。 5. 監獄當局發現受刑人有冒名替其他受刑人寄信的時候，可以限制該名受刑人不得寄發信件。 6. 監獄當局可以限制受刑人不得寄發信件給非監獄同意的 10 位信件名單上的其他家屬或朋友。 7. 監獄當局可以事後限制曾經寄信恐嚇監獄同意的 10 位信件名單上之家屬或朋友。 8. 監獄當局可以目視檢查受刑人的信件，查看有無違禁物品。

⁴³ U.S. v. Stotts, 925 F.2d 83 (4th Cir. 1991); Boswell v. Mayor, 169 F.3d 384 (6th Cir. 1999); Gardner v. Howard, 109 F.3d 427 (8th Cir. 1997).

書信檢閱的限制 (收受信件)	1. 監獄當局可以限制寄送的包裹，但須訂定一致性的限制規定與程序。 2. 監獄當局於檢查包裹時發現有違禁物品時，可以沒收該寄入之包裹。 3. 監獄可以限制或禁止受刑人與受刑人間互通信件。
書信檢閱的限制 (法律信件)	1. 監獄當局不得閱讀受刑人與律師或受刑人與非法院的政府部門或官員之信件，但基於安全考量，可以檢查。 2. 監獄當局不得限制具有律師背景的受刑人與受刑人互通信件。 3. 受刑人與律師往來的信件封面應加註法律（訴訟）郵件，否則會以一般信件流程，進行檢閱。

資料來源：本文彙整。

肆、結論與建議

「他山之石，或可攻錯」，透過美國判例法瞭解到受刑人在憲法第一修正案的權利保障後，可以發現，1987 年聯邦最高法院大法官於 *Turner v. Safely* 判例中所揭示的 *Turner* 準則，是之後各級法院檢視監獄當局對於受刑人言論與表現自由的限制，是否違憲的審查標準。其中，最重要的審查準則，就是監獄當局的審查，是否符合合理地與合法的刑罰利益以及是否與政府部門中立立場相符，一般而言，前者所涉及的，都是監獄的安全性考量，包含監獄秩序的維持與戒護事故的防止等，而後者涉及的就是政府部門的不帶有顏色的政治、種族、階級、性平等與宗教的立場。

此外，當監獄當局基於上述立場而禁止或限制受刑人之言論與表現權利時，美國判例法也非常關心監獄當局是否有提供替代性措施（alternatives）以提供受刑人體現其上述之權利，以達比例原則。最後，監獄當局要限制受刑人的言論與表現自由時，其手段與方法也要合乎監獄當局重大或實質利益（important and substantial interest），並兼顧必須且必要（necessary and essential）之原則，切忌使用過於武斷或故意冷漠（deliberate indifference）之原則。

基於上述美國判例法的精神與規定，回顧檢視現行的監所法規有關受刑人言論與表現自由之規定，再根據大法官解釋文的內容，具體建議修正方向詳如表 3。

表 3 當前監所法規有關受刑人言論與表現權利之修正芻議彙整表

現行監所法規	建議修正意見	理由
監獄行刑法		
§62 受刑人之接見與發受書信，以最近親屬及家屬為限。但有特別理由時，得許其與其他之人接見及發受書信。	§62 受刑人應有與他人接見與發受書信之權利。 <u>但有妨害監獄秩序及安全、教化目的或涉及其他不法情事時，不在此限。</u>	根據司法院釋字第 756 號解釋文理由，受刑人秘密通訊自由與表現自由等基本權利，應受憲法之保障。除為達監獄行刑目的之必要措施（含為維護監獄秩序及安全、對受刑人施以相當之矯正處遇、避免受刑人涉其他違法行為等之措施）外，不得限制之。
§66 發受書信，由監獄長官檢閱之。如認為有妨害監獄紀律之虞，受刑人發信者，得述明理由，令其刪除後再行發出；受刑人受信者，得述明理由，逕予刪除再行收受。	§66 發受書信，由監獄長官檢查之。除法律別有規定或發現有妨害監獄紀律之虞，應於檢查完畢後立即寄發或交由受刑人收受。	根據司法院釋字第 756 號解釋，發受書信，可以基於戒護安全考量，予以檢查；惟為保全受刑人言論自由，不得檢閱。另發受之書信，基於法律別有規定或監獄紀律故，可以檢閱外，應於檢查完畢後立即寄發或交由受刑人收受，以保障其秘密通訊自由。
§67 凡遞與受刑人之書信，經本人閱讀後，應保管之，於必要時，得令本人持有。	§67 凡遞與受刑人之書信，經本人閱讀後，應由本人保管之。	基於受刑人之言論自由與隱私權之保障，應交由本人保管為宜，故修正之。
	§67 之 1 受刑人與律師之法律書信，應於封面清楚註明，並接受檢查，但不得檢閱之。	根據美國法之判例，增加本條。
監獄行刑法施行細則		
§18 受刑人入監時，應告知遵守左列事項： <u>一、改悔向上，不得有損害國家利</u>	§18 受刑人入監時，應告知遵守左列事項： 一、服從管教，不得有違抗命令或	刪除原條文第 1 款、第 5 款與第 8 款，顯與大法官所揭禁之與監獄「重大公益」無關。

<u>益或團體榮譽之行為。</u> 二、服從管教，不得有違抗命令或妨害秩序之行為。 三、和睦相處，不得有私結黨羽或欺弱凌新之行為。 四、安分守己，不得有爭吵鬥毆或脫逃、強暴之行為。 <u>五、愛護公物，不得有污穢損壞或浪費虛糜之行為。</u> 六、端正生活，不得有飲酒、賭博或紋身之行為。 七、接受檢查，不得有匿藏違禁物品或私自傳遞書信之行為。 <u>八、保持整潔，不得有破壞環境或塗抹污染之行為。</u> 九、其他應行遵守之事項。	妨害秩序之行為。 二、和睦相處，不得有私結黨羽或欺弱凌新之行為。 三、安分守己，不得有爭吵鬥毆或脫逃、強暴之行為。 四、端正生活，不得有飲酒、賭博或紋身之行為。 五、接受檢查，不得有匿藏違禁物品或私自傳遞書信之行為。 六、其他應行遵守之事項。	
§81 接見及發信應用我國語言及文字，不得使用符號及暗語。但盲啞之受刑人，得使用手語或點字；外國籍或無國籍之受刑人，得使用所屬國或國際通用之文字及語言。 受刑人不識字或不能自寫者，由監獄人員代書，本人蓋章或簽名，不能簽名者，由他人代書姓名，本人蓋章或按捺指紋，代書之人應附記其事由並簽名。 受刑人撰寫之文稿，如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得准許投寄報章雜誌。	§81 接見及發信應用我國語言及文字。但盲啞之受刑人，得使用手語或點字；外國籍或無國籍之受刑人，得使用所屬國或國際通用之文字及語言。 受刑人不識字或不能自寫者，由監獄人員代書，本人蓋章或簽名，不能簽名者，由他人代書姓名，本人蓋章或按捺指紋，代書之人應附記其事由並簽名。 受刑人撰寫之文稿，應准許投寄報章雜誌。但有礙於監獄紀律者，情節重大，經監務委員會決議後，得延遲出監後出版之。	刪除第 1 項有關「不得使用符號及暗語」，與刑罰目的或重大公益無關。 根據司法院釋字第 756 號解釋，刪除第 3 項「如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者」，並將「得」改為「應」，增加但書，審查違反監獄紀律之情節，是否重大、違反比例原則後，作出是否延遲出監後出版之決議。
§82 本法第六十六條所稱妨害監獄紀律之虞，指書信內容有下列各款情形之一者： 一、顯為虛偽不實、誘騙、侮辱或恐嚇之不當陳述，使他人有受騙、造成心理壓力或不安之虞。 二、對受刑人矯正處遇公平、適切	§82 本法第六十六條所稱妨害監獄紀律之虞，指書信內容有下列各款情形之一者： 一、顯為虛偽不實、誘騙、侮辱或恐嚇之不當陳述，使受刑人有受騙、造成心理壓力或不安之虞。	根據司法院釋字第 756 號解釋，監獄當局僅可檢查發受書信以及閱讀寄入書信，不得閱讀寄出書信，因此，僅能就寄入之書信，是否有妨害監獄紀律做審查。其中現行法條第 5～7 款均從受刑人寄出書

實施，有妨礙之虞。 三、使用符號、暗語或其他方法，使檢查人員無法瞭解書信內容，有影響囚情掌控之虞。 四、有脫逃或湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞。 五、述及矯正機關內之警備狀況、舍房、工場位置，有影響戒護安全之虞。 六、要求親友寄入金錢或物品，顯超出日常生活所需，違背培養受刑人節儉習慣之意旨。 七、違反第十八條第一項第一款至第四款及第六款、第七款、第九款受刑人入監應遵守事項之虞。	二、對受刑人矯正處遇公平、適切實施，有妨礙之虞。 三、使用符號、暗語或其他方法，使檢查人員無法瞭解書信內容，有影響囚情掌控之虞。 四、有脫逃或湮滅、偽造、變造證據或勾串受刑人為共犯或證人之虞。 五、要求親友寄入之書籍或雜誌，涉及限制級色情刊物、配偶或同居人裸照、孩童裸照、性虐待照片以及同性戀裸露照片等。	信角度觀之，而非受刑人之親友從外寄入之書信可得知，因此，予以刪除。 另根據美國法規定，限制書信內容涉及限制級色情刊物、配偶或愛人裸照、孩童裸照、性虐待（SM）照片以及同性戀裸露照片等，以顧及戒護安全與受刑人囚情之穩定。
---	--	---

資料來源：本文彙整。

自 2008 年 12 月，司法院大法官會議做出釋字第 653 號解釋，針對羈押法中不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違，作成解釋後，正式開啟突破監所特別權力關係之第一槍，在過去 10 年間，陸陸續續作成司法院釋字第 654、677、681、691、720、755 與本文所分析的 756 號等解釋，目前為止共計 8 號解釋，密度之高（與其他政府部門相比）、強度之大（以違憲比例觀之），令人咋舌。

傳統以來，矯正機關自許擔負著國家執行刑罰的責任，雖以使受刑人改悔向上、成功復歸社會為刑罰目的，但平心而論，社會大眾對監所的深切期盼，其實就是扮演好防衛社會、區隔罪犯的防線，因此，「戒護第一」一直是全體矯

正人員所堅守的工作信仰，其代表的就是捍衛社會大眾的秩序與安全。在這種根深蒂固信念下，受刑人的權利，長期以來被漠視與忽略，是不爭的事實。事實上，這種情形，不是只發生在臺灣，以人權立國的美國，在七〇年代以前的監所人權，司法部門也是採取類似的 hands-off（不干預）政策⁴⁴。

然而，近年來人權之高唱，這股風潮，從西方吹向東方，從社會也吹進了圍牆，無論是名人效應的影響或是人權團體的鼓吹，均發現臺灣受刑人的權益，確實無法與相關的國際規範（例如聯合國囚犯待遇最低限度標準規則）相接軌，落得臺灣的監所人權，經常被國際人權組織點名不及格，並要求改進，

⁴⁴ 賴擁連，同註2，頁71。

重創臺灣的國際形象。然而，改革是一條漫長的路，它需要觀念的溝通、文明的進步以及相關軟硬體的配合，始有可能克竟全功，並非一蹴可幾。

美國的殷鑑不遠，他們的受刑人權利運動，也是經過二十年後，最後法院認為改革已有著績後，始尊重矯正機關的權力，以讓矯正機關重拾管理與執法的要角⁴⁵。從這角度觀之，臺灣尚有十年的漫長道路要走。但不論如何，大法官的違憲解釋、監察委員的糾正與彈劾以及外界人權團體的指摘，矯正當局應該正視，化危機為轉機，將監所人犯在憲法基本權保障，作為當前矯正工作刻不容緩的改革目標。如同司法院釋字第755號解釋許宗力大法官協同意見書所指出：受刑人只是穿「囚服」的國民，並非憲法基本權保障的「棄民」，……，因此，受刑人基於同受憲法基本權保障的（穿囚服）國民身分，在監禁期間，其所擁有各種基本權利中，除人身自由遭受限制，以及附帶造成其他自由權利的當然限制外，其他憲法所保障之基本權利，監獄如欲加以限制，仍需符合目的正當，手段合乎比例性的憲法要求。基此，本文借鏡人權較為發達、監所人權改革較為先進的美國，透過國際比較法的觀點，截長補短，或可攻錯，讓我

國監所法規，在受刑人的權利保障與監獄管理的目的上，相互兼顧，以迎合外界對於我國監所人權之殷切期盼。

⁴⁵ 美國法院介入監獄改革以及強調受刑人權利之運動，肇始於1960年代中期，進而發展出三個階段：即1960年代中期到1979年的干預時期、1980年至1987年的限制干預時期以及1987年以來的尊重監獄管理階層時期。賴擁連，同註2，頁71-74。

參考文獻

一、中文部分

李茂生，受刑人之人權及其救濟制度——以美日兩國之制度發展為中心，
刑事法雜誌，36 卷 1 期，1992 年 2 月，頁 12-42。

賴擁連，我國監所人犯權利演進的檢視與前瞻：從我國大法官會議解釋與美國法院判例分析，收錄於：法務部司法官學院編印，刑事政策與犯罪研究論文集(15)，2012 年 12 月，頁 65-84。

李茂生，「臺灣監獄制度的未來展望——從釋字 755、756 號看受刑人被限制之自由與權利」學術研討會會議紀錄，台灣法學雜誌，344 期，2018 年 5 月，頁 108。

二、外文部分

Meeropol, Rachel & Ian Head (eds.), JAILHOUSE LAWYER'S HANDBOOK (5th ed. 2010), *available at* <http://jailhouselaw.org/> (last visited June 30, 2018).

Exploring the Violation of Constitutional Protections on Inmates' Confidential Correspondence and Freedom of Expression:

Legal Implications from American Case Law

Yung-Lien Lai^{*}

Abstract

In December, 2017, Justices of the Taiwanese Judicial Yuan's Constitutional Court issued Interpretation No. 756 holding that the current articles in Prison Act and its related regulations pertaining to inmates' confidential correspondence and limiting inmates' right to the press unconstitutionally violated Article 11 and 12 in the R.O.C. Constitution. This judicial action has led to significant impacts on correctional practices. In regard to Interpretation No. 756 and resulting actions taken by prison administrators, this study first of all explores the actual cases leading up to the judicial action, then highlights the unique points of view articulated by the Justices, and then analyzes the most noteworthy impacts this interpretation has had on inmates' rights and correctional management. Next, reflecting a genuinely comparative perspective, this study contrasts U.S. federal-level and state-level court holdings related to inmates' freedom of speech and access to the press to these actions taken in Taiwan. Specifically, the *Turner test* and some derivative corrections system regulations are examined closely for their implications for Taiwanese jurisprudence and correction facilities management. Finally, based on this analysis of constitutionality challenges to prison regulations this study provides commentary for the benefits of correctional administrators and lawmakers regarding future revision of the Prison Act and its related regulations.

Keywords: inmates, freedom of speech, case laws, secret correspondence, freedom of expression.

* Associate Professor, Department of Crime Prevention and Corrections, Central Police University, Republic of China (Taiwan).

《法律扶助與社會》徵稿啟事

2017 年 5 月 10 日編輯委員會會議決議通過

- 一、本刊為財團法人法律扶助基金會所發行之學術期刊，每年刊行二期（三月、九月）。
- 二、本刊歡迎與法律扶助及弱勢權益相關領域之法學、社會學、犯罪學、人類學、經濟學、心理學、公衛學等相關學門論著投稿，稿件性質包括研究論文及文獻評論，來稿字數（含本文、附錄、註腳、參考文獻），上限為三萬五千字，酌予稿費。
 - （一）研究論文：具有原創性或發展性之理論與實證研究之學術性論文。
 - （二）文獻評論：對於國內外文獻之評論。
- 三、本刊恕不接受一稿多投，亦不接受已刊登於其他出版品之論文。投稿後，來稿或其部分內容被其他出版品接受刊登者，作者應即告知本刊。來稿部分內容已刊登於其他出版品者，投稿時請說明來稿與已出版者之實質差異。
- 四、除特約邀稿外，本刊僅接受中文原著之來稿。
- 五、稿件撰寫格式，請參照本刊之撰稿凡例：
法律類研究論文凡例：
<http://www.laf.org.tw/upload/files/201805240915038504.pdf>
非法律類研究論文凡例（APA）：
<http://www.laf.org.tw/upload/files/201807181420132505.pdf>
- 六、來稿應依序包含下列各項：
 - （一）論文中文標題、中文摘要（以三百字為度）、中文關鍵字（至多十則）。
 - （二）論文英文標題、英文摘要（以三百字為度）、英文關鍵字（至多十則）。
 - （三）詳細目錄。
 - （四）正文（含頁碼）。
 - （五）參考文獻（列出正文引用過之學術文獻）。
- 七、作者投稿時請下載後填寫以下表格：
 - （一）投稿作者資料表：
<http://www.laf.org.tw/upload/files/201705081203144519.doc>
 - （二）著作財產權非專屬授權同意書：
<http://www.laf.org.tw/upload/files/201705081203444677.docx>

(三) 聯名投稿同意書 (單一作者免填):

<http://www.laf.org.tw/upload/files/201705081204255485.docx>

八、本刊來稿僅收電子檔案，來稿時將「投稿文章」及「投稿作者資料表」以「附加檔」方式寄至journal@laf.org.tw信箱。

九、本刊採雙向匿名審查制度，審查結果將適時通知作者。

十、本刊對於接受刊登稿件之屬性類別有最終決定權。經本刊決定採用之稿件，基於編輯需求，本刊得對文字及格式為必要之修正。

十一、稿件經採用者，文責自負，將贈送作者當期本刊五冊、抽印本二十冊及稿件PDF檔。

更正聲明

致各界讀者：

本刊創刊號會議紀實「原住民族狩獵文『化』與憲法保障座談會」，於文稿編製時，不慎誤植為「代」字。

特此更正，惠請 查照。

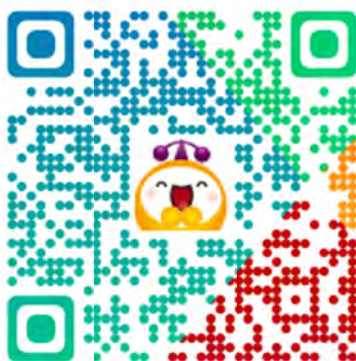
《法律扶助與社會》期刊編輯 敬上

◆ 弱勢的權益 需要您的支持 ◆

企盼您熱心捐款，幫助更多需要法律扶助的朋友

❖ 線上信用卡捐款

<http://www.laf.org.tw/details/index.php>



❖ 郵政劃撥

帳號：19858275

戶名：財團法人法律扶助基金會

❖ 現金袋或支票捐款

支票抬頭請開立「財團法人法律扶助基金會」加劃雙橫線並註明「禁止背書轉讓」字樣，掛號寄送「106 台北市大安區金山南路二段 189 號 5 樓 財團法人法律扶助基金會」。

❖ 電子發票愛心碼

結帳時向店員口述，愛心條碼代號「8282」

勸募字號：衛部救字第 1071362975 號

勸募期間：民國 107/09/01~108/08/31



財團法人法律扶助基金會
Legal Aid Foundation

