法律扶助與社會

Legal Aid And Society Review

第 二 期／2019 年 3 月

財團法人法律扶助基金會
LEGAL AID FOUNDATION

法律扶助與社會期刊

第二期

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／葉柔彣（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

主編的話

轉眼法律扶助與社會這本學術性雜誌已經出到第二期。本期共收錄四篇文章，第一篇是李建良教授所著「原住民狩獵與規範的衝突」。本文以著名的王光祿案為例，探討法規範與文化間的衝突，其次探討法規範間的衝突，最後以憲法的觀點提出作者個人的見解，嘗試解析文化、權力、刑法與憲法間的四角習題。其結論令人省思。

本期的第二篇與第三篇，是 2018 年法律扶助基金會南投分會所舉辦的「跨境移工移民的社會保障漏洞與權益保護課題國際演討會」中，由德國的 Hans-Joachim Reinhard教授以及日本的森戶英幸教授等兩位所發表的主題演講及譯稿。一篇論及德國對於移民的社會給付現況，另一篇則討論日本技能實習生於勞動法、社會保障法上的問題；這些都是台灣目前所面臨的難題。他山之石可以攻錯，這兩篇特別邀稿，應該可以促成我國相關法制的完善化。

最後一篇是桃園地方法院何宗霖法官的投稿。該文解析我國勞動事件中的前置程序，亦即勞動調解程序，並論及此程序與德日法制間的差異，彰顯出我國相關法制上的特色。

本期所收錄的四篇文章，或多或少都與勞動、生存有關，同時也深深地觸動到台灣社會目前深層的困境。期待本期的出刊，可以帶動往後的研究與分析。

主編

李茂生

2019 年 3 月

法律扶助與社會

本期目錄

第二期 March 2019

Legal Aid And Society Review

主編的話..... i

研究論文

原住民族狩獵與規範衝突
——文化、權力、刑法與憲法的
四角習題..... 李建良 1

Indigenous Hunting and Conflicts of Norms:
A Dual Dilemma from the Perspectives of
Culture, Power, Criminal and
Constitutional Law.....*Chien-Liang Lee*

特別邀稿

*Hans-Joachim Reinhard*著，林谷燕譯

德國境內之外國移民的社會給付..... 33
（德文稿略）

森戸英幸著，徐婉寧譯

日本における技能実習制度の法的位置
づけと問題点
—労働法・社会保障法の視点から— 47

日本技能實習制度之法律定位及問題點
——從勞動法、社會保障法的觀點..... 61

研究論文

解析勞動事件法之勞動調解程序..... 何宗霖 73

The Analysis of the Labor Dispute
Settlement Procedures in
Taiwanese Labor Dispute
Settlement Law .....*Zong-Lin He*

研究論文

原住民族狩獵與規範衝突*

——文化、權力、刑法與憲法的四角習題

李建良**／中央研究院法律學研究所研究員

目　次

壹、問題述要：從王光祿案談起
貳、觀點建構：文化與規範衝突
參、問題解析：法規或裁判違憲
肆、論題反思：王光祿案的啟示
參考文獻

摘　要

本文從一則原住民持土製長槍狩獵野生動物遭刑事有罪判決之案件（王光祿案）談起，嘗試分析背後所涉及的文化、權力、刑法與憲法之間交錯關聯的四角習題。論述內容分成三大部分：首先建構文化與規範衝突的基本觀點，作為分析架構與論證基礎。文中指出狩獵「違法」只是表象，深層的問題是文化的可規範性。繼之，進行王光祿案的問題解析，分別從原住民槍砲管制與狩獵管理兩方面，檢討現行法規的體系關聯與司法實務的論證理由。最後，提出若干反思性觀點，期能開啟憲法釋義與刑法體系的比較課題與法學新思維。

關鍵詞：原住民、狩獵、野生動物、槍砲管制、文化、規範衝突、憲法解釋。

壹、問題述要：從王光祿案談起

原住民持槍狩獵，由來已久，始終遊走在法律邊緣。王光祿，臺灣布農族的原住民，民國（下同）102 年 7 月間某日，在臺東縣海端鄉廣原村龍泉部落往第 1 林班地河床上某處，拾獲土造長槍 1 枝（含瞄準鏡 1 具及子彈 5 發）（下稱系爭長槍），持有之。102 年 8 月 24 日晚上 10 時 30 分許，王光祿在臺東縣海端鄉龍泉部落的第 3 林班地，以系爭長槍擊發 3 發子彈，獵捕山羌 1 隻，供其家人食用；102 年 8 月 25 日（翌日）凌晨 12 時許，王光祿在同鄉龍泉部落第 3 林班地內某處堰塞湖附近山壁，以系爭長槍擊發子彈 2 發，獵殺長鬃山羊 1

* 投稿日：2018年6月27日；接受刊登日：2018年10月11日。

** 中央研究院法律學研究所研究員。

隻，供其家人食用[1]。102 年 8 月 25 日凌晨 2 時 50 分許，在同鄉廣原村即臺東林管處關山工作站第 1 林班地河床，為警攔查，經徵得王光祿同意後搜索，獲知上情。

據上事實，臺灣臺東地方法院檢察署檢察官偵查起訴王光祿[2]，涉嫌罪名有二：一、非法獵捕保育類野生動物罪，法律依據：野生動物保育法（下稱「野保法」）第 18 條第 1 款、第 2 款、第 41 條第 1 項第 1 款、第 2 款；二、未經許可持有獵槍罪，法律依據：槍砲彈藥刀械管制條例（下稱「槍砲條例」）第 8 條第 4 項。案經臺灣臺東地方法院判決王光祿有罪（下稱系爭地院判決）[3]，罪名及刑責分別是：一、非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，處有期徒刑 3 年 2 月，併科罰金新臺幣 7 萬元；二、非法獵捕保育類野生動物罪，處有期徒刑 7 月。案經上訴，遞遭駁回確定[4]。嗣最高法院檢察署檢察總長以原確定實體判決違背法令為由，向最高法院提起非常上訴[5]。106 年 9 月 28 日，最高法院裁定停止審判，向司法院聲請解釋憲法[6]。

參諸刑事法院判決理由，略可作如下之爭點提要：

一、槍砲條例第 20 條第 1 項有關「原住民未經許可，持有自製獵槍，供作生活工具之用者」之「自製獵槍」之定義為何？是否應限於「自製」？何謂「自製」？

二、山羌及長鬃山羊是否為野保法第 18 條第 1 項但書之例外情形而得獵捕、宰殺或利用？

三、野保法第 21 條之 1 僅限於「傳統文化、祭儀」進而獵捕、宰殺或利用野生動物才能除罪化？

四、與原住民族基本法第 19 條第 2 項相較，野保法並未規範出於「自用」亦可獵捕野生動物，則「自用」是否也能適用野生動物保育法第 21 條之 1 予以除罪化？

1 山羌（學名：muntiacus reevesi micrurus）及臺灣野山羊（學名：capricornis swinhoei），經行政院農業委員會（下稱農委會）公告列為保育類野生動物。法律依據為野生動物保育法第4條第2項。

2 臺灣臺東地方法院檢察署102年度偵字第1754號起訴書。

3 臺灣臺東地方法院102年度原訴字第61號刑事判決。

4 第二審：臺灣高等法院花蓮分院103年度原上訴字第17號刑事判決；第三審：最高法院104年度台上字第3280號刑事判決。

5 最高法院106年度台非字第1號。

6 理由略以：一、現行槍砲條例第20條第1項有關「原住民未經許可，持有自製獵槍，供作生活工具之用者」、野保法第18條第1項至第3項規定獵捕保育類野生動物，受有種種限制，縱然是原住民，但其不符合同法第21條之1而違反者，逕以刑責相加，第41條第1項（甚或第2項加重）論罪處刑。二、違反憲法第23條比例原則。三、違反法律保留原則及法律明確性原則。四、逾越憲法增修條文第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」、第12項前段「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」的規範意旨。

五、依據野保法第 21 條之 1 第 3 項授權訂定之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」是否不當限制原住民族之狩獵權？

觀諸事實經過，對照爭點提要，顯示王光祿案非只單一個案，而是整體社會、國家在法律規範邏輯之下，反覆出現的文化規訓事件與法現象；不是小眾原住民面對國家法律的奇絕處境，毋寧是多元社會持續不斷進行中的價值取捨與利益權衡，背後蘊藏深厚的文化底蘊積澱，反映出盤根錯節的法與文化系統衝突問題，構成文化、權力、刑法與憲法之間交錯關聯的四角習題，本文嘗試解析之。

貳、觀點建構：文化與規範衝突

王光祿案若非屬單純法條詮釋問題，則在進入相關法規剖析與個案評釋之前，宜先確立思考的起始點，建構若干法理論點與規範衝突法則，俾以之作為分析架構與論證基礎。

一、思考起點

（一）法秩序與文化的關係

暫且不問法本身也是一種文化[7]，文化與規範的衝突，構成法與文化間互動所生關聯的一種現象。文化與法律分別有其獨特的質素，既相互包容，又彼此牴牾，兩種系統通過異己比較而彰明自身特性，形成各自的面貌與稜角。法作為一種社會規範，建立法秩序，邏輯縝密、可理解性、穩定性（朝令不宜夕改）、可預見性，為法之為秩序所不可想像其不存在的要素與條件；文化活動起念於心、發乎於情，尤其文創藝術，通常不求精確、忌諱固定、重複不變[8]，殆如詩云：「看似尋常最奇崛，成如容易卻艱辛」。文化是人類社會的產物，而有社會就有法，文化成為法規範的客體，或法秩序成為文化的外顯框架，文化因而也成為法的專門學問之一。所謂的「文化法」[9]即因文化的橫向特性而自成體系，載錄人類的生活方式、思想方法、乃至行為慣性及其與法規範的相互映照或互

7 關於法作為一種文化，參見*v. Münch*, Rechtskultur, NJW 1993, S. 1673 ff.; *Starck*, Errungenschaften der Rechtskultur: Menschenrechte und Gewaltenteilung, 2011, S. 7（本文中譯，參見Christian Starck著，李建良主編，法文化成就，2017年，頁1以下）; David Nelken, *Comparative Legal Research and Legal Culture: Facts, Approaches, and Values*, 12 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 45, 45-62 (2016).

8 重複是藝術的禁忌，例如有天下第一行書之稱的王羲之〈蘭亭集序〉，其中20個「之」字，無一相同，各有韻味。至若李白〈靜夜思〉：「床前明月光，疑似地上霜，舉頭望明月，低頭思故鄉」，20個字中出現兩次「明月」，世代傳頌，則是藝術中之異數，反證藝術文化之無定律。

9 文化法，相對應之國外概念，如Kulturrecht或culture law等，泛指以文化為課題之法領域，包羅不同客體、地域、部門，樣貌多元，作為法學議題的討論，無可避免地要一定的界說與限定。例如歐盟法領域之文化法，參見*Rees/Ukrow*, AEUV Art. 167, Beitrag der Union unter Wahrung und Förderung der Kulturvielfalt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 63. EL Dezember 2017, Rn. 210.

動衝突。

法既是一種文化，同時也面對文化。法規範之於文化的弔詭關係在於：一方面，文化（無論有形或無形）為重要法益之一，因法律規範而獲得保護或保存，此「文化保護法」自成獨立法領域之所由生，文化資產保存法為其中一例[10]；另方面，根源於文化的行為對個人法益或公共利益產生影響，因而受到法律的限制或禁止，以刑法制裁者，所在多有。不同於文化保護法制直接以文化作為規範的對象，「文化」**行為**之所以受到法律限制或處罰，並非出於國家立法刻意為之[11]，而是一體適用於所有人之法律未將特定文化（行為）排除在外的緣故，導致若干基於文化習俗之**行為**落入法律制裁的範疇之內。植基於宗教文化儀式的「割禮」（circumcisio），其與傷害罪等刑事處罰或民事侵權責任之關係[12]，即是顯例之一。於此所涉文化與法律規範問題，重點不在法律以文化為規範標的，而是立法者是否應就特定文化行為特設例外規定；或者在司法實務上，文化得否及如何作為法律解釋適用甚或阻卻違法的理據？於刑事法領域有所謂「文化抗辯」[13]的主張與論辯[14]，源由亦在此。

近代國家與原民文化的接觸，或混同融合或彼此衝突，民族格性與國家場域交互作用，一至於此[15]。原住民群體與個人記憶交相遞傳，法律如何規範原住民族文化，構成現代國家憲法文化的表徵與實然之一，更是嚴肅錯綜的法律課題，台灣尤具特色，從還我土地運動到原住民傳統文化的保存與實踐，無一不與國家法律處於或相容或衝突的關係。上述法秩序與文化的關聯思考，可

10 例如文化資產保存法第3條規定：「本法所稱文化資產，指具有歷史、藝術、科學等文化價值，並經指定或登錄之下列有形及無形文化資產：……」又如德國定有「文化資產保護法」（Kulturgutschutzgesetz），亦可供比較。參見*Elmenhorst/Heimann*, Die Neuregelung des Kulturgutschutzrechts, Überblick über die Grundstrukturen des KGSG, NJW 2016, S. 3398 ff.

11 直接以特定文化為標的之限制或制裁規範，本身可能因違反平等原則而違憲。

12 相關爭議及見解，各國不一，以德國為例，2012年，司法實務認為「割禮」構成傷害罪，宗教理由不足以作為阻卻違法事由，引發討論與爭議。同年，德國立法機關於民法增訂第1631d條，將男童割禮納入父母親權範圍。相對於此，針對女性割禮部分，則於2013年新增刑法第226a條明文予以處罰。相關文獻，參見Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Beschneidung und Strafrecht, 29. Juni 2012; *Fateh-Moghadam*, Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht, RW 2010, S. 115-142.

13 此所稱「文化抗辯」譯自culture defense一詞，相關文獻，例如The Harvard Law Review Association, *The Cultural Defense in the Criminal Law*, 99(6) HARV. L. REV. 1293, 1293-11 (1986); *Valerius*, Der sogenannte Ehrenmord: Abweichende kulturelle Wertvorstellungen als niedrige Beweggründe?, JZ 2008, 19, S. 915.

14 反對以「文化抗辯」作為阻卻違法事由者，例如*Hörnle*, Kultur, Religion, Strafrecht - Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, NJW-Beil. 2014, S. 34 ff.

15 參見李建良，憲法變遷中的原住民族權利——原住民族自治權的法理論述，收錄於：人權思維的承與變，2010年，頁370。

適用於原住民傳統文化與規範衝突所生之法律問題。

（二）規範衝突與刑法釋義

規範衝突的意涵與層面有二，其一，人與規範的衝突；其二，規範自身的衝突[16]。法源自於人，人既受法規範，亦與規範發生衝突，諸如文化、風俗、宗教信仰、思想信念、價值……等；法規範複雜之社會，非單一或數批條文即可竣事，所謂「法條有限、人事無窮」反映的是「人事難定、法條無數」，其自身存在衝突者，諸如法條體系矛盾、下位法牴觸上位法……等，在所難免。循此，本文設題：原住民狩獵與規範衝突，亦有雙重意義，一是民住民狩獵文化與法規範的衝突；另一是規範原住民狩獵行為的法規範自身發生相互衝突或矛盾的現象與問題。

如前所述，法律之於文化，概有保護與限制兩種面向，後者為本文論題，尤其刑法對文化的罪與罰。相對來說，文化對刑法的規範與實踐亦產生某種排斥作用，或形成一定程度的挑戰與改革壓力；更深層的看，此多少也是（部分）「法律人」與（部分）「文化人」兩種世界的交會、碰撞與折衝[17]。**法規範得以成為一種文化，筆者認為，在於經年生成內化的歸納邏輯、演繹方法與理由構成**。著眼於規範法學的視角，法之形成或決定是（部分）法律人的任務與義務，諸如立法機關、法官、檢察官、行政機關等。法的決定過程需要縝密的法律論證、思考方法或推理步驟，為法釋義學方法[18]的功能所在，也是法之為法不可或缺的要素之一。通過理性系統的法律思維，將社會事實一般化、結構化與體系化，區辨抽繹出法律上「重要」與「不重要」的要素，並反覆來回於今昔社會事實、新舊個別條文與法理體系之間，為法律人特有的基本能力，也是法律人的角色、能量暨思維模型得以具像化的理由（法學的理由）[19]。法之釋義方法開啟尋找個案正義的路徑，端視法理論證是否堅實，能否確保特定法領域的內在融貫性。以刑法與憲法為例，此二法領域皆以國家權力的核心，儘管重點各有不同，構成要件該當、違法、有責，

16 此同時是法律解釋與法學方法的基本課題，參見*Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., 2008, S. 153 ff.

17 Okko Behrends曾以獲有法學博士學位的德國詩人Heinrich Heine（海涅）為例，分析何以法學者與詩人無法並存的內在精神因素，在於法律為自由之故而界定人際的秩序；反之，詩人則欲突破人際間的秩序，追求精神上的自由。參見*Behrends*, Heine und die Rechtswissenschaft, in: Lipp/Möllers/von der Pfordten (Hrsg.), Heinrich Heine, Dichter und Jurist in Göttingen, 2007, S. 49-68.

18 即Rechtsdogmatik，此一用語如何中譯方屬允洽，暫此不論。相關討論，文獻充棟，近期著作，參見*Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017, S. 44 ff.；李建良，法治與法學的民主反思：法學之為科學的方法論思考，收錄於：城仲模教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，台灣公法學的墊基與前瞻——城仲模教授八秩華誕祝壽論文集（上冊），2018年，頁349-378。

19 關於法律人的能力，參見王澤鑑，法律思維與民法實例——請求權基礎理論體系，2011年，頁1以下。

刑法與憲法理路同源，論理之藝術，存乎於構成要件建構、論證、涵攝與論結，思維重點包括：法益是否受有侵害？涉及誰的法益？法益應受保護的必要性何在？法益若受有侵害，則可歸責於誰（國家、社會、個人）？歸責的法則何在？是否應予究責？又如何為之？試將此一連串的提問，用在王光祿案之上，且看可以得出如何的論證結果。

（三）狩獵文化的可規範性

王光祿案所涉諸多爭點，蘊存文化與規範衝突的古典命題。原住民族狩獵文化與行政管制規範之間產生衝突，狩獵「違法」只是表象，深層的問題是：文化的可規範性，與此串連的思維是：狩獵是單純的「個別行為」，還是集體性的「文化」？處罰的是狩獵「行為」本身，還是狩獵的「方式」（工具）？從「法」的角度來看，槍砲條例與野保法兩部不同規範目的的法律[20]，適用在系爭同一狩獵行為之上，是否構成對狩獵文化的「肢解」？轉換成行政法、刑法與憲法的提問，可再細分出：究竟是狩獵的「工具」具有不法性？抑或狩獵的「標的」為法之所禁？還是根本性地指向狩獵「文化」自身，屬於族群集體的不法性？從行政管制與刑事處罰的角度切入，剖視公權力與文化的角力關係，值得思索的問題是，系爭規定究竟仍舊維持「文化中立」，或者已然構成「管制文化」或「制裁文化」？

原住民族是否享有憲法上的文化權利，暫且不論[21]，先究問國家規範原住民族傳統文化的權力正當性，本文的思維取徑與基本觀點是：文化本身（什麼是文化）具有不可規範，也因此（超越行為之）**文化本身具不可罰性與不可管制性**；反面以論，唯（根基於文化之）「工具」（行為）存有法律予以規範的可能性，但法律應謹守「文化中立」原則，且須具憲法正當性；同理，表現於外的「行為」縱令具有可規範性，法律對之進行規範時，亦須維持文化中立的立場，同樣須具有憲法上之正當事由。換言之，與文化有關之行為或工具，國家均可規範、限制、禁止或處罰，但非因文化之故，毋寧需另有憲法上的正當理由，並合於憲法上之法治要求。觀念上須予澄清者，乃所謂文化的不可規範性，非指將文化概然排除於法律規範之外（例如法律對有形或無形文化資產的保護，即屬文化受到法律的規範），而是強調文化本身不具可罰性，必須出於行為所生的外部性，如同思想的不具可罰性，且不容國家侵犯、受憲法的絕對保障[22]。誠然，文化與文化行為難於截然

20 比較槍砲條例第1條與野保法第1條規定，可知前者在管制槍砲、彈藥、刀械；後者旨在保育野生動物，維護物種多樣性，與自然生態之平衡，二者規範目的與重點，顯有不同。

21 篇幅所限，關於原住民族權利暨文化權的憲法定位，另文探討之。

22 司法院釋字第567號解釋理由書謂：「思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政

割裂，但在進行法律評價時，仍應有所區隔。此猶如「內在信仰」與「宗教行為」的關係，二者甚難切割，在法律評價上及受憲法保障的程度，則迥然有別[23]。前舉「割禮」之例，固有其複雜的文化習俗或宗教儀式的因素，然其對人之身體造成的傷害，已非單純涉及文化或內在信仰問題。抑且，法律介入規範的理由，僅能基於憲法保障身體權或健康權之故，而非對文化或宗教逕予規範。至於文化或宗教理由能否作為阻卻違法事由或適用「同意不生不法」（volenti non fit iniuria）原則或規定[24]，尚須視個案判斷而定[25]。

二、權力據點：刑法與憲法秩序

不論是行政管制或刑事處罰，國家權力為共通的核心要素，在原住民狩獵文化與規範衝突之間，權力扮演關鍵性角色，其在憲法規範秩序中之定位，足為索解系爭問題的立基點。王光祿之罪不外是「持有」槍枝與「狩獵」行為，王光祿之所以受罰，乃因法院否認其行為屬「傳統文化」。「持有」、「狩獵」與「傳統文化」三者屬**人民**的個別行為或集體活動，衡之刑法釋義的通說架構，前二者為犯罪構成要件要素（行為）；後一則為立法之除罪化事由與法律適用之阻卻違法事由（除罪化事由）。從憲法基本權釋義學的思考方法出發，前二者涉及國家權力對基本權之限制（包括刑法之限制），須具備合於憲法秩序之正當化理由；後一則觸及國家權力能否及如何對文化進行規範的正當性課題。

（一）「持有」的罪與罰？

槍砲條例針對槍砲、彈藥、刀械建立許可制（非經許可，不得製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借、持有、寄藏或陳列）[26]，並授權中央主管機關（內政部）或中央目的事業主管機關訂定相關許可及管理辦法[27]。於槍砲、彈藥部分，管制的**標的**有四項：1. 一般之槍砲，凡「可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」；2. 專供射擊運動使用之槍砲；

秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害。」可資參照。又，司法院釋字第577號解釋理由書提及：「課予菸品業者標示義務，並非強制菸品業者……表達支持特定思想之主張，……，尚非過當」，反面推之，則法律若強制人民表達支持特定思想之主張，則可能洵屬過當，而構成違憲。

23 參見司法院釋字第490號解釋理由書謂：「內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，**應受絕對之保障**；其由之而派生之宗教行為之自由與宗教結社之自由，則可能涉及他人之自由與權利，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任，因此，僅能受**相對之保障**。」

24 刑法第282條規定：「……受其囑託或得其承諾而傷害之，成重傷者，處……」，若未達重傷之程度，則不罰。另可參照德國刑法第228條。

25 關於憲法上的爭議，參見 *Schwarz*, Verfassungsrechtliche Aspekte der religiösen Beschneidung, JZ 2008, S. 1125 ff.; *Herzberg*, Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung, JZ 2009, S. 332-339.

26 第5條、第5條之1、第6條。

27 第6條之1第1項、第20條第3項。

3. 原住民自製之獵槍、魚槍；漁民自製之魚槍。管制的**行為**有三組：1. 製造、販賣、運輸；2. 轉讓、出租、出借；3. 持有、寄藏、陳列（意圖販賣）。違反管制（未經許可）的**法律效果**，分別如下：1. 一般之槍砲：刑事處罰；2. 專供射擊運動使用之槍砲：行政處罰或刑事處罰；3. 原住民自製之獵槍、魚槍：行政處罰；4. 漁民自製之魚槍：行政處罰。綜觀上述規定內容，暫先不問「自製獵槍」如何定義[28]，亦不論相似行為異其處罰種類是否構成體系矛盾，首要思考的問題是：許可制（行政管制）得否連結刑事責任？「持有」的刑法上非價性為何[29]？是否具有憲法上之正當性？

從刑法的觀點出發，單純「持有」構成犯罪的可罰性，基本上有二種考量（規範目的），一是抽象危險犯，二是預備犯。後者須有法律明文規定，例如刑法第 271 條第 3 項，系爭規定非屬之。抽象危險犯之設，旨在保護特定之具體法益，如生命、身體、財產等，或為維護抽象但重要之法益，如環境利益、善良風俗、共同道德等[30]，例如持有毒品罪（毒品危害防制條例第 11 條）因數量而有差別[31]，或持有猥褻物品罪（刑法第 235 條第 2 項）係以「意圖散布、播送、販賣」為要件，而非處罰單純的持有。另如污染環境罪（刑法第 190 條之 1）從具體危險犯改為抽象危險犯，旨在防止污染造成環境無法彌補的損害[32]。

28 參見本文「參、一、(二)」。

29 持有之為罪的荒謬性，除《左傳》:「匹夫無罪，懷璧其罪」外，另一則周知的古典故事是《三國志．蜀書．簡雍傳》記載一段簡雍與劉備的對話：時天旱禁酒，釀者有刑。吏於人家索得釀具，論者欲令與作酒者同罰。雍與先主遊觀，見一男女行道，謂先主曰：「彼人欲行淫，何以不縛？」先主曰：「卿何以知之？」雍對曰：「彼有其具，與欲釀者同。」先主大笑，而原欲釀者。

30 關於危險犯的概念與分類，參見*Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 11, Rn. 153 ff.

31 依毒品危害防制條例第11-1條第2項規定:「無正當理由持有或施用第三級或第四級毒品者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰，並應限期令其接受四小時以上八小時以下之毒品危害講習。」對照同條例第11條第5、6項規定:「持有第三級毒品純質淨重二十公克以上者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以下罰金。持有第四級毒品純質淨重二十公克以上者，處一年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以下罰金。」可知持有第三級或第四級毒品因其數量是否達純質淨重二十公克以上而異其處罰方式，顯示持有之為罪，尚須視其可能危害嚴重程度而定。

32 本條第1項:「投棄、放流、排出、放逸或以他法使毒物或其他有害健康之物污染空氣、土壤、河川或其他水體者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千萬元以下罰金。」為107年6月13日修正公布之規定。依立法理由所載:「近年環境污染嚴重，因事業活動而投棄、流放、排出、放逸或以他法使毒物或其他有害健康之物污染空氣、土壤、河川或其他水體，往往造成環境無法彌補之損害；且實務上對於本條『致生公共危險』之構成要件採嚴格解釋，致難以處罰此類環境污染行為，故為保護環境，維護人類永續發展，刪除『具體危險犯』之規定形式，即行為人投棄、放流、排出或放逸毒物或其他有害健康之物於空氣、土壤、河川或其他水體造成污染者，不待具體危險之發生，即足以構成犯罪，俾充分保護環境之安全。」可知本條係旨在保護環境之抽象危險犯。至於「污染」如何認定，其與行政管制規範之間的關係（學說上稱「行政從屬性」）為何，容待從行政法的觀點探討與釐清之。

是以，系爭規定對原住民單純持有自製獵槍之行為予以刑事處罰，若非出於保護特定之具體法益或為維護抽象但重要之法益，則系爭處罰規定之規範目的，衡之以比例原則的「目的審查」，誠難謂其洵屬正當。退步言之，縱認對原住民單純持有自製獵槍之行為以刑法論處，目的尚屬正當，然其刑責是否達處以自由刑的程度，亦值商榷。

（二）「狩獵」的罪與罰？

野保法對「保育類野生動物」的管制模式為：「原則禁止」，即：不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或其他利用[33]；同時輔以「例外許可」，概有二類：1. **經主管機關許可或核准**，情形有三：1) 族群量逾越環境容許量，2) 基於學術研究或教育目的，或 3) 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；2. **除情況急迫外，應先報請主管機關處理**，情形有四：1) 有危及公共安全或人類性命之虞者，2) 危害農林作物、家禽或水產養殖者、傳播疾病或病蟲害者，3) 或有妨礙航空安全之虞者。違反管制（未經許可）的法律效果有二：1. 捕獵、宰殺：刑事處罰；2. 其他：行政處罰。

「傳統文化」如何定義姑且不論，野保法「例外規定」的規範意旨為何，為系爭條文規範審查與解釋適用的導引座標。野保法第 21 條之 1 以「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」作為例外事由，被置於規範體系中的「原則禁止、許可保留」，而非「原則事前報請處理、例外逕行為之」。與野保法其他許可保留的事由相較，如族群量逾越環境容許量或基於學術研究或教育目的，後者基本上可以透過數據資料或科學方法予以認定，或至少具有驗證可能性。反之，以「傳統文化、祭儀」作為例外規定要件要素，若不設有相對應的外部審認機制，其結果無異於將文化的定義權授予行政官僚體制，司法權對於原住民狩獵行為定罪處罰的權力亦可能旁落於行政權之手。

（三）傳統文化的定義權

原住民狩獵行為的罪與罰，繫於原住民「自製獵槍」與「傳統文化、祭儀」兩項法律概念的解讀，法律未有明文，槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款則對「自製獵槍」規定如下：「指原住民為傳統習俗文化，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之地點，並依下列規定製造完成，供作生活所用之工具：……」。此一定義與槍砲條例「獵槍」規定的體系關聯，容後詳論[34]，僅先從「除罪化」的角度平行思考。槍砲條例針對原住民設有除罪化之事由，除自製獵槍外，亦包括自製魚槍，但同樣未就「自

33 第18條第1項。

34 詳見本文「參、一、(二)」。

製魚槍」明文定義，留由主管機關規範。前揭管理辦法第 2 條第 4 款對「自製魚槍」的定義是：「專供作原住民或漁民生活工具之用，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之漁民或原住民協力，在警察分局核准之報備地點製造完成，……」。比較二款規定，獵槍與魚槍的定義顯有不同，前者有「為傳統習俗文化」，後者則無，尤其是專供作原住民生活工具之用的魚槍，不以「為傳統習俗文化」為要件，顯示規範體系之不一致，且理由不明。更重要的是，「為傳統習俗文化」如何定義？國家權力是否有權認定？從上述自製獵槍的定義規定來看，所謂「為傳統習俗文化」似乎只是修飾語句，**真正具規範意涵者，毋寧是「在警察分局核准之地點，並依下列規定製造完成，供作生活所用之工具：……」等行政管制措施**[35]，由此反證傳統文化之不可定義性，或至少非行政權力所能定義者。

再查野保法第 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，……」第 2 項：「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」不同於槍砲條例，野保法直接將「傳統文化、祭儀」列為法定構成要件。儘管內涵不確定，但從法條結構與法律概念來說，所謂「傳統文化」為何，自非行政權所得單獨詮釋、「定義」者，而屬法院所得審查的法律解釋適用問題。由於「傳統文化」屬於高度具評價性之不確定法律概念，非能進行「文義解釋」，而必須在所處法律（野保法）的規範體系中進行合於規範目的之解釋。至於原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 2 條有關「傳統文化、祭儀」之規定，亦為法院得為審查之標的，且非可直接照單全收[36]。蓋野保法第 21 條之 1 第 2 項僅授權主管機關就「申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項」訂定辦法，而未授予主管機關對「傳統文化、祭儀」的定義權。

須指出者，野保法旨在管制「狩獵行為」，同法第 19 條另有「狩獵方法」的禁止規定，但未限定須以「自製獵槍」為之。因此，若透過「傳統文化」的詮釋將「狩獵方式」（獵槍部分）界定在「自製獵槍」上，則不無增加法律所無之限制（野保法未限制只能以自製獵槍狩獵）。狩獵文化或觀念隨時代迭有變遷，方法亦同。槍砲條例有關原住民族「自製獵槍」規定與野保法的規範意旨，著重點未盡相同，不宜恣意聯結，致生規範體系間之齟齬。

35 此種管制規定是否合於法律意旨，參見本文「參、一、(二)」。

36 參見本文「參、二、(三)」。

三、規範接點：法治與體系正義

體系正義為法治原則不可或缺的基本元素[37]，上述有關文化與權力的交互辯證，以及原住民自製獵槍與狩獵行為罪與罰的文化關聯，就法言法，非單憑法律文字語詞咀嚼所能釐清者，核心關鍵毋寧存在於規範體系之間是否整全貫通抑或矛盾衝突。觀諸系爭問題各種相接或互聯的規定，大抵有相同位階與不同位階之規範衝突兩種層次。簡略提要如下，作為後述問題解析的框架。

（一）相同位階的規範衝突

相同位階的規範衝突問題，主要發生在法律之間。例如槍砲條例有關槍砲管制的「目的設定」是否相互矛盾？例如第 5 條與第 5 條之 1 規範意旨的異同何在？後者規定「手槍、空氣槍、獵槍及其他槍砲、彈藥專供射擊運動使用者，非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借、持有、寄藏或陳列」，其中各類槍砲（尤其原住民自製獵槍、自製魚槍）的規範目的是否相同？差別何在？又如槍砲條例分設「行政處罰」與「刑事處罰」兩種法律效果，其理據為何？是否矛盾？另外，槍砲條例與其他槍砲相關法律之間的關係，亦值關注。例如自衛槍枝管理條例就各式手槍、步槍、馬槍及土造槍（甲種槍類）及具有自衛性能之各式獵槍、空氣槍、魚槍及其他槍枝（乙種槍類）設有管制規定，與槍砲條例的管制規定係相互重疊或各有目的？各式獵槍是否包含原住民自製獵槍在內？容待釐清。

（二）不同位階的規範衝突

不同位階的規範衝突問題，主要存在於法律與命令之間。舉其要者，槍砲彈藥刀械許可及管理辦法（命令）第 2 條是否增加槍砲條例（法律）所無之限制？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（命令）第 2 條有關「傳統文化」的定義，是否逸脫野保法（法律）授權範圍之外？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（命令）第 4 條及第 6 條附表是否增加野保法（法律）所無之限制？

參、問題解析：法規或裁判違憲

一、槍砲條例與原住民槍砲管制

（一）法制沿革與立法理由

槍砲條例第 20 條，係 86 年 11 月 24 日公布新增之規定，原僅有兩項，分別是：「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

37 基本觀念，參見 *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1978, passsim; *Peine*, Systemgerechtigkeit: Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle, 1985, passim；近期文獻，參見 *Dieterich*, Systemgerechtigkeit und Kohärenz: Legislative Einheit und Vielheit durch Verfassungs- und Unionsrecht, 2014, passim.

之用者，減輕或免除其刑，並不適用前條之規定。」、「原住民相互間販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍，供作生活工具之用者，亦同。」[38]

90 年 11 月 14 日修正公布之系爭槍砲條例第 20 條，除增加「自製之漁槍」不適用刑罰規定外，主要是將「減輕或免除其刑，並不適用前條之規定」改為「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」，同時新增第 3 項：「前二項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。」[39]

93 年 6 月 2 日，槍砲條例第 20 條再次修正公布，於第 1 項增列「二千元以上」等文字，同時新增第 4 項：「主管機關應輔導原住民及漁民依法申請自製獵、漁槍。[40]」

94 年 1 月 26 日，槍砲條例第 20 條第三次修正公布，增列第 5 項：「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。[41]」

100 年 1 月 5 日，槍砲條例第 20 條最近一次修正公布，新增第 4 項：「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。」原第 4、5 項移列為第 5、6 項[42]。

（二）自製獵槍與傳統文化

綜觀立法沿革，原住民槍砲管制規範的分水嶺為 90 年 11 月 14 日修正公布之規定，將原住民製造、運輸或持有自

38 立法理由：「基於原住民所自製之獵槍，係屬傳統習慣專供獵捕維生之生活工具，且其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，為恐原住民偶一不慎，即蹈法以第八條相加，實嫌過苛，爰增訂得減輕或免除其刑規定，並得排除本條例強制工作之適用。」

39 修正理由為：「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障原住民基本之生活權益。」

40 立法理由：「九十年十一月十四日修正公布現行條文的立法理由，係基於尊重原住民族傳統文化而將刑罰予以除罪化，改以行政秩序罰來處分，即以行政機關積極輔導的方式協助原住民辦理申請登記事宜；惟查：警政機關在實務上卻是以警訊偵察程序進行查察，且在罰鍰處分時，又沒有按個案情形，例如初犯與否、槍枝性能等作不同裁量，致加重原住民生活經濟的負擔，是以參照一般法規有關行政罰規定增列上下限規定，俾供作處分裁量之依據」、「為照顧原住民生活所需，增列第三項（按：第四項之誤植）原住民得申請自製漁、獵槍」。

41 修正理由：「增訂修正條文第五項，原住民或漁民未經許可，製造、運輸、持有、販賣、轉讓、出租、出借或寄藏自製之獵、魚槍，於中央主管機關公告期間自動報繳者，免除其處罰及其例外規定。」

42 立法理由：「增訂第四項規定，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。」

製之獵槍「除罪化」，由此對應出「**自製之獵槍**」此一特殊法律概念，其意涵為何，與「獵槍」或其他槍砲如何區隔，有待探究。

槍砲條例所稱「槍砲」，指「火砲、肩射武器、機關槍、衝鋒槍、卡柄槍、自動步槍、普通步槍、馬槍、手槍、鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍、魚槍及其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」(第 4 條第 1 項第 1 款)。「**可發射金屬或子彈具有殺傷力**」為槍砲的共通要素，獵槍為其中之一種。相對於以發射方式或殺傷力程度不同而區分之槍砲種類，如火砲、肩射武器、機關槍、衝鋒槍等，獵槍屬於一種「功能性」槍砲。槍砲條例將之與其餘槍砲分別規範[43]，「非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借、持有、寄藏或陳列」(第 5 條之 1)[44]、「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**中央目的事業主管機關會同中央主管機關**定之。」(第 6 條之 1)；惟其管制的法律效果則同於其他槍砲，為刑事制裁（第 8 條）。

何謂「獵槍」？法律無明文[45]，亦未見行政命令訂有具體規範，僅內政部依槍砲條例第 6 條之 1 第 1 項及第 20 條第 3 項授權訂定之「**槍砲彈藥刀械許可及管理辦法**」第 2 條第 2 款對「**自製獵槍**」設有定義[46]：「指原住民**為傳統習俗文化**，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之地點，並依下列規定製造完成，供作生活所用之工具：(一）填充物之射出，須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，或使用口徑為零點二七英吋以下打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆。(二）填充物，須填充於自製獵槍槍管內發射，小於槍管內徑之玻璃片、鉛質彈丸固體物；其不具制式子彈及其他類似具發射體、彈殼、底火及火藥之定裝彈。(三）槍身總長（含槍管）須三十八英吋（約九十六點五公分）以上。」對照 86 年 11 月 24 日公布新增槍砲條例第 20 條之立法理由「住民所自製之獵槍，係屬傳統習慣專供獵捕維生之生活工具，且其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍」，可知自製獵

43 第5條：「前條所列槍砲、彈藥，非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借、持有、寄藏或陳列。」其中「前條所列槍砲」，解釋上不包括「獵槍」。蓋同條例第5條之1另有「獵槍非經中央主管機關許可，不得製造……」之規定。

44 與獵槍同列者，尚有手槍、空氣槍及其他槍砲、彈藥專供射擊運動使用者。

45 另查，自衛槍枝管理條例將獵槍列為「乙種槍類」(第2條第1項第2款)，但對獵槍亦無定義。

46 本辦法第1條規定：「本辦法依槍砲彈藥刀械管制條例……第六條之一第一項及第二十條第三項規定訂定之。」惟查槍砲條例第6條之1第1項規定：「**第五條及第六條所定槍砲**、彈藥、刀械之許可申請、條件、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。」若對照同條第2項規定：「**第五條之一所定槍砲**、彈藥之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央目的事業主管機關會同中央主管機關定之。」可知本辦法規範對象應不及於「獵槍」，蓋獵槍非槍砲條例第5條所定之槍砲。

槍係專屬於「原住民」的法律概念（非原住民自製的獵槍，非「自製獵槍」），同時顯示「獵槍」在現行法架構下，屬於一欠缺明確規範內涵的法律概念，其究指可供捕獵之任何槍砲，抑或以「獵槍」為名稱之槍砲？殊難以從法律文字進行理解。換言之，**法律所謂之獵槍**者，其能所涵攝之內容，非受規範者依其日常生活及語言經驗所能預見，亦非司法審查所能確認[47]，與法律明確性原則不無違背（**法律違憲**）。

除法律規範是否明確之相對形式性原則外，實以看待系爭辦法規定之內涵，有待商榷之處，至少有如下三點：

其一，參諸新增槍砲條例第 20 條之立法理由，可知「自製獵槍」係扣緊「原住民傳統習慣」的一項法律概念，所謂「原住民統習慣」應係指獵槍的「**製作方法**」，而非「用途」，則首要的問題即是，「供作生活所用之工具」的要件要素，是否摻入法律所無的限制，與法律保留原則有違（**命令違法、違憲**）。其次，關鍵的核心問題是，製造「可發射金屬或子彈具有殺傷力」之槍砲，是否為原住民的**傳統習俗文化**？如何證明？若然，則緊接的疑問是，何以「**自製**」傳統習俗文化的獵槍**須經申請**，且須**在警察分局核准之地點**？其三，進一步追問，系爭辦法所定「填充物的射出方式」、「口徑」、「填充物的內容」、「槍身總長」等，**是否符合原住民的傳統習俗文化**？何族的傳統習俗文化？各族有異或一體相同？主管機關是否對原住民的傳統習俗文化進行實際有據的調查？以上提問顯示，管理辦法對「自製獵槍」的**行政定義**，實則是主管機關「自行設定」的管制模式，而非真正的所謂原住民的傳統習俗文化。反過來說，所謂「自製獵槍」若是「原住民為傳統習俗文化製造完成，供作生活所用之工具」，則行政主管機關只能且須「**發現**」原住民傳統習俗文化，而非且無權「**創造**」之。

臺灣臺東地方法院 102 年度原訴字第 61 號刑事判決（下稱系爭地院判決）謂：「（按：立法機關）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」云者，固屬合於法律解釋方法之見解，尤其「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」、「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」等

47 參見司法院釋字第636號解釋。

語，為全案問題爭點之所在。然則，何謂「以其文化所允許之方式製造」，未見法院有進一步闡釋，即率爾論斷「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。」查槍砲條例第 20 條第 1 項僅有「自製獵槍」之法律用語，而無「構成要件」。系爭地院判決所謂之「構成要件」若係指管理辦法第 2 條第 2 款有關「自製獵槍」之規定，則應審查其與法律之授權意旨是否相符，並回答本文上述之提問，否則即有理由不備之瑕疵（**裁判違憲**）。換言之，系爭地院判決從系爭槍枝「非被告製造」直接推論出系爭槍枝「非屬原住民以其文化所允許之方式製造」，在法律論證邏輯上不無跳躍之嫌。

（三）管制獵槍或狩獵行為

前述有關「自製獵槍」意涵是否包含「供作生活所用之工具」要素及其認定的爭議，隱含了一項結構性的法律規範意旨問題，即槍砲條例的管制標的是槍砲本身，抑或包含槍砲的「使用」行為？就本文題旨而言，吾人關心的問題是槍砲條例旨在管制「獵槍」，抑或「狩獵」行為？

查槍砲條例第 1 條：「為管制槍砲、彈藥、刀械，維護社會秩序、保障人民生命財產安全，特制定本條例。」再觀同條例第 5 條規定：「前條所列槍砲、彈藥，非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借、持有、寄藏或陳列。」可知槍砲條例旨在規範「製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借、持有、寄藏或陳列」等行為。除「製造」外，規範重點在於各種不同型態之「持有」行為，包括槍砲所有權之得喪變更。系爭地院判決謂：「該條例第 20 條第 1 項規定：『**原住民未經許可，『製造』、運輸或『持有』自製之獵槍**……』，於法條中將『製造』（按：該獵槍如為行為人本人所製造，其製造之行為即吸收持有之行為），與『單純持有』自製獵槍二者分開列舉，可見立法者除容許『製造』之行為外，亦容許『單純持有』自製獵槍之行為」，固非無見，但槍砲條例第 5 條並非僅針對「自製獵槍」，而是所有之槍砲，重點在於「須經許可」始得持有，以及違反之法律效果各有不同。換言之，槍砲條例係採「禁止附許可保留」的管制模式，值得探究的是，此之謂「許可」者，係「特許」抑或「一般之許可」？

（四）許可保留的規範內涵

「非經許可，不得……」的管制模式，學理上稱為「禁止但附許可保留」（或簡稱「許可保留」）[48]。觀念上，特

48 「許可保留」的用語，源自德國學說與實務見解，相對應的用語主要有Erlaubnisvorbehalt（參見*Friauf*, Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, JuS 1962, S. 422 ff.）或Genehmigungsvorbehalt（參見 *Schröder*,

定行為須經許可始得為之，其理由概分為二：一、立法者基於危險預防的考量，針對某類行為設定法定要件，俟經法定程序、審核合於法定要件後，給予得為該行為之許可，屬於暫時性的行為障礙[49]；二、立法者就特定有害社會之行為作一般性之禁止，並在特殊例外之情況下，例外許可為之[50]。制度上，於前者之情形，主管機關於申請符合許可要件時即應為許可之處分，無裁量之餘地；於後者之情形，主管機關除審核申請是否符合許可要件外，對於是否給予許可，通常尚有裁量之空間[51]，可稱之為「特許」，以資與前者區隔。不過，此二管制模式並非截然可分[52]，如同憲法上正當程序之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量[53]，由立法者制定相應法律要件與決定程序[54]。

揆諸槍砲條例的條文構造與規範內涵，對於槍砲管制原則上係採取「許可制」[55]，惟關於許可之要件、程序及准駁之權限（有無裁量權），法律付之闕如，率皆授權中央主管機關定之，僅於第 5 條之 2 第 1 項就撤銷或廢止許可之要件設有明文[56]。從法律規定整體以觀，無法判別許可保留的法律規範意旨，只能從法律效果是否為刑事處罰或行政處罰，約略反推其究為特許或單純許可制。尤值注意者，槍砲條例第 20 條

Genehmigungsverwaltungsrecht, 2016, S. 1 ff.）。須指出者，「許可保留」為德國學理「用語」，未必見諸其他國家，卻不表示其他國家無許可保留的「管制模式」。但凡有「許可」制度之國家，其制度之內涵不外乎是「非經許可，不得……」的管制模式。例如英國二十世紀重要行政法學者之一H. W. R. Wade於1961著有一篇短文（W. R. Wade, *Administrative Law. Remedies, Person Aggrieved, Planning Permission*, 19(1) CAMBRIDGE L.J. 5, 5-8 (1961)），討論許可與鄰人訴訟之關係，可資佐證許可與權利救濟之關係，並非德國的專利。

49 與此相對應的德國學理概念是präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt（預防性禁止附許可保留）。

50 與此相對應的德國學理概念是repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt（壓制性禁止附許可保留）。

51 參見 *Gromitsaris*, Die Unterscheidung zwischen präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt, DÖV 1997, S. 401.

52 德國有學者設例比喻，「特許」猶如容許攀爬設立的圍籬；反之，許可則是打開柵欄，任人進出。參見 *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 46 Rn. 44. 嚴格而言，不管是攀越圍籬或卸除柵欄，重點仍在於圍籬或柵欄之**何以設立與解除之理由？**

53 參見司法院釋字第689號解釋。

54 例如德國聯邦憲法法院認為核能電廠之許可是預防性之許可保留，但立法者基於原子能的特性賦予主管機關裁量權為憲法之所許。參見BVerfGE 49,89 (145)：「原子能法第7條第2項係預防性禁止附許可保留（ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt）之體現。」援引立法理由（BTDrucks III/759, S. 19）及學說見解，例如 *Mahlmann*, Ermessen, Beurteilungsspielraum und Beweislastverteilung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, in: Erstes Deutsches Atomrechts-Symposium, 1973, S. 270.

55 槍砲條例第5條、第5條之1、第6條之1、第20條。

56 此項規定應係為滿足行政程序法第123條之規範。

之 1 第 1 項規定：「具打擊底火且外型、構造、材質類似真槍者，為模擬槍。模擬槍，足以改造成具有殺傷力之槍枝者，由中央主管機關會同目的事業主管機關公告查禁。」對所謂「**足以改造成具有殺傷力之模擬槍**」採「公告全面禁止」的管制模式。儘管其法律效果為行政處罰，仍與槍砲條例採許可制的規範體系不無扞格之處[57]。尤有疑義的是有無所謂「非足以改造成具有殺傷力之模擬槍」？如何管制？參照槍砲條例第 20 條之 1 第 2 項：「模擬槍之輸入，應先取得內政部警政署之同意文件。」反面以解，可知「輸入」模擬槍以外之**製造、販賣、轉讓、出租、出借、持有、寄藏或陳列**等行為無須許可，亦不在禁止之列，或至少不在槍砲條例的適用範圍。由此延伸出「許可制」規範體系的前提性問題：**是否存在無須經許可之情形**？若有，則其情形為何[58]？按許可制的法律建構，不問是否特許，皆須有管制的理據（從基本權保障的角度以言，則是限制的正當理由），也因此必然存有在此理據下「無須許可」的法律空間。若乏此空間（全面禁止及管制），則許可管制法制即有牴觸比例原則之違憲嫌疑。再進一步追問槍砲管制的實質理據，除槍砲本身之客觀管制要件外，槍砲之製造、販賣或持有等行為人之「主觀要件」是否應有所要求[59]，法律規範亦有未明。於此倘涉及人民選擇職業應具備之主觀條件，立法者若欲加規範，其目的須為追求重要之公共利益，且其手段與目的之達成須具有實質關聯，始符比例原則之要求[60]。

循上理路，就槍砲條例第 20 條特別針對原住民自製獵槍的「除罪化」以論，除了因欠缺對「自製獵槍」之立法定義與概念要素而違反法律明確性原則外，尤須審究的問題是，除罪化的「理由」何在？也就是「未經許可」的槍砲製造、持有等「違法」行為，從受刑事制裁轉換為行政處罰的理由何在？據立法理由「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障原住民基本之生活權益」推之，似乎因「自製獵槍」乃**原住民生活所需之故**（身分及功能取向）；惟若從槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 2 款對「自製獵

57 姑且不論法律及命令若未明定許可之要件及申請程序，則所謂「非經許可，不得……」的管制模式亦形同「禁止制」。

58 德國「武器法」（Waffengesetz）第12條設有無須經許可之情形，可供比較。該條法律解釋問題，參見*Metz*, Die Auslegung von Gesetzen an einem Beispiel aus dem Waffenrecht, JA 2018, S. 47 ff.

59 德國「武器法」第4條第1項規定：「（按：武器）許可之核給，申請人須具備以下之要件：1. 年滿18歲；2. 具有可信賴性（Zuverlässigkeit）及人格特質（persönliche Eignung）；3. 提出具特定專業知識之證明；4. 提出需要之證明；5. 申請武器使用許可或射擊許可者，須提出最高額度100萬歐元責任保險之證明。」可資參照。

60 參見司法院釋字第749號解釋。

槍」所設定義及要件以觀，則重點似乎集中在「自行獨力製作」、「核准製作地點」、「口徑」、「填充物」、「槍身總長」等屬於**製作方式及殺傷力程度之技術性事項**。從體系正義與平等原則的憲法思維綜合以論，存有以下看似互有關聯、實則彼此矛盾的弔詭論題：

1. 「自製獵槍」除罪化的理由若為了考量**原住民生活所需、保障原住民人權**（身分、習俗及保障功能取向），則何以「自製獵槍」的製作方式、製作地點及殺傷力程度由行政機關予以限定？
2. 「自製獵槍」除罪化的理由如是製作方式、地點、槍枝殺傷力之程度，則何以由**非原住民**製造之「非制式獵槍」（製作方式及規格同於「自製獵槍」）在未經許可的情況下，要以刑事責任繩之？與原住民製造具同等殺傷力之獵槍（同者），何以受到不同程度之制裁（不等之）？
3. 「自製獵槍」除罪化的理由如若是考量**原住民生活所需、為保障原住民人權**（身分、習俗及保障功能取向），則法律**是否或如何定義**原住民的傳統習俗文化？行政機關又有何權力可以界定原住民的傳統習俗文化？
4. 「自製獵槍」除罪化的理由果若是考量**原住民生活所需、為保障原住民人權**（身分、習俗及保障功能取向），則何以非原住民不能如原住民一樣以狩獵為生而得以獲得同等之法律對待？

立法者暨相關主管機關應對上述問題有所說明，此同時是系爭相關規定是否違憲的爭點所在。

二、野保法與原住民族狩獵管制

野保法第 21 條之 1 第 1 項明定**臺灣原住民族**基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受若干規定之限制。此項原住民族特權條款如何適用於原住民狩獵行為，同樣亦是規範衝突與法學思維的重要課題之一。

（一）法制沿革與立法理由

野保法第 21 條之 1 係於 93 年 2 月 4 日公布新增，其規定：「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。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」立法理由僅載：「照黨團協商條文通過」，無實質內容。

查本條之前身為 83 年 10 月 29 日全文修正公布之野保法第 21 條（第 5 款）原條文全文為：「野生動物有下列情形之一，得予以獵捕或宰殺，不受第十七條

第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。但保育類野生動物除情況緊急外，應先報請主管機關處理：一、有危及公共安全或人類性命之虞者。二、危害農林作物、家禽、家畜或水產養殖者。三、傳播疾病或病蟲害者。四、有妨礙航空安全之虞者。五、**臺灣原住民族於原住民保留地，基於其傳統文化祭典，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者**。六、其他經主管機關核准者。」當時該條第 5 款之文字，未見於 83 年立法院二讀會逐條討論之條文中[61]，應係黨團協商後所增列，故無立法理由。

（二）條文體系與規範意旨

若無立法理由可稽，就條文規範體系以解，須先從野保法第 21 條之 1 在野保法的規範體系所在位置下手。野保法第 1 條揭櫫本法立法目的是：「為保育野生動物，維護物種多樣性，與自然生態之平衡」，除總章外，分設「野生動物之保育」、「野生動物之輸出入」、「野生動物之管理」三章，「罰則」、「附則」繼之在後，第 20 條為第 2 章「野生動物之保育」。再觀所稱「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」，分別是獵捕一般類野生動物之限制、獵捕保育類野生動物之限制、獵捕方式之禁止。除前述「個別性」之例外規定外，野保法於第 21 條另設有「概括性」之例外規定。

以下從野生動物保育的原則與例外關係，論析野保法與原住民狩獵的規範衝突及其法學思維課題，尤其是相關規定的解釋適用與合憲性審查。

1. 獵捕禁止的個別例外

（1）一般類野生動物之保育

野保法第 17 條旨在規範「一般類」哺乳類、鳥類、爬蟲類、兩棲類野生動物之保育，就「非基於學術研究或教育目的」（目的管制）之獵捕行為（行為管制），建立「區域管制」（應在地方主管機關所劃定之區域內為之）[62]與「許可保留」（應先向地方主管機關、受託機關或團體申請核發許可證）[63]。反面以言，「基於學術研究或教育目的」之狩獵行為，或狩獵以外之其他行為（不問目的）[64]，既不受區域之限制，亦不需事前取得許可。據此規定，原住民若基於學術研究或教育目的而狩獵一般類野生動物者，除方法受有限制外（後詳），非法之所禁，無須透過同法第 21 條之 1 排除限制。至於「非基於學術研究或教育目的」之獵捕行為，野保法第 17 條第 1

61 立法院公報，83卷69期，1994年10月27日，院會紀錄，頁243；該款規定於93年2月4日修正時刪除（立法理由僅載：「照黨團協商條文通過」）。

62 野生動物之物種、區域之劃定、變更、廢止及管制事項，由地方主管機關擬訂，層報中央主管機關核定後公告之。

63 許可證得收取工本費，其申請程序及其他有關事項，由中央主管機關定之。

64 野保法對於一般類野生動物之保育，僅對狩獵行為有所限制，而不包括其他如騷擾、虐待、宰殺或利用等行為。從動物保育的立法政策以言，殊值商榷。

項已有一般性之許可保留規定，原住民可據以申請許可，何以野保法第 21 條之 1 第 1 項另設例外規定？其所稱「不受第十七條規定之限制」的規範實益何在？換言之，依野保法第 17 條第 1 項與依同法第 21 條之 1 之許可標準有何實質上的差異？尚難從法條讀出。參諸農委會依野保法第 21 條之 1 第 2 項所訂定之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」（下稱「原住民利用野生動物管理辦法」）並未區分「一般類」與「保育類」野生動物訂定許可要件，益徵規範體系之紊亂與矛盾。

（2）保育類野生動物之保育

針對「保育類野生動物」之保育，野保法第 18 條第 1 項設定之限制，不以「**獵捕**」為限，尚包括不得為「**騷擾、虐待、宰殺或為其他利用**」等行為，同時設有兩種例外許可情形：1) 族群量逾越環境容許量者；2) 基於學術研究或教育目的，經中央主管機關許可者。此二例外情形，從文義以觀，似僅基於學術研究或教育目的之行為，須經許可。實則，同條第 2 項[65]針對「族群量逾越環境容許量」之保育類野生動物的利用另設「許可保留」制度。不同於「學術研究或教育目的」，以族群量與環境容許量之相對關係為考量之許可保留，實際運作程序上分成兩個階段：1. 先由中央主管機關（農委會）公告可利用之保育類野生動物種類；2. 再由地方主管機關審理許可申請案。

系爭地院判決理由強調：「保育類野生動物，係指瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物，野生動物保育法第 4 條第 1 項定有明文。查長鬃山羊及山羌業經農委會公告列為保育類野生動物，而依目前一般研究調查報告中，並**無長鬃山羊及山羌之族群量逾越環境容許量**之紀錄，且每年查獲違法獵捕的案件數未見大幅減少，故未將長鬃山羊及山羌**公告為可利用之保育類野生動物種類**。是被告獵捕山羌及長鬃山羊各 1 隻，顯非野生動物保育法第 18 條第 1 項**但書例外**可容許獵捕、宰殺或為其他利用之行為。」係指前一階段而言。由於野生動物族群量是否逾越環境容許量，可以透過科學方法計算評估之，應屬司法得予審查的事項。

2. 獵捕禁止的概括例外

野保法第 21 條第 1 項針對野生動物之獵捕或宰殺，設有概括性之例外規定，以下情形，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制：1) 有危及公共安全或人類性命之虞者。2) 危害農林作物、家禽、家畜或水產養殖者。3) 傳播疾病或病蟲害者。4) 有妨礙航空安全之虞者。5) 其他經主管機關核准者。

65 內容：「第一款（按：族群量逾越環境容許量）保育類野生動物之利用，應先經地方主管機關許可；其可利用之種類、地點、範圍及利用數量、期間與方式，由中央主管機關公告之。」

本條與第 17 條及第 18 條不同之處，在於上述例外係基於「人類利益」的考量，在野生動物保育與人類利益保護不能兩全時，選擇犧牲野生動物的生命，其法律屬性類如「阻卻違法事由」。在上述特殊情況下，獵捕或宰殺野生動物，無須先經主管機關許可，僅於保育類野生動物，除情況緊急外，應先報請主管機關處理（第 1 項但書）。此等規定亦適用於原住民，自不待言。

尤須指出者，原住民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，原被列為其中一款，顯示其亦屬基於「原住民利益」之概括例外規定，且無須經主管機關許可。93 年所新增之第 21 條之 1 卻**質變為「許可制」**，並賦予行政主管機關對原住民族傳統文化管控與形塑的權力（後詳）。系爭地院判決謂：「野生動物保育法第 21 條之 1 規定應屬原住民族基於傳統文化、祭儀**而為獵捕野生動物之行為之除罪化規定**。」實則，原住民的狩獵行為並未真正的除罪。蓋未經許可之狩獵行為，其法律效果仍為刑事處罰[66]，且在許可制之下，無異於讓行政主管機關掌握原住民族傳統文化或祭儀的「定義權」，同時使原住民狩獵行為是否「除罪」從立法權旁落到行政權，與權力分立原則不無相違[67]。蓋權力分立為憲法原則，非立法機關所得恣意支配者。許可制由立法機關所定，行政機關許可與否雖係基於立法機關之授權，然**許可制之採行涉及人民權利的限制，須有憲法上之正當理由**；同理，**未經行政許可之行為應受刑事處罰，亦須具備合憲秩序之事由**，非當然屬立法機關的形成自由，其間涉及行政與立法之權力分配的憲法課題。原住民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，若係基於保障原住民多元文化之憲法委託（憲法增修條文第 10 條第 11、12 項），則立法者允應建立法律上準據，**以法律**將原住民的狩獵行為**予以除罪化**，而非將**是否除罪**委由行政機關決之，使原應由立法機關決定之權責轉由行政機關為之，既有失於立法機關的職責，亦錯失健全憲法秩序之契機。

誠然，如系爭地院判決所言：「原住民族向來即有狩獵之習慣，在以往經濟、物質生活尚未發達之年代，狩獵係原住民族獲取食物來源之管道，時至今日，國民經濟生活已普遍提升，保育之觀念亦漸受重視，客觀環境之改變，已甚少有原住民族賴狩獵維生者，隨著保育觀念之抬頭，野生動物之保護亦屬重要之公共利益，基於維護物種之多樣性及自然生態之平衡，我國亦制定野生動物保育法以資規範。是以，當原住民族

66 此種情形與未經許可買賣公告之管制動物及製品予以刑事處罰，並無不同。參見司法院釋字第465號解釋。

67 不同於此，槍砲條例第20條將法律效果從「減輕或免除其刑，並不適用前條之規定」改為「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」，方為真正除罪化之規定。然因「自製獵槍」概念法無明文，讓諸行政主管機關以行政命令補充之，亦減弱除罪的法律意旨。

基於其人格之自我實現而實施狩獵活動時，即難以避免地與保育野生動物此一抽象之公益產生價值衝突，如何調和、取捨即應由具**民主正當性之立法者**善加抉擇。」抑且，「立法者為實踐憲法對多元文化之尊重，要求國家機關應積極維護原住民族傳統文化之發展，除制定原住民族基本法以落實，並保障原住民族之傳統文化與生活方式外，將原住民族基於傳統文化及祭儀等之採集森林主副產物行為（森林法第 15 條），及基於傳統文化及祭儀所為之獵捕野生動物行為（野生動物保育法第 21 條之 1）均予以除罪化，更可說明立法者就生物多樣性及原住民傳統文化之保障間，已於衡平後作出相對之界線與範圍，而以保障原住民傳統文化為主軸。」然而，對照（舊）野保法第 21 條第 5 款規定，第 21 條之 1 難謂不是退步的立法。蓋舊法僅以「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」（儘管侷限於原住民保留地）為要件，並無由主管機關規定獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間之授權（新法）。若再相較現行野保法第 21 條各款事由，亦只規定例外得捕獵或宰殺野生動物之要件，例如「有危及公共安全之虞」者，得捕獵或宰殺野生動物，至於是否危及公共安全之虞一節，並無由主管機關另訂獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間的餘地。原住民受到的規範上差別對待是否合理，容有斟酌的餘地。

另則，96 年 7 月 11 日公布新增第 2 項：「保育類野生動物有危害農林作物、家禽、家畜或水產養殖，在緊急情況下，未及報請主管機關處理者，得以主管機關核定之人道方式予以獵捕或宰殺以防治危害。」其立法理由為：「為協助農民妥善處理台灣獼猴危害農作物問題，確實保障農民權益，並兼顧台灣獼猴自然生態保育問題，提供農民合法以主管機關核定之人道方式捕獵保育類野生動物之法源。[68]」惟查「在緊急情況下，未及報請主管機關處理者」，與第 1 項但書之「除情況緊急外，應先報請主管機關處理」，規範意旨實無不同。因此，若要有別於第 1 項規定，則第 2 項之適用無可避免地會以**不先報請主管機關處理為原則**，從而創設出農民得獵捕保育類野生動物之一般性阻卻違法事由。至於「以主管機關核定之人道方式」，涉及獵捕野生動物之方法問題。然因第 1 項規定不受第 19 條第 1 項各款（方法禁止）規定之限制，現又特定為「以主管機關核定之人道方式」為限，不無自相矛盾。

3. 獵捕方法禁止的例外

野保法第 19 條係野生動物捕獵方法之禁止規定，即：一、使用炸藥或其他爆裂物。二、使用毒物。三、使用電氣、麻醉物或麻痺之方法。四、架設網具。五、使用獵槍以外之其他種類槍械。

68 2018年6月25日，農委會以猴族群數量穩定增加、棲地完善等理由，決定將台灣獼猴從保育類野生動物調整為一般類野生動物。

六、使用陷阱、獸鋏或特殊獵捕工具。七、其他經主管機關公告禁止之方法。未經許可擅自設置網具、陷阱、獸鋏或其他獵具，主管機關得逕予拆除並銷毀之。土地所有人、使用人或管理人不得規避、拒絕或妨礙（第 19 條第 2 項）。本條與本文論題具有關聯者，為第 5 款「(不得)使用獵槍以外之其他種類槍械」之規定。由於何謂「獵槍」，法無明文，此一規定亦生如槍砲條例之適用問題[69]。尤有疑義者，乃野保法第 21 條之 1 第 1 項所稱「不受第十九條第一項各款規定之限制」，其規範意涵為何？僅就第 5 款以論，按所謂「不得使用獵槍以外之其他種類槍械」捕獵野生動物，係指若以槍械作為獵捕野生動物之工具者，以「獵槍」為限（限定獵槍），則原住民不受此限制，殆有兩種解讀可能：1) 原住民可使用「自製獵槍」獵捕野生動物。2) 原住民可使用「獵槍以外之槍械」獵捕野生動物。

從文義解釋與概念邏輯以論，「獵槍」應包含「自製獵槍」，前者解釋自非法律「例外」規定之所應然。從法條文義與規範體系切入，無疑可作如後者之解釋。不過，野保法第 21 條之 1 第 1 項之所以就原住民特設例外規定，係因「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」，但令人費解者，何以有此「傳統文化」之必要即可不受「捕獵方法」之限制？再觀諸其他款項，如「使用炸藥或其他爆裂物」、「使用毒物」、「使用電氣、麻醉物或麻痺」等方法亦不受限制，益顯規範之謬誤性。實則，所謂「不受第十九條第一項各款規定之限制」，應作目的限縮解釋，僅指使用臺灣原住民族傳統文化有關之獵捕野生動物方法，不受野保法第 19 條第 1 項各款規定之限制。關於是否基於原住民族傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要，以下論之。

（三）狩獵目的與傳統文化

除前述規範框架之邏輯外，無可迴避的核心問題直指：何謂「台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者」？

法律無明文！農委會依野保法第 21 條之 1 第 2 項授權會銜訂定之「**原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法**」[70]第 2 條規定「**本辦法用詞**，定義如下：一、傳統文化：指存在於原住民族社會已久，並藉由世代相傳而延續至今之價值、規範、宗教、藝術、倫理、制度、語言、符號及其他一切生活內容之總稱。二、祭儀：指原住民族傳統文化中，依其宗教、信仰或習慣，藉由世代相傳而反覆實踐之祭典活動及儀式行為。

從「**本辦法用詞**」一詞來看，已顯示出規範位階上的落差[71]。蓋「傳統文

69 參見本文「參、一、(二)」。

70 最近一次修訂：104年6月9日。

71 內政部依槍砲條例第6條之1第1項及第20

化」、「祭儀」係野保法第 21 條之 1 第 1 項之「**法律用語**」。法律授權之行政命令只能闡釋或具體化法律用語的規範意旨，而非自創命令概念與內涵（正確的規定是：「本法用詞」）。其次，觀諸上開辦法對「傳統文化」、「祭儀」所下的定義，實則僅是「傳統文化」、「祭儀」的一般性定義，而非「臺灣原住民族」的傳統文化或祭儀。蓋上開定義中「原住民族」可以套換為任何的民族。換言之，這兩組定義可以「通用」於所有民族身上[72]，不具可適用性[73]。然則，此非因定義不全或有欠精準，而是**文化之不可定義性**。

系爭地院判決在複述系爭辦法第 2 條「傳統文化」定義之後，謂：「由文義解釋可知，傳統文化乃原住民族中存續長久且延續至今之一切生活內容。原住民依靠山海之有限資源生活，而發展出不同之傳統文化，如漁獵、採果等，皆是順應時序，而與自然界之有限資源取得一定之平衡。為表彰原住民族世代相傳之普世價值，讓新一代的原住民族體認舊有文化，將其延續下去，應對已不合時宜的舊傳統文化予以排除，或限制在相當時空下才可執行。」

按「傳統文化」為何？既然無法定義，自亦無從進行文義解釋，所謂「**由文義解釋可知**」，一如定義本身，並無意義，隨後有關「原住民」傳統文化之闡述，則是法官個人對原住民文化的「主觀詮釋」或重述一般人的 common sense，難謂是科學證據為基礎的法律見解。更值商榷者，乃「為表彰原住民族世代相傳之普世價值，讓新一代的原住民族體認舊有文化，將其延續下去，應對已不合時宜的舊傳統文化予以排除，或限制在相當時空下才可執行」之說，其中增加了「**不合時宜**」、「**舊傳統文化**」、「**相當時空**」等法律所無之要素與限制；尤其所謂「**應……予以排除，或限制**」者，未設主詞，究指立法機關、行政機關，抑或法官自身？容有未明。

整體觀之，系爭地院判決以上鋪陳旨在帶出「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**」的論斷；也就是「不論是基於傳統文化或祭儀而為的狩獵行為，**均須按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**」。至於「將原住民狩獵之傳統文化限縮於相當期間，並錯開野生動物種類，乃為使野生動物休

條第3項授權訂定之「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」第2條：「本辦法用詞定義如下：……。」亦有相同問題。

72 哪一個民族的傳統文化不是存在於社會已久，並藉由世代相傳而延續至今之價值、規範、宗教、藝術、倫理、制度、語言、符號及其他一切生活內容？

73 此一定義與文化資產保存法第3條第2款第5目對「傳統知識與實踐」的定義，「指各族群或社群，為因應自然環境而生存、適應與管理，長年累積、發展出之知識、技術及相關實踐」，相差無幾，所不同者，文化資產保存法設有相關審議會審議之（第6條）。

養生息，亦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」、「希望各族能將固有之文化永續傳承，讓新一代的原住民族得知舊時代的生活與文化」云者，充其量只是在先肯認「**附表**」規範效力的前提下增添的修飾語句[74]。

綜觀野保法第21條之1及其管理辦法，並審視系爭地院判決的理由構成，存有若干規範衝突、體系矛盾與論證瑕疵之問題：

1. 槍砲條例與野保法皆針對原住民設有「除罪化」規定，單純進行條文的比較，可以看到一項重大的差異：前者以「自製獵槍」為除罪要素，旨在保障「原住民**為傳統習俗文化，供作生活所用之工具**」（立法理由：基於原住民所自製之獵槍，係屬傳統習慣**專供獵捕維生之生活工具**），具有個人的色彩；後者則是在「**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**」，亦即著重在傳統文化及祭儀，屬於集體性概念。二者間存在某種規範目的不一致，乃至於相互牴觸的問題。

2.「傳統文化」與「祭儀」乃兩種不同的概念，故上開管理辦法分別定義。「附表」寄身於管理辦法第6條第2項：「為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。」以「附表」方式承載「傳統文化」與「祭儀」，固無不可。惟查「附表」之內容及說明一：「本表**僅列出**臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物必要者之**文化祭儀**。」可知文化祭儀只是傳統文化中之一小部分，不等於傳統文化。從規範邏輯來說，非屬「附表」（**僅止於祭儀**）所列之狩獵行為，並非當然為法之所禁。換言之，屬「**傳統文化**」（**祭儀以外**）之狩獵行為，仍為法之所許。從而系爭地院判決所稱「**不論是基於傳統文化或祭儀而為的狩獵行為**，均須按……附表……限制」，即非確論。

3. 比對上述二點，問題之關鍵在於野保法欲予除罪化的原住民族「傳統文化」，應如何理解？確切的說，是否包括「以狩獵營生」在內？系爭地院判決理由提及：「本件被告為布農族，然被告因有重大傷病，現在家修養，並在家裡種菜維生，業據其供明在卷，核與被告警詢筆錄之受詢問人職業欄記載相符，是被告**並非以狩獵營生，狩獵非屬被告之生活方式，應堪認定**。本件被告係基於供

74 原住民族傳統文化或祭儀的認定，若須同時考量「野生動物休養生息」、「原住民族順應時序與自然共存共榮」，則主管機關允應建立野生動物物種數量及族群的監測系統，長期、持續監測動物族群的狀況與變化，而非僅是在辦法中表列各原住民族的祭儀、獵捕區域、期間、方式及動物種類。法院於審查系爭辦法是否合於法律授權之意旨時，亦非只是就條文及附表作「文字解讀」，而應調查主管機關有無或曾否對野生動物物種數量及族群建立監測系統，並持續實施，且有具體數據可稽。換言之，主管機關是否建立族群數量監測資料，才是野生動物保育與利用（非僅是原住民狩獵）爭議真正之癥結點，不是法條的說文解字所能取代者。

家人食用目的而為狩獵，依上述說明，不能將其狩獵解作係依原住民族基於傳統文化及祭儀需獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 6 條第 2 項附表之基於傳統文化之行為。況且，被告於本院審理時亦供稱知悉為祭儀而狩獵須事前申請許可，是被告既**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山羌、長鬃山羊各 1 隻，即應依野生動物保育法第 41 條規定論以刑罰。」上揭理由忽而論及「是否以狩獵營生」，忽而審究「是否為祭儀而狩獵」，論證跳躍、理路紊亂不明。

4. 承上以論，問題之癥結在於，系爭管理辦法所建構的「事前申請許可」，僅侷限在「祭儀」，有特定的期間、方式及動物種類可資覆按。然若野保法除罪化之「傳統文化」亦（應）包括無固定期間、方式及動物種類的「以狩獵營生」者，原住民如何事前申請許可？又，是否設有許可程序與認定準據？

（四）原基法的位階與效力

末者，略析野保法與原住民族基本法（原基法）的規範關係。查系爭地院判決理由謂：「86 年 7 月 18 日憲法增修條文增訂第 10 條第 9 項『國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化』、第 10 項『國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展』，確認保障原住民族之傳統文化以促進文化多元之價值，並賦予憲法位階之優越地位。嗣 94 年 2 月 5 日公布施行之『原住民族基本法』，乃為落實保障原住民族基本權，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，其中第 19 條明定：『原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。』依其文義觀之，亦指原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的，而不具營利性者，即可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物，然**該法文同時揭示『依法從事』，所依之法，除原住民族基本法外，自應包括野生動物保育法。**」

原基法於 94 年 2 月 5 日公布施行，在時序上，後於野保法原住民條款的制定[75]，但未必即可適用「後法優於前法」的原則，端視規範內容而定。考諸原基法第 19 條之立法理由[76]，有關獵捕野生

75 無論是83年10月29日修正公布之野保法第21條第1項第5款或93年2月4日公布新增的第21條之1。

76 「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，比如排灣族修繕房屋需用石版，鄒族祭典需用木懈蘭等等，該等行為係維護生存及文化所必須，且對於自然生態影響甚微，故應允許其從事，另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

動物部分，僅「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」，寥寥數語，揆諸意旨，似有擴大保障原住民狩獵文化之意。不過，正如上開法院見解所示，原基法並未直接賦予原住民在原住民族地區獵捕野生動物之權利，而是另須法規之依據，此為「基本法」作為總綱性規範的特色與侷限。換言之，規範上**同屬法律位階**的一般「基本法」與個別「行政作用法」之間存有相當程度的二律悖反關係[77]：「基本法」若具有直接的規範效力，則「行政作用法」的規範內容將被「基本法」架空而形同具文；反之，「基本法」若不具有直接的規範效力，需賴「行政作用法」始能產生規範效力，則「基本法」本身將形同具文。著眼於法治原則的實踐觀點，個別法規有所闕漏或規範不足之處，允宜儘可能進入個別規範體系中進行調整修改，並對相關法體系作通盤的體檢與調理，而非無視既有規範，逕以跳空式的規範對待解問題下猛藥。

附此一言者，儘管原基法未直接賦予原住民在原住民族地區獵捕野生動物之權利，但亦未將原住民獵捕野生動物限縮在原住民族地區之意旨，除非法律明文規定。是以，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第 3 條規定：「依本辦法得獵捕野生動物之區域，以原住民族基本法所定原住民族地區內，……」即不無增加法律所無之限制，而構成違法、違憲。蓋**原基法並非野保法的特別法**，原基法第 19 條第 1 項第 1 款規定：「原住民得在原住民族地區……獵捕野生動物」，縱令解為賦予原住民獵捕野生動物之公法上權利，亦係專指「原住民族地區」而言。至於原住民族地區「以外」地區是否一律禁止，不在原基法規範之範圍所及。換言之，從原基法第 19 條第 1 項第 1 款**無法導出**原住民於「原住民族地區」以外地區之狩獵野生動物**為法律所禁止**。惟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第 3 條卻直接將本辦法（**行政命令**）得獵捕野生動物之區域，限定在「原住民族基本法所定原住民族地區內」，除非此為野保法（**法律**）之授權意旨，否則即構成野保法之主管機關增加法律（**野保法**）所無之限制。

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。三、本院農業委員會所提森林法部分條文修正草案第十五條第三項規定：『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。』，與本條第一項第二款意旨相同。」

77 哲學上最著名的二律悖反，要屬康德提出的四大純粹理性二律悖反（Antinomie der reinen Vernunft），參見*Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1787, S. 281 f.

肆、論題反思：王光祿案的啟示

一、本文的基本觀點

最後，簡要重述本文的基本觀點。文化與規範的衝突是法與文化間互動所生關聯之一種。文化與法律各有其獨特的特質，既相互包容，又彼此牴牾。法律本身既是一種文化，同時也面對文化。文化（無論有形或無形）為重要法益之一，得因法律規範而獲得保護或保存；根源於文化的行為影響個人法益或公共利益者，因而受到法律限制、禁止、甚至處罰者，非出於法律刻意為之，而是一體適用於所有人之法律未將特定的文化（行為）排除在外，導致若干基於文化習俗之行為落入法律制裁的範疇。因此，文化可以成為除罪化事由，於法律解釋或適用時，亦應考量行為的文化因素與根源。

規範衝突的意涵與層面有二，其一是人與規範的衝突；其二則為規範自身的衝突。法源自於人，人受法規範，亦與規範發生衝突，諸如文化、風俗、宗教信仰、思想信念、價值……等；規範自身的衝突，諸如體系矛盾、下位法牴觸上位法……等。本文設題：原住民狩獵與規範衝突，亦有兩重意義，一是民住民狩獵文化與法規範的衝突；另一是規範原住民狩獵行為的法規範自身發生相互衝突或矛盾的現象與問題。

王光祿案所涉諸多爭點，深蘊著文化與規範衝突的古典命題。原住民族狩獵文化與行政管制規範之間產生衝突，狩獵「違法」只是表象，深層的問題是：文化的可規範性，串連的思維是：狩獵是單純的「個別行為」，還是集體性的「文化」？處罰的是狩獵「行為」本身，還是狩獵的「方式」（工具）？本文的思維取徑與基本觀點是：文化本身具有不可規範，也因此文化本身具不可罰性與不可管制性；反面以論，「工具」則具可規範性，但須「文化中立」，且具憲法正當性；同時「行為」具可規範性，但須「文化中立」，且具憲法正當性。換言之，與文化有關之行為或工具，國家均可規範、限制、禁止或處罰，但非因文化之故，亦非文化之所能免責者，毋寧需有憲法上的正當理由，並合於憲法上之法治要求。

不論是行政管制或刑事處罰，國家權力為其共通的核心要素，在原住民狩獵文化與規範衝突之間，權力扮演關鍵性角色，其在憲法規範秩序中的地位，自是建構索解系爭問題之法理基礎的立基點。王光祿之罪不外是「持有」槍枝與「狩獵」行為，王光祿之所以受罰，乃因法院否認其行為非屬「傳統文化」。「持有」、「狩獵」與「傳統文化」三者屬人民行為（個別或集體），衡之刑法釋義的通說架構，前二者為犯罪構成要件要素（行為）；後一者則為立法之除罪化事由與法律適用之阻卻違法事由（除罪化事由）。從憲法基本權釋義學的思考方法出發，前二者涉及國家權力對基本權之限制（包括刑法之限制），須具備合於憲

法秩序之正當理由；後一則根本性的觸及國家權力對文化規範可能性與正當性課題。

原住民狩獵行為的罪與罰，繫於原住民「自製獵槍」與「傳統文化、祭儀」兩項法律概念的解讀，但法律均未有明文，顯示傳統文化之不可定義性，尤其非行政權力所能定義者。野保法直接將「傳統文化、祭儀」列為法定構成要件。儘管內涵不確定法律，但從法條結構與法律概念來說，所謂「傳統文化」為何？自非行政權所得單獨詮釋、定義者，而為法院得審查的法律解釋適用問題。由於「傳統文化」屬於高度具評價性之不確定法律概念，非能作「文義解釋」，而必須在所處法律（野保法）的規範體系中進行合於規範目的之解釋。至於原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 2 條有關「傳統文化、祭儀」之規定，亦為法院得為審查之標的，而非直接照單全收。尤其野保法旨在管制「狩獵行為」，同法第 19 條另有「狩獵方法」的禁止規定，但並未限定須以「自製獵槍」為之。然若透過「傳統文化」的詮釋將「狩獵方式」（獵槍部分）界定在「自製獵槍」上，不無增加法律所無的限制之嫌。

二、文化與法治課題

法律與文化的衝突，一定程度也是法律人與社會在「文化」議題上的衝突。法律人看待文化的角度是否不同於非法律人？如果是，為什麼？文化與刑罰的衝突，意味的是國家刑罰權力對「人類行為」的處罰沒有繞過文化。憲法釋義與刑法體系，為比較法新課題。文化自主或藝術自由的憲法釋義與刑法規範的體系，自成法學課題，在環境的時空背景交互浸染，形構出一方耙梳個案、連結通案的法律圖譜。與其說刑法規範暨國家刑罰權進犯文化，不如說是以國家權力為核心要素的刑法釋義學乃至於憲法釋義學面臨來自文化的衝擊與挑戰。罪刑法定原則下的刑事裁判與法律保留原則下的行政規制，是否符合社會的需求，被社會所接受？文化與法律各具特質，功能互異，但就規範社會、改變社會來說，二者皆有作用，或潛移或默化，歸根結柢，不外是價值進化的競爭與取捨，保守或進步，或守勢或進擊，建立合乎人道、尊嚴的社會，終極共通的目標。

參考文獻

一、中文部分

Christian Starck著，李建良主編，法文化成就，2017 年，臺北：元照。

王澤鑑，法律思維與民法實例——請求權基礎理論體系，2011 年，臺北：自刊。

李建良，法治與法學的民主反思：法學之為科學的方法論思考，城仲模教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，台灣公法學的墊基與前瞻——城仲模教授八秩華誕祝壽論文集（上冊），2018 年，頁 349-378，臺北：財團法人台灣法治暨政策研究基金會。

李建良，憲法變遷中的原住民族權利——原住民族自治權的法理論述，收錄於：人權思維的承與變，2010 年，頁 367-406，臺北：新學林。

二、外文部分

Behrends (2007), Heine und die Rechtswissenschaft, in: Lipp/Möllers/von der Pfordten (Hrsg.), Heinrich Heine, Dichter und Jurist in Göttingen, S. 49-68, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen.

Bumke (2017), Rechtsdogmatik, Tübingen: Mohr Siebeck.

Degenhart (1978), Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, München: C. H. Beck.

Dieterich (2014), Systemgerechtigkeit und Kohärenz.: Legislative Einheit und Vielheit durch Verfassungs- und Unionsrecht, Berlin: Duncker & Humblot.

Elmenhorst/Heimann (2016), Die Neuregelung des Kulturgutschutzrechts, Überblick über die Grundstrukturen des KGSG, NJW 2016, S. 3398-3404.

Fateh-Moghadam (2010), Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht, RW 2010, S. 115-142.

Friauf (1962), Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, JuS 1962, S. 422-427.

Gromitsaris (1997) Die Unterscheidung zwischen präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt, DÖV 1997, S. 401-408.

Herzberg (2009), Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung, JZ 2009, S. 332-339.

Hörnle (2014), Kultur, Religion, Strafrecht-Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, NJW-Beil. 2014, S. 34-38.

Kant (1787), Kritik der reinen Vernunft.

Mahlmann (1973), Ermessen, Beurteilungsspielraum und Beweislastverteilung im atomrechtlichen Genehmigungs-

verfahren, in: Lukes (Hrsg.) Erstes Deutsches Atomrechts-Symposium: 7./8. Dezember 1972 in Münster/Westfalen, Köln: Carl Heymanns.

Metz (2018), Die Auslegung von Gesetzen an einem Beispiel aus dem Waffenrecht, JA 2018, S. 47-52.

Nelken, David (2016), Comparative Legal Research and Legal Culture: Facts, Approaches, and Values, 12 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 45-62.

Peine (1985), Systemgerechtigkeit: Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle, Baden-Baden: Nomos.

Rees/Ukrow (2017), AEUV Art. 167, Beitrag der Union unter Wahrung und Förderung der Kulturvielfalt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 63. EL Dezember 2017, München: C. H. Beck.

Röhl/Röhl (2008), Allgemeine Rechtslehre. 3. Aufl., München: Franz Vahlen.

Roxin (2006), Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., München: C. H. Beck, § 11, Rn. 153 ff.

Schröder (2016), Genehmigungsverwaltungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck.

Schwarz (2008), Verfassungsrechtliche Aspekte der religiösen Beschneidung, JZ 2008, S. 1125-1129.

Starck (2011), Errungenschaften der Rechtskultur: Menschenrechte und Gewaltenteilung, Recklinghausen: Wallstein.

The Harvard Law Review Association (1986), *The Cultural Defense in the Criminal Law*, 99(6) HARV. L. REV. 1293-1311.

Valerius (2008), Der sogenannte Ehrenmord: Abweichende kulturelle Wertvorstellungen als niedrige Beweggründe?, JZ 2008, S. 912-919.

Wade, H. W. R. (1961), *Administrative Law. Remedies, Person Aggrieved, Planning Permission*, 19(1) CAMBRIDGE L.J. 5-8.

Wolff/Bachof/Stober (1994), Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., München: C. H. Beck.

Indigenous Hunting and Conflicts of Norms:

A Dual Dilemma from the Perspectives of Culture, Power, Criminal and Constitutional Law

Chien- Liang Lee *

Abstract

This article starts off from the Tama Talum case, which concerns a verdict of guilty on Taiwanese Indigenous People owing to the hunting of wildlife with self-made shotguns. This article endeavors to analyze the intertwined issues of culture, power, criminal and constitutional law involved in this case. It first builds up the analytical framework and discursive foundation based on one basic point. That is, what underneath this 'unlawful' hunting and possession of guns is issue regarding whether culture could be subject to legal norm. This article then dissects relevant disputes in this case, including gun control and hunting management against indigenous people. It examines the systematic relations within existing law and arguments in judicial practice. In the end, this article provides some reflections, and is expected to initiate comparative holistic thinking between constitutional interpretation and criminal law system so as to open up a novel field in legal study.

Keywords: indigenous people, hunting, wildlife, guns control, culture, conflicts of norms, constitutional interpretation.

* Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.

主題演講

德國境內之外國移民的社會給付*

Prof. Dr. Hans-Joachim Reinhard**／德國富爾達應用科學大學教授

目　次

A. 法律事實面向
B. 德國社會給付體系概覽
C. 移民之社會給付請求權
D. 社會給付權的實施

A. 法律事實面向

2018 年德國約有 8,270 萬居民[1]，同時也為歐盟人數最多的國家。領土為 35 萬 7 千平方公里，約為臺灣的 10 倍左右。德國地處歐洲中心，歐盟會員國總需穿越德國到其他國家去，這對目前的移民遷徙，具重大意義，因為根據歐洲法律，移民所踏上的第一個歐盟會員國領土具有執行居留程序的權限。通常，義大利、西班牙、馬爾他等地中海國家，常常是非洲移民遷徙之路，因為從非洲到義大利只需穿越 140 公里的地中海，甚至到義大利一些小島，更是少於 40 公里，從非洲到西班牙也同樣很近。而亞洲移民偏愛希臘和保加利亞，因為他們想從亞洲越過土耳其到歐洲。不過，這些地中海國家因經濟困難和高失業率，極少移民想留在當地，而是繼續前往德國，因為德國目前經濟狀況好、容易找到工作，且對於移民所提供的社會給付優於其他歐盟會員國。為達到移民德國之目的，許多人冒著生命危險，藏在貨車車廂內或貨運列車車頂，從義大利越過阿爾卑斯山到德國。歐盟會員國間的邊境管制原已廢除，當這些非法移民被發現後，都被遣送回其甫踏入歐洲境內的當地國，儘管如此，在德國的非法移

* 本文為Hans-Joachim Reinhard教授應邀來臺之演講稿，發表於法律扶助基金會南投分會舉辦之2018「跨境移工移民的社會保障漏洞與權益保護課題國際研討會」(2018年6月14日)。經本刊編輯委員會邀請，刊登於本刊。
本譯稿由國立空中大學社會科學系林谷燕副教授翻譯，特此敬申謝忱。

** Prof. Dr. Hans-Joachim Reinhard為德國富爾達應用科學大學社會及人文科學學院院長(Dean, Department of Social and Cultural Sciences, Fulda University of Applied Sciences)。

1 Statistisches Bundesamt 2017.

民估計仍大約 14 萬到 50 萬人左右[2]。

雖說德國總是提供移民移居德國的機會，但始終不同於加拿大，德國並不是個移民國家，人們因為就學、工作等來到德國，之後會再返回其故鄉。尤其是 1960 年代，許多外國移工來自南歐或東南歐，年老之後就回到故鄉，例如，土耳其人。不過，這對第一代而言是事實，但對於在德國出生的後代，就沒有多大興致回到祖先們的故鄉了，漸漸地（即使不是公開地）德國也發展成一個移民國家。自 2015 年以後，當成千上萬移民淹沒德國時，德國已成為移民國家了。為規範湧入的新移民，自 2018 年 7 月起，因勞動市場缺乏年輕的專業人才，尤其是健康和長照專業人力，德國因而討論著新的移民法制。

2017 年底，德國約有 1,080 萬居民擁有外國護照，佔人口總數百分之 13，但分布不均，一些德國西部的大城市（例如，杜伊斯堡）約有 4 分之 1 居民為移民，德東地區則僅占個位數。

土耳其人是德國境內最大的移民團體，約 148 萬人，不過人數微微下降中；而大約 87 萬移民來自鄰國波蘭，波蘭女性大多從事居家看護，男性則多從事手工業。70 萬敘利亞人則是自 2015 年起，因該國內戰而來到德國，之前幾乎沒有移民來自敘利亞。大約 64 萬人來自歐盟創始會員國義大利，主要是因為南歐國家經濟惡化而移民。同樣地，羅馬尼亞也被視為歐盟會員國中的經濟弱國，許多移民屬於羅姆人這個族群，羅姆人是羅馬尼亞境內遭受歧視的少數民族。另有約 30 萬人來自歐盟會員國克羅埃西亞、希臘和保加利亞，也有很多移民來自阿富汗和俄羅斯[3]。

遺憾的是，南歐和東歐歐盟會員國與過去相同，仍工資低廉，失業率高，社會保障也因財政困難而僅能提供低度給付。

母國對於社會給付的提供扮演很重要的角色，這些移民的母國可區分如下：

約 45%	歐盟國家
約 13%	土耳其（非歐盟國家）
約 42%	來自其他國家

除了母國，停留國也很重要。移民中，來到德國的難民，約 80 萬人為政治難民（主要為敘利亞人、伊拉克和阿富汗），50 萬名難民來自非洲，其因經濟因素而移民。此外，約 20 萬人（有人估算約 50 萬人）未於德國登記（非法移民）。

B. 德國社會給付體系概覽

社會給付體系[4]分為：

- 社會保險
- 社會救助
- 其他社會給付

法律依據見於社會法法典。

2 https://www.welt.de/politik/deutschland/article170281634/In-Deutschland-werden-Hunderttausende-Untergetauchte-vermutet.html.

3 Ausländerzentralregister 31.12.2017.

4 此處僅提出對移民重要的社會給付。

I. 社會保險

社會保險體系係不同且彼此獨立的保險支柱。

1. 概說

社會保險體系並非視需求而定，也毋需經資產調查，財源來自保費，該保費大多由雇主和受僱人平均負擔。

2. 年金保險

年金保險[5]給予老年年金，一般年金請領年齡逐漸提升為 67 歲，無工作能力者則受領失能年金。兩種給付均視其原先之收入而定，倘收入很低，則年金也很低，且不存在所謂的最低年金。

3. 職災保險

職災保險[6]係對工作傷害或職業病提供給付，給付額度同樣也取決於過去的工資，但低於年金保險。學生、生命救援者（例如，車禍時的救援者）也都受到職災保險保障。

4. 失業保險

失業保險提供大約工作薪資損失的百分之 60 或百分之 67[7]，且最長僅發放 12 個月，58 歲以上失業者則最高可領取 24 個月。而根據社會法法典第 2 編規定，失業者[8]於領取失業給付後，依然失業，得領取失業救助。

5. 健康保險

健康保險[9]負擔看醫師或在醫院就診的醫療給付，同時提供給雇主無義務對之發放工資之受僱人，其因生病減少之工資最高百分之 75 的現金給付。

6. 長期照顧保險

最新的社會保險支柱是 1995 年以來實施的長期照顧保險[10]，長照給付係根據照顧需求性嚴重程度而提供的整筆現金給付或整套實物給付。但這僅提供了一半的長期照顧費用，並不足夠，被保險人或其子女必須自行繳納長照保險所提供之給付以外的費用，倘無力繳清，則由社會救助負擔。

7. 移民之社會保險

國籍在社會保險裡並不重要，但移民在德國必須屬於合法居留，因為無合法居留，就不可能獲得工作許可。

II. 社會救助給付

1. 概說

社會救助給付係以需求而定，且須經資產調查，資產調查結果高於貧窮線者，給付不是被減少就是完全被排除在社會救助之外。

---

5 SGB VI（社會法法典第6編）。

6 SGB VII（社會法法典第7編）。

7 如果失業者有領取生活費的話，失業保險提供其薪資67%的失業給付。

8 參閱下述B. II. 2。

9 SGB V（社會法法典第5編）。

10 SGB XI（社會法法典第11編）。

2. 失業者之基本保障

2005年以來最重要的社會救助給付就是對失業者的基本保障[11]，也就是民間所說的「哈爾茨 4 - 給付」[12]，這是最低的給付，是對年滿 15 歲至得請領年金之年齡，且具工作能力者，當其無工作或所得極少，以致無法達到此項基本保障所提供的給付標準時，對之提供的給付（補充的基本保障），此甚至也可能包括所得來自當前最低工資之以每小時 8.84 歐元計算的工作之情形。另一項重要的基本保障受領者，是自營業者（例如，小店老闆、藝術工作者）。

3. 工作能力減損及老年之基本保障

基於身體因素而致工作能力減損或無工作能力者，得獲取基本保障給付，老年基本保障得因年齡達到老年而提供[13]。兩種給付得相互補充（大約補充至年金保險給付額度）。

4. 其他人和特殊境遇者的社會救助

無基本保障請求權者（例如，因三年的育嬰假或照顧近親而無法工作）或特別有扶助需要者（例如，遊民），得獲取其他社會救助以作為對生活費用或特殊境遇的扶助[14]。

5. 給付額度

基本費用	416 歐元	新臺幣 14,600 元
額外給予伴侶	374 歐元	新臺幣 13,303 元
額外給 5 歲以下子女	240 歐元	新臺幣 8,536 元
額外給 14 歲以下子女	296 歐元	新臺幣 10,528 元
額外給 18 歲以下子女	316 歐元	新臺幣 11,240 元
+適當的租金額度		
+適當的暖氣額度		

租金和暖氣費用視房屋設備而定，對於非常昂貴的房子，租金和暖氣費用有一最高上限的補助額度。而生育許多子女的夫妻總共可獲取的給付額度，比從事工作而領取基本工資者更多，這並不是沒有問題的。

這些給付每年 7 月 1 日調整。

6. 移民之社會救助

如果以獲取社會救助為目的而移民，則無法獲得社會給付。自 2015 年起，即使是歐盟會員國國民，也須於德國境內至少合法居留 5 年以上，始能獲

11 SGB II（社會法法典第2編）。

12 此名稱來自委員會主席彼得·哈爾茨（Peter Hartz），因這個概念為哈爾茨所提出。

13 § 41 ff. SGB XII（社會法法典第12編第41條以下）。

14 SGB XII（社會法法典第12編）。

得社會救助給付[15]。而居留滿一個月者，得因緊急生病或懷孕以及分娩[16]，獲得身體上基本生存之最低給付或醫療給付等保障，並得享有預付返鄉費用（但此費用乃須返還的貸款）。

III. 依需求定之其他給付

1. 概要

再者，移民得享有基於需求而對之提供的其他給付，這些給付以稅收為財源，且需經資產調查。

2. 住宅津貼

因收入低而經濟陷入困難者，得領取租屋住宅津貼[17]。

3. 教育促進

收入低的學生，或父母因收入低而無法讓其就學的學生，得申請教育促進[18]。教育促進給付提供受領者學習所需費用最高約 700 歐元，不過，此 700 歐元並無法涵蓋所有學習所需費用。

4. 移民之住宅津貼和教育促進

移民或其子女得於具備某些要件下，取得依需求而定之給付。

IV. 非依需求而定之其他給付

1. 概念

非依需求而定之其他給付對移民而言，非常重要，這些非因移民之個別需求所提供的給付，財源同樣來自稅收，但因毋需經資產調查，以致非常富有者亦得請求這項給付。

2. 父母津貼

子女出生後，提供父母津貼 12 個月。倘父母雙方於該段期間停止或減少工作，此項父母津貼可提供至 14 個月，也就是，父親也必須照顧此新生兒；但統計顯示，大多數的父親都僅於此多出的 2 個月照顧該子女。同樣的情形可能發生於父母請求每個月僅發放一半額度的父母津貼，那麼，該父母就多了一倍時間可領取父母津貼，也就是，領取父母津貼的期間達到 24 個月或 28 個月。

父母津貼每個月至少 300 歐元（新臺幣 10,525 元），該父母於子女出生時無工作能力（例如，學生），亦同。就工作者而言，父母津貼額度為其工作所得的百分之 65 或百分之 67，但最高為 1,800 歐元（新臺幣 63,150 元）。

---

15 § 23 SGB XII（社會法法典第12編第23條）於2016年12月29日施行，係外國人於失業時，依據社會法法典第2編請求之基本保障規定，以及根據2016年12月22日（BGBl. I S. 3155）所修法之第12編，請求社會救助之規定。

16 § 50 SGB XII（社會法法典第12編第50條）。

17 WohngeldG, WoGG（住宅津貼法）。

18 BundesausbildungsförderungsG, BaFöG（聯邦教育促進法）。

3. 兒童津貼

對很多德國人來說，兒童津貼是很重要的社會給付，它是按子女數及順位而定。

子女數和給付額度：

第 1 和第 2 名子女	194 歐元（新臺幣 6,806 元）
第 3 名子女	200 歐元（新臺幣 7,016 元）
第 4 名和其他後順位子女	225 歐元（新臺幣 7,893 元）

一個家庭若有 4 名子女，則可領取之兒童津貼為 813 歐元（新臺幣 28,522 元），倘此等家庭同時也領取社會法法典第 2 編之失業者基本保障[19]，則該家庭之兒童津貼額度須依法扣減。

4. 移民之父母津貼和兒童津貼

相較於歐洲其他國家，德國的家庭給付是高的，而如果在德國的移民，其子女住在其他歐盟國家境內，兒童津貼也一樣發放到當地給該子女。不過，目前有個討論，也就是這些子女如果住在生活費用明顯低於德國的其他歐盟會員國家（例如，羅馬尼亞、保加利亞）時，是否這項給付應加以調整。此外，實務上已有一些濫用兒童津貼及謊報的案例，一些移民持虛偽子女證明，但事實上並沒有該子女的存在。不過，這些謊報個案相較於整體申請兒童津貼的數量，還是很少數的。

同樣地，兒童津貼是否還繼續依子女順序計算額度，亦有些討論。通常，移民比德國人[20]有更多子女，所以，很多兒童津貼發放在這些家庭上，以至於引發偶而一些怨妒性的辯論。

C. 移民之社會給付請求權

移民之社會給付請求權係依其居留情況而定，基本上分為歐盟會員國國民、與歐盟同級國家國民和第三國國民。

I. 歐盟會員國國民

歐盟 28 個會員國國民，其社會給付請求權與德國國民同（但社會救助給付請求權以已在德國居留至少 5 年以上，始可申請[21]）。

II. 與歐盟同級國家國民（歐洲經濟區；瑞士）

歐洲經濟區國家（挪威、冰島、列支敦士敦）雖未加入歐盟，但卻與歐盟國家同樣擁有在德國的社會給付請求權[22]。瑞士人民也基於特殊的協定[23]而與

19 參閱，上述B. II. 2。

20 50%德國人家庭僅有1個子女，25%家庭有2個子女，大約10%家庭有3個子女，以及子女超過4個的家庭數很少。擁有許多子女之家庭，常被稱為「對社會有害者」，以及社會國的剝削者。即使這些家庭有錢也不需請求社會給付，大多數人仍無法理解他們。

21 參閱，上述B. II. 6。

22 歐洲經濟區協定於1992年5月2日於波爾多簽署，公報號碼*Amtsblatt Nr. L 001 vom 03/01/1994 S. 0003 - 0036*。

23 一方面在瑞士和他方面在歐洲共同體以及其會員國，於1999年6月21日簽署，2002年6月1日施行的遷徙自由協定。

歐盟會員國國民同，在德國享有社會給付請求權。

英國國民在德國的社會給付請求權預計於 2019 年 3 月 29 日終止，因英國脫歐（離開歐盟）於該日起實施。

III. 第三國國民

第三國國民係指非來自於上述I和II所指之國家者，至少涉及到地球上約160個國家，此等第三國國民得依不同因素而得以主張社會給付請求權。

1. 具永久居留權之第三國國民

第三國國民於居留德國 5 年後，有權請求永久居留於德國/歐盟[24]。前提是，其生活費用和受其扶養之親屬必須透過其固定收入而獲得確保。進一步，其須具備足夠的德語能力，以及對德國法律和社會生活關係等有基本認識，需對公共安全無害（無嚴重犯罪行為），最後，該第三國國民須能提供其個人，以及和其共居之親屬足夠的住屋空間。

持有永久居留權之第三國國民與德國人同，享有社會給付請求權，但該效力僅及於此第三國國民須居住於德國或其他歐盟會員國境內，倘其返回母國，或遷至其他非歐盟會員國之歐洲國家居住，則喪失健保、長照保險和失業保險給付請求權，此通常未寫進社會保險協定內[25]，不過，年金則因老年和失能而於非歐盟國家境內也發放。

2. 來自社會保險協定締約國之第三國國民

德國已與 20 多個非歐盟會員國國家簽署社會保險協定，締約國人民因而如同德國人，享有社會保險給付。但該協定大多僅規定請求權成立所需具備之保險時間（最短保險時間）的計算，以及年金給付請求的規定，而非其他現金給付（例如，疾病津貼、失業給付、長照照顧需求給付）的發放。臺灣和德國尚未簽署此項協定。

社會保險協定僅涉及社會保險給付，不包括社會救助給付。

3. 無永久居留權之第三國國民

居留法規定一系列暫時停留於德國之第三國國民（例如，學生、出於人道原因）的權利。

是否該第三國國民可以工作，須依具體的居留形式而定。倘有工作，則有義務加入社會保險，也因此而具有社會給付請求權。

除了工作，其也因機會均等而與德國人相同，享有以稅收為財源的兒童津貼和父母津貼等社會給付。

---

24 Artikel 2 Buchstabe b Richtlinie 2003/109/EG（2003/109/EG指令第2條b）；居留法第9a條（§ 9 a AufenthaltsG）。

25 參閱下述C. III. 2。

4. 不受居留保障之第三國國民（政治庇護申請者）

a) 概念

基於政治因素逃離母國者，通常被稱之為「政治庇護申請者」，因整個程序係依政治庇護法而定，而此政治庇護權係憲法所規定的基本權利[26]，又因以申請者逃離母國之個別的政治因素為前提，所以提出申請期間至少擁有政治庇護權[27]。根據日內瓦難民公約[28]或所謂的補充性保障[29]，這類申請人大多被判定為難民，難民地位是有期限的，但如果逃離母國的原因仍然存在，則該期限可延長。此外，許多政治庇護申請者於第一次申請被拒絕後繼續申請，程序也重新開始，且這類政治庇護或是輔助性保障申請被拒絕時，也可能透過司法程序獲得救濟，而當最後申請案結果確定時，可能已過了數個月或數年。

政治庇護申請者最初所獲得的社會給付，就如同社會救助受領人般。1993年南斯拉夫爆發內戰後，大量難民來到德國，當時，政治庇護申請者給付法[30]將這批難民從社會救助給付抽離，且限縮給付。2012 年聯邦憲法法院[31]認為該給付顯然不夠充足，最重要的是，該等給付 20 年來從未提高過，因而應修法加以改善該給付。但即使是修改後的新法，對於給付也仍然不夠，尤其是醫療服務這部分。

為回應 2015 年政治庇護申請人數的增加，政治庇護申請者給付法[32]也更新，目的在希望消除「引起不公平政治庇護申請的可能錯誤誘因」。在初次安置的 6 個月內，實物給付優先於滿足個人需求的現金（零用錢）給付，對居住於共同住宅的政治庇護申請者，也一樣透過實物給付取代現金給付。此外，政治庇護申請者給付法第 1a條仍有其他限制。

倘申請者擁有收入和財產，則應一併列入計算[33]。甚至，對第三人的請求（例如，贍養費），也應優先[34]。

關於給付形式——實物或現金給付——則依該給付受領人是否第一次住在安置機構[35]而定：

給付形式		
	安排於安置機構	安排於安置機構以外
必要的需求	強制性實物給付	優先的現金給付
必要的個人需求	實物給付優先；禮券或現金給付次之	現金給付

26 Art. 16a GG（基本法第16a條）。
27 § 2 AsylG（政治庇護法第2條）。
28 § 3 AsylG（政治庇護法第3條）。
29 § 4 AsylG（政治庇護法第4條）。
30 AsylbewerberleistungsG, AsylBLG（政治庇護申請者給付法）。
31 2012年7月18日 - 1 BvL 10/10判決（Urteil vom 18. Juli 2012 - 1 BvL 10/10）。
32 Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz（政治庇護程序加速法，2015年10月15日）。
33 § 7 AsylbLG（政治庇護申請者給付法第7條）。
34 § 8 AsylbLG（政治庇護申請者給付法第8條）。
35 § 44 AsylG（政治庇護法第44條）。

安排到安置機構[36]居住最長為 6 個月，在這段安置期間，「必要的需求」（營養、衣物、健康照顧和日常生活用品等）均強制透過實物給付提供[37]，對於必要的個人需求，也根據同樣的原則[38]，但僅限於，當實物給付的提供「所使用到的行政費用可能是合理的」時，始可存在。實務上常常以現金給付方式提供，因為實物給付所需的行政費用太昂貴。

在初次安置的 6 個月之後，則提供現金給付，由給付受領人自己照顧自己。[39]給付費用幾乎符合社會法法典第 2 編之規定。

額外的費用尚包含住宿租金、暖氣和家用器具[40]、醫療服務[41]和根據政治庇護申請者給付法第 6 條所規定的其他給付[42]。

b) 以歐元計之安置機構內必要的個人需求[43]

級別	稱謂	自 2016 年 3 月 17 日起
1	單身之給付受領人	135
2	同一家庭之兩位成人伴侶	122
3	其他未成家之成人	108
4	青少年（14–17 歲）	76
5	兒童（6–13 歲）	83
6	兒童（0–5 歲）	79

c) 安排於安置機構外

倘給付受領人被安排在安置機構以外，且以現金給付購買營養、衣物、健康照顧和日常用品時，即根據政治庇護申請者給付法第 3 條第 2 項規定，提供現金給付，以下為給付額度：

級別	稱謂	政治庇護申請者給付法第 3 條第 2 項必要之需求	政治庇護申請者給付法第 3 條第 1 項必要之個人需求	總計金額
1	單身之給付受領人	219	135	**354**
2	同一家庭之兩位成人伴侶	196	122	**318**
3	其他未成家之成人	176	108	**284**
4	青少年(14–17 歲)	200	76	**276**
5	兒童（6–13 歲）	159	83	**242**
6	兒童（0–5 歲）	135	79	**214**

36 § 47 AsylG（政治庇護法第47條）。

37 § 3 Abs. 1 AsylbLG（政治庇護申請者給付法第3條第1項）。

38 § 3 Abs. 1 Satz 6 AsylbLG（政治庇護申請者給付法第3條第1項第6句）。

39 § 3 Abs. 2 Satz 1 AsylbLG（政治庇護申請者給付法第3條第2項第1句）。

40 § 3 AsylbLG（政治庇護申請者給付法第3條）。

41 § 4 AsylbLG（政治庇護申請者給付法第4條）。

42 § 6 AsylbLG（政治庇護申請者給付法第6條）。

43 § 3 AslybLG（政治庇護申請者給付法第3條）[100歐元＝新臺幣3,500元]。

d) 健康照顧

醫療照顧給付僅於緊急生病和有治療需求，以及疼痛性疾病時提供[44]，當「保障健康是不可或缺」時[45]，其他治療給付（尤其是慢性病和身障）「可以」以裁量給付方式提供。給付受領人於依政治庇護申請者給付法第 2 條所規定之 15 個月等待期後，獲得如同社會法法典第 5 編第 264 條第 2 項所規定之健保卡般的健康卡時，給付受領人得持該卡請求與法定健康保險相同之醫療給付。

此項透過政治庇護申請者給付法第 4 條和第 6 條對疾病治療請求權的限制適用於實務之結果，受到許多社會法學者批評該等規定違反人性尊嚴[46]。

同時，要批評的是，當政治庇護申請者有特別需求（慢性病、身障、懷孕、未成年人、老人等）時，這些規定並沒有依 2003 年 1 月 27 日歐盟理事會所做的 2003/9/EG指令（歐盟-政治庇護安置指令）或 2013 年 6 月 26 日歐盟-政治庇護安置指令新內容而轉變。

然而，在緊急性疾病和慢性病的分界上，因涉及不明確性而須進行解釋的醫學問題，以及在慢性病上應該僅能做出「不可避免的」結論，社會行政機關常要求特聘醫師提出意見，但此卻導致臨床上許多顯然應提供住院醫療、專科治療、身障協助和給付慢性病等給付的延誤。

給付受領人依據政治庇護申請者給付法獲得根據社會法法典第 5 編第 264 條第 2 項所製造之健康卡，其因此（除長照保險例外）而與法定健保被保險人擁有相同的治療請求權，至於長照照顧需求性之情形，則依據政治庇護申請者給付法第 2 條和社會法法典第 12 編第 61 條以下提供給付。

e) 類似給付：15 個月後之給付

當給付受領人無濫用其居留期限時，得於 15 個月（以前為 48 個月）的「等待期」之後根據政治庇護申請者給付法請求社會法法典第 12 編[47]之給付，之後，可獲得與德國人相同的社會救助給付，因而這種給付被稱為類似給付。

倘給付受領人無法律上濫用停留期間，類似給付的提供，也應考慮等待期的完成。「法律上濫用」這個名詞於政治庇護申請者給付法內並無定義，聯邦社會法院[48]認為，所謂的法律上濫用，應包括客觀與主觀之構成要件，行為應客觀適當，尤其能影響居留期限。主觀上特別是須在比例原則下，考慮到排除享有優惠之給付，須有根據。司法實務對

44 § 4 AsylbLG（政治庇護申請者給付法第4條）。

45 § 6 AsylbLG（政治庇護申請者給付法第6條）。

46 *Eberhard Eichenhofer*, Gesundheitsleistungen für Flüchtlinge, ZAR 2013, S. 169-175; *Constanze Janda*, Quo vadis, AsylbLG?, ZAR 2013, S. 175-182.

47 § 2AsylBLG（政治庇護申請者給付法第2條）。

48 BSG Urteil v. 17.6.2008, B 8/9b AY 1/07 R（聯邦社會法院2008年6月17日B 8/9b AY 1/07 R判決）。

此已發展成一種多元的判例法。一般而言，湮滅文件或文件（例如，出境護照）取得時欠缺協力，都應考慮進去。

類似給付基本上係以現金給付方式提供[49]，例外為機構或相當於機構之安置[50]。

又，此種給付也提供居住（共同居住或租屋）、補助衣服、家用器具以及懷孕和生產、「教育包裹」和額外需要附加費等生活扶助費用[51]，特殊生活處境（身障、照顧需求性等）中的個別特別需求，則成為[52]部分以義務給付，部分以裁量給付方式提供。給付受領人根據政治庇護申請者給付法第 2 條從健保保險人收到健康卡後[53]，即如同法定健保被保險人般，得請求相同的健保醫療給付。

f) 依政治庇護申請者給付法第 1a 條之給付限制

根據政治庇護申請者給付法第 1a條規定，此項給付對於可能負出境義務的外國人和其家屬於特定情形下，繼續限制。實務上這些具限制性的給付係依據政治庇護申請者給付法第 3 條、第 4 條和第 6 條而來，其同時包括縮減或刪除發放給個人需求（社會參與之需求）的現金給付。此等規定的合憲性仍有爭議，因為，這些規定再度降低基本生存保障基準；就此，到現在還沒任何一則憲法法院判決。

此規定以指謫濫用居留和延長居留的理由為出發點，目的在排除給付受領人依據政治庇護申請者給付法獲得與德國社會救助受領人，以及與於德國境內合法居留之外國人相較，更為優惠的給付。因此，為避免政治庇護申請者給付法所規定之給付被濫用，以下兩種情形應列入考慮：

- 為入境而獲得給付[54]。給付的使用必須是因為入境這個特定目的。倘該外國人表明，其因母國內戰尋求保護，則是合理的意見陳述。
- 基於某些因素而使外國人的居留結束遙遙無期[55]，這些因素在實務上約為：為避免被遣返而銷聲匿跡、湮滅護照、提出偽造之護照，或者，雖有可能但卻沒取得母國的人事文件。如果母國欠缺有效的登記制度，那麼即使在母國取得了人事文件，實務上也極可能有問題。

就上述兩種情形，不論係在行政執行和法院程序，均有必要對該外國人進行定期個案調查的個別詢問。實務上，常常於法院程序上，才開始進行專業的

49 § 10 Abs. 3 SGB XII（社會法法典第12編第10條第3項）。

50 § 2 Abs. 2 AsylbLG（政治庇護申請者給付法第2條第2項）。

51 3. Kapitel SGB XII（社會法法典第12編第3章）。

52 § 23 SGB XII, 5. bis 9. Kapitel SGB XII（社會法法典第12編第23條，社會法法典第12編第5-9章）。

53 § 264 Abs. 2 SGB V（社會法法典第5編第264條第2項）。

54 § 1a Nr. 1 AsylbLG（政治庇護申請者給付法第1a條號碼1）。

55 § 1a Nr. 2 AsylbLG（政治庇護申請者給付法第1a條號碼2）。

事實查明，此項事實查明可能有些困難；而實際的不確定性也帶給行政機關負擔。

D. 社會給付權的實施

I. 行政程序

如同德國人，外國人有權就其社會給付請求權被拒絕時，提起救濟。針對行政機關所為之拒絕給付，得於結果公布之日起一個月內提起訴願。於訴願程序中，行政機關有機會再次檢視其決定。

II. 法院程序

1. 社會法院程序

倘此社會給付申請最後被行政機關拒絕，則得於一個月內向社會法院提起訴訟，倘敗訴，則可上訴於邦社會法院，而於特別案件則可向位於卡瑟爾的聯邦社會法院提起再上訴。

2. 聯邦憲法法院

提出於聯邦憲法法院的案子必須具解釋憲法之必要性，此在給付適當性的問題上，很重要。

3. 歐盟法院

向位於盧森堡的歐盟法院提出訴訟，必須以牴觸歐盟法規定為前提。例如，有可能得以德國並沒有將所有與政治庇護申請者的醫療照顧相關之指令完全轉換為由，向歐盟法院請求救濟。

4. 歐洲人權法院

最後，當牴觸歐洲人權公約時，得向位於史特拉斯堡的歐洲人權法院提出訴訟。但歐洲人權法院所處理的，常常是關於外國人的遣返許可，很少是關於社會給付的授予。

III. 法律實施的問題

在請求社會給付的實際執行上，常常存在問題，且不僅是外國人，德國人也碰到這樣的問題，也就是，沒錢者對社會給付（尤其是社會救助）的依賴。

當其有需求時，首先可申請諮詢協助[56]，再持諮詢禮券找律師。基本上每位律師均有義務[57]進行這類諮詢服務。倘程序必須於法院進行，則可提供程序費用協助之[58]，但因為這筆費用很低，實務上常常嘗試避免於程序進行中提供該諮詢或支持服務，同時，社會法專業律師也很少。此外，外國人對個人權利的無知和語言問題，尤其是因為不確定的居留狀態，而害怕被遣返或驅逐出境，以及，基於文化因素和就之前在母國的經驗而不信任德國國家機關或法院。再者，某些還擔心須因一場訴訟而負債。

所以，透過非政府組織或自助團體的支持，在實務上是很重要的。這些非

56 Beratungshilfegesetz, BerHG（諮詢協助法）。
57 § 49 Bundesrechtsanwaltsordnung, BRAO（聯邦律師法第49條）。
58 § 114 ff. ZPO（民事訴訟法第114條以下）。

政府組織或自助團體常以該外國人的母語為其說明一切，並協助填寫表格，翻譯官方文書，或陪伴該外國人到行政機關或法院進行訴訟程序。

這些協助對於未被以社會給付方式提供的醫療扶助，尤其重要，特別是涉及到在德國生活的大宗非法移民，甚至連志工的服務都對之很有幫助。

主題演講

日本における技能実習制度の法的位置づけと問題点

―労働法・社会保障法の視点から―

森戸英幸*／日本慶應義塾大學教授

目　次

Ⅰ　単純労働と在留資格―入管法の建前と現実
Ⅱ　技能実習制度の概要
Ⅲ　技能実習生と労働法・社会保障法
Ⅳ　今後の課題
結びにかえて―外国人への法律扶助

Ⅰ　単純労働と在留資格――入管法の建前と現実

外国人が日本に滞在するには在留資格が必要である。在留資格には様々なものがあるが、その背後にある日本の法政策の基本的な考え方は、「高度な専門技術を持った外国人労働者は大歓迎、単純労働者はお断り」である[1]。前者なら日本の経済・社会に寄与するが、後者は日本人の雇用を（さらには社会の安寧を？）脅かすおそれがある、ということであろう[2]。

しかし、教室で学生に上記のような話をすると皆一様に怪訝な顔をする。単純労働者は受け入れない？　どこの居酒屋行ってもコンビニ行っても、店員やレジ係はだいたい外国人ですよ！　あれは全部密入国者なんですか？　飛行機の格納庫にこっそり隠れて来たんですか？　そんなジャッキー・チェンみたいなすごい人には見え

* 日本慶應義塾大学教授。

1 2016年改正（2017年9月施行）により新たに「介護」という在留資格が創設されたが、この在留資格を得られるのは介護福祉士の資格を有する者のみとされており、「高度な専門技術」の要件は（少なくとも形式的には）維持されている。

2 後者の規制を貫徹するために、入管法（出入国管理及び難民認定法）は不法就労助長罪（入管法73条の2）により、不法就労を斡旋する業者、また不法就労者を雇用する者に刑罰を科すことができるとしている。

なかったですけど‥‥

ここで、日本の入管法の建前と現実との乖離が明らかになる。もちろん密入国やオーバーステイなどの不法就労者もゼロではないだろう。しかしそれ以外に、実は外国人が日本で合法的に単純労働に従事する術がいくつか存在する。

第１に、日本人の配偶者など、「家族滞在」の在留資格の者[3]。

第２に、在留資格「留学」。原則１週間に 28 時間までなら許可を得て就労が可能である[4]。コンビニ等で働いているのはおそらくこのカテゴリーの人たちである。ただ本当に 28 時間を超えて働いていないのか、確認は難しい。2 つの会社でそれぞれ 1 日 4 時間ずつ働いているケースも多々あると思われる。これはトータルすれば 28 時間を超えるので違法だが、本人が黙っていればバレることもない。

第 3 に、在留資格「定住者」。具体的には 3 世までの日系人である。これは制限なく就労可能なので、愛知県や埼玉県の工業地域に「ブラジル村」ができたりしている。

そして第 4 に、本講演のテーマである、「技能実習」の在留資格である[5]。

Ⅱ 技能実習制度の概要

2016 年に「外国人の技能実習の適正な実施及び技能実習生の保護に関する法律（技能実習法）」が制定され、2017 年 11 月から施行されている。技能実習制度自体はすでに 1993 年に制度化されているが、様々な問題点の指摘を受け、立法化に至った。

1 これまでの経緯

(1) 2009 年改正以前

当初最長 1 年間「研修」の在留資格で座学と実務の研修を行い、その後「特定活動」の在留資格で技能実習（最長で来日から 3 年まで）に従事、技能実習については雇用関係があるが研修期間は雇用関係なし、という枠組みであった。

ところが実際には、研修期間中に長時間労働をさせる[6]、技能実習期間においても労働基準法違反の行為が行われるなどの事例が少なからずみられ

3 1週28時間までの就労には原則的に包括許可がなされる。それを超える場合も個別に許可を得ることが可能である。

4 留学生が自ら在籍する学校との契約に基づき報酬を受けて行う教育または研究を補助する活動（ティーチング・アシスタントなど）については資格外活動の許可は不要である。

5 このほか「研修」という在留資格も存在するが、現在では実務研修を全く伴わない座学のみの研修や国・地方公共団体等の資金による事業としての研修の場合にしか認められない。

6 形式的に研修生であっても、実質的に「労働者」として使用されていれば、労働基準法上・労働契約法上の労働者に該当することとなる。スキール事件・熊本地判平成22.1.29労判1002号34頁。

た[7]。このような不適正行為は、労働力不足に悩む地域において、本来の制度目的とは異なり、研修生・技能実習生が実質的に低賃金の労働力として期待されていたことを背景とするものであった[8]。

(2) 2009 年改正

そこで、本来の目的に沿った制度とすることを目指し、「技能実習」1 号及び 2 号の在留資格が創設された（最長 3 年)。1 年目は技能実習 1 号であり、原則 2 か月の座学講習を受ける。ここまでは雇用関係はない。残り 10 か月は実習実施者の下で実習を行う。ここからは雇用関係が成立する。

2 年目・3 年目は技能実習 2 号となる。技能評価試験に合格すれば在留資格が変更される。1 号時代から引き続き、雇用関係の下で、1 年目に取得した技能のさらなる習熟を目指す。

その他監理団体についての規制も強化された。

(3) 2016 年改正

しかし 2009 年改正後も、入管法令や労働関係法令の違反は発生し、技能実習制度への厳しい批判は止まなかった[9]。そこで、有識者懇談会などでの検討を経て、技能実習法が制定されることとなった。発展途上国の「人づくり」への国際貢献、という本来の目的を貫徹するため、一方で技能実習制度を拡充するとともに、他方で制度の適正化のため技能実習生の保護等に関わる規制をさらに強化した。また、実習実施者・監理団体を監督する機関として、新たに外国人技能実習機構が設立された。

2 現行制度の概要

〔資料 1 参照〕

技能実習制度には、受入れ機関が個別企業であるもの（企業単独型）と、事業協同組合や商工会などの監理団体であるもの（団体監理型）とがある。実際には 95 パーセント以上が団体監理型である。

(1) 技能実習制度の拡充

技能実習 3 号の在留資格が新設され、最長で 5 年間技能実習生として日本に滞在することが可能となった。1 年目の技能実習 1 号、2 年目の同 2 号の後、1 か月の一時帰国を挟み、優良な実習実施者・監理団体限定で、また実技試験である技能評価試験合格を条件に、４年目以降の技能実習を可能とした。

---

7 農林水産省『平成19年版 食料・農業・農村白書』123頁。

8 同上。

9 「技能実習の適正な実施及び技能実習生の保護に関する基本方針」（平29.4.7法務省・厚生労働省告示1号）もこのことを明言している。

(2) 技能実習制度の適正化
〔資料 2 参照〕

「技能実習は、労働力の需給の調整の手段として行われてはならない」(技能実習法 3 条 2 項) という基本理念に沿って、①技能実習生ごとに作成する実習計画の認定制度[10]、②実習実施者の届出制及び監理団体の許可制導入、③実習生への人権侵害行為[11]を罰則つきで禁止、などの規制強化が行われた。

3 技能実習生の現状
〔資料 3 参照〕

ほぼ技能実習法制定以前の数字しか存在しないが、端的に言ってそれは、技能実習制度が実質的には国際貢献の制度ではなく低賃金労働力供給の仕組みであったことを示すものとなっている。2017 年末の技能実習生の数は 27 万 4,233 人、うち 3 分の 1 がベトナムから、次いで中国、フィリピンからが多い[12]。職種として多いのは食品製造関係、機械金属関係、建設関係である。このうち建設関係は近年急速に数が増え、農業関係を抜いて第 3 位にランクアップした――日本国内の需給関係の変化を表していると思われる。実習実施機関の半数は従業員 10 人未満の零細企業であり、50 人未満企業で約 8 割を占める。従業員数だけで企業を語るわけにはいかないとしても、このような規模の企業で国際貢献に資するような「技能」修得のための「実習」が可能なのか、疑問は残る。

Ⅲ 技能実習生と労働法・社会保障法

1 労働法制

前述のように、現行法下では技能実習生は来日当初の座学講習期間を除き、制度上雇用関係の下で就労することになっているので、一般の労働者同様全面的に労働法制が適用される[13]。労働組合に加入し使用者に対し団体交渉を求めることももちろん可能である[14]。

10 本国で取得困難な技術を修得するものであることなど、様々な要件を充足する必要がある。認定は主務大臣（厚生労働大臣及び法務大臣）の名前で外国人技能実習機構が行い、基準を満たさなくなった場合には取り消される。

11 暴力等による技能実習強制の禁止、技能実習に係る契約の不履行についての違約金等の禁止、旅券・在留カードの保管等の禁止が定められた（技能実習法46条以下）。

12 台湾からの技能実習生も存在するようである。https://www.nikkei.com/article/DGKKZO21300720190920 17TJ1000/

13 農水産業についてはほとんどの労働時間規制が適用されない（労働基準法41条1号）が、これは技能実習生に限った措置ではない。

14 技能実習生が加入した合同労組が、待遇の改善や実習中のセクハラの解決などを求めて実習実施機関に団体交渉を申し込み紛争化するというのが集団紛争の典型例である。

2 社会保障法制

日本の社会保険制度は、雇用関係の下にある労働者か否かで適用される制度が変わる。技能実習生は、来日当初の座学講習期間は雇用関係の下にない。しかしその後技能実習生として一定期間日本に住所を有することが制度上予定されているため、自営業者など非雇用形態の者のための社会保険制度への加入が義務となる。その後の実習期間については雇用関係が成立しているので、一般の労働者と同じ扱いとなる。

(1) 労災保険

座学講習終了後は原則として労働者災害補償保険（労災保険）の適用対象となる。労災保険はすべての事業、すべての労働者をカバーするのが原則となっているが、暫定的にまだ任意適用事業になっているものがある。すなわち、常時 5 人未満の労働者を使用する個人経営の農林、水産業、養殖、畜産等の一部の事業である。

ただし、技能実習制度を利用して技能実習生を受け入れる場合には、暫定任意適用事業主であっても、労災保険に任意加入するか、あるいは民間保険への加入などこれに類する措置を講ずることが義務づけられている[15]。これにより、一応はすべての技能実習生に労働災害に対する保護が及んでいる。

(2) 雇用保険

失業を保険事故とする雇用保険も、労災保険同様、雇用関係が成立する座学講習終了以降の期間については原則適用対象となる[16]。ただし労災保険同様、労働者 5 人未満の個人事業の一部は任意適用事業になっている[17]。これらについては、労災保険とは異なり、技能実習制度を利用する場合でもとくに加入を強制する規制は存しない。

技能実習生が失業するということは希であるが、全く例がないわけではない。実習実施機関の事業閉鎖後、他の同一職種の実習実施機関へ移転するまでの間について失業給付が支給された例があるようである。

---

15 技能実習計画の認定基準の1つとなっている（技能実習法9条6号、同則12条1項5号）。

16 労働者であっても、31日以上雇用される見込みがない者、あるいは週所定労働時間が20時間未満である者については雇用保険の被保険者とはならない。しかし技能実習生については、制度上当然に31日以上の雇用見込みがあるし、所定労働時間20時間未満ということも通常は考えられないであろう。

17 労災保険の任意適用の要件とは微妙に異なっている。労働者5人未満の個人経営の事業であって、①土地の耕作・開墾、植物の栽植・栽培・採取・伐採の事業その他農林の事業、②動物の飼育、水産動植物の採捕・養殖の事業、その他畜産、養蚕、水産の事業のいずれかに属する事業である。

(3) 医療保険

いわゆる国民皆保険制度の下、技能実習生についても、何らかの医療保険制度が必ず適用されることになっている。技能実習生からみて、そのメリットは小さくない。保険証を提示すれば、ほとんどの医療機関で医療費は 3 割の負担で済み、処方薬も安く手に入る。

座学講習期間中は、雇用関係は成立していないものの、日本に一定期間[18]住所を有することになるため、自営業者など非雇用形態の者を対象とする国民健康保険に加入する義務が生じる。住所地の自治体が保険者となり、保険料は加入者本人、すなわち技能実習生のみが負担する。

座学修了後の実施実習期間については、雇用労働者が加入する健康保険への加入義務が生じる。ただし、健康保険への強制加入が義務づけられていない事業所で働く技能実習生については、その事業所が健康保険の任意適用を申請しない場合には、国民健康保険に加入することとなる。強制加入義務がないのは、個人事業で常時 5 人未満の従業員しか雇用していない事業所、あるいは個人事業の農業、漁業、一部のサービス業（クリーニング業、飲食店、ビル清掃業等）の事業所である。

また、強制適用事業所の労働者であっても、所定労働時間が週 20 時間未満であるなどの場合は強制加入被保険者とならないが、技能実習生の場合そこまで労働時間が短いケースは多くないと思われる。

保険者は全国健康保険協会（協会けんぽ）または健康保険組合（組合健保）であり、保険料は労使折半である。

(4) 年金保険

医療保険同様、国民皆年金制度の下、技能実習生についても、20 歳以上 60 歳未満であれば何らかの年金保険制度が必ず適用される。技能実習生の側からみれば、おそらく年金保険には医療保険ほどのメリットがあるようには思えないであろう。しかし老齢年金はともかく、障害年金、遺族年金の存在は、「まさかの」ときには大きなメリットとなる。

座学講習期間については、日本に住所を有することになるため、20 歳以上 60 歳未満であれば自営業者など非雇用形態の者を対象とする国民年金に加入する義務が生じる。保険者は国である。保険料は加入者本人、すなわち技能実習生のみが負担する（2018 年は月額 16, 340 円）。ただし経済的理由で

18 在留期間3か月未満の場合は被保険者にならないが、技能実習生の場合最短でも6か月の在留期間となるため（国民健康保険法施行規則1条、住民基本台帳法30条の45、国民健康保険法施行規則第1条第1号の規定に基づき厚生労働大臣が別に定める者の一部を改正する件（平成24年厚生労働省告示第23号））。

保険料納付が困難な場合は保険料の一部または全部の免除制度がある。

座学講習終了後は、労働者を対象とする報酬比例年金である厚生年金保険に加入することになる[19]。任意適用事業所の要件、強制加入とならない短時間労働者の要件については健康保険と同様である（→(3)）。厚生年金に加入できない場合は国民年金に加入することとなる。現在の保険料率は 18.3 パーセントである（これを労使折半）。

老齢年金は、10 年以上の保険料納付期間[20]を有する者が、原則 65 歳にならないと受給できないが、いくつかの要件が満たされる場合には、脱退一時金を受給することができる[21]。厚生年金の場合は、①請求者が外国人であること、②厚生年金保険の保険料を 6 ヶ月以上納めていること、③日本に住所を有しないこと[22]、④厚生年金保険の障害年金等を受ける権利を有していないこと、⑤出国から 2 年以内であることである[23]。多くの技能実習生は帰国時にこの脱退一時金の請求をしているものと思われる。

技能実習生の送出国が日本と社会保障協定を締結している場合には、年金加入期間の通算などの措置を適用することも可能となる。もっとも、現在のところ、多くの技能実習生を送り出している国の中に年金通算が可能な協定締結国は存在しない[24]。

(5) 介護保険

40 歳以上 65 歳未満の技能実習生は、要介護・要支援の状態を保険事故とする介護保険制度の被保険者となる。もっとも、技能実習生の多くは若年者であり、介護保険への加入例は多くないと思われる。

Ⅳ 今後の課題

1 労働法上の課題

技能実習生は来日当初の座学講習期間を除き雇用関係の下にあり、労働法が全面的に適用される。技能実習生だから、あるいは外国人だから労働法

19 正確には、国民年金の被保険者資格は引き続き継続され、それに加えて厚生年金の被保険者資格も得る。ただし保険料は厚生年金の保険料のみを負担することとなる。

20 保険料免除期間も含む。

21 金額は保険料納付期間が長いほど多くなるが、国民年金では滞在36か月以上の場合30万円弱、厚生年金では滞在36か月以上の場合労働者拠出分として自ら支払った保険料額のおおむね36か月分である。

22 実際には居住地の市役所等に転出届を提出すれば住民票転出予定日以降に脱退一時金支給の申請が可能である。

23 国民年金についても同様の要件が定められている。

24 フィリピンとの社会保障協定は署名済であるが未発効である。なおごく僅かな数であるが技能実習生を送出している国であるオーストラリア、韓国（ただし年金加入期間通算措置はなし、二重加入防止措置のみ）、ブラジルなどは発効済協定締結国である。

に守られないということはない。問題はその保護が実効的に技能実習生にも及びうるかどうかである。

前述のように、技能実習生受入れ企業の多くは小規模零細企業であり、労働法規違反が起きやすい状況であることは否定できない。実際、技能実習法施行前の数字であるが、2016 年に労働基準監督署が監督指導を行った実習実施機関のうち、7 割の事業場に労働関係法令違反が認められた[25]。

技能実習生を受け入れているかどうかに関わりなく、労働基準法等の遵守は使用者の義務であるが、実習生への保護をより実効的なものにするには、より実態に即した規制や監督のあり方を検討する必要があるだろう。技能実習法施行以前も、賃金不払い等の労働基準法違反行為は入管法上の不正行為とされ、不正行為を行った監理団体や実習実施機関は技能実習生の受入れを一定期間停止する措置の対象となることなっていた。技能実習法も、一定の労働基準法違反等で刑罰を受けた場合、あるいは「労働に関する法令に関し不正又は著しく不当な行為」をした場合には技能実習計画の認定を 5 年間は受けられないこととしている（技能実習法 10 条 1 項 1 号 2 号 8 号、同令 1 条)。このような規制の趣旨を、監理団体を通じて傘下の零細事業主に周知徹底すべきであろう。

2 社会保障法上の課題

前述のように、技能実習生については、座学講習期間中もその後の実施実習期間においても、各種社会保障制度がもれなく適用されるようになっており、適用関係が複雑で煩わしいという問題を除けば、少なくとも法制度上の穴はほぼ存在しない[26]。

前述のように、労災保険及び医療保険については、技能実習生の側からみてもメリットは大きいと思われる。他方で、雇用保険と年金保険については、技能実習生の側に、保険事故発生の可能性がほとんどないのに保険料負担が過大だという不満がくすぶる可能性はある。しかし雇用保険については、技能実習の期間が最長 5 年となり、実習先の倒産や様々なトラブルによる実習先変更の可能性もさらに高まっていることからすれば、その必要性は否定しがたいところである。

また年金保険についても、不慮の事故が起きた場合には障害年金あるいは遺族年金の支給がなされること、老齢年金に対応する保険料負担について

25 主な違反事項は、労働時間、機械の安全基準関係、割増賃金の支払いなどである。http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/0000174090.html

26 このほか実務上は、社会保険制度の自己負担分の補償などを行う、外国人技能実習生総合保険への加入も奨励されている。

は脱退一時金の支給を受ければある程度「取り返す」ことができることを考えれば、社会保険制度としての公平さは損なわれていないと言ってよいだろう。むしろ大事なのは、現場において、技能実習生がこれらのメリットを理解・納得できるようにするための効果的な説明方法を探ることであろう。

もちろん、制度上は加入義務があるとしても、実際にちゃんと加入してもらわないと意味がない。現行法上、そのための措置もいくつか講じられている。まず労災保険については、すでに述べたように労災保険関係の成立が技能実習計画の認定要件になっており、未加入の問題が起きる余地はほぼない。健康保険、厚生年金保険、雇用保険についても、被保険者資格取得の届出などの事業主としての義務を怠ったことを理由に刑罰を受けてから 5 年以内は技能実習計画の認定を受けられないことになっている（技能実習法 10 条 1 項 1 号 4 号）が、社会保険の未加入が捕捉され、かつそれについて刑罰まで発動されるという例は実際にはほとんどないと思われる。各種社会保険制度への加入漏れをなくすためには、やはり監理団体を通じてのコントロールが不可欠であろう。

このほか、労災保険については、メリット制[27]による保険料負担増を回避するための「労災隠し」の問題が起きる可能性もある。これもまた技能実習生に限った問題ではないが、外国人である技能実習生は場合によっては事業主に「丸め込まれ」てしまう可能性も否定できない。技能実習生に対し事前の講習等で制度の趣旨と中身を十分説明しておく必要があるだろう。

3 技能実習制度の課題

ありていに言えば、零細企業の労働力不足、アジア諸国における日本への「出稼ぎニーズ」の存在という現実を、国際貢献という建前で解決するために誕生したのが日本の技能実習制度である。その現実と建前の乖離が、送出機関での不正行為や実習生の不当な扱いなどの様々な問題をもたらし、批判の対象ともなってきた。

労働力不足が今後さらに進展することが見込まれる以上、法政策の方向としては、技能実習制度という建前を捨て、単純労働に従事する外国人労働者に正面から門戸を開くという選択もあったのかもしれない。しかし技能実習法は、なおも建前を維持することとした。現実との乖離がもたらす問題は、技能実習についての規制を強化することで解決し、技能実習はあくまでも国際貢献、本国では学べない技能の修得を可能にする制度として純化すること

27 簡単に言えば、労災が発生した事業場の保険料率が上がる（発生しなければ下がる）仕組みである。

とした。労働力不足を補う制度としては、これまでよりも使いにくいものとしたわけである。労働力不足の問題、移民への門戸開放の是非は別途議論する――正確に言えば、先送りする――ということであろう。現行制度を維持しつつ改善を図るという方向であり、政治的にも現時点で無難な選択であったことは確かである。

技能実習法は施行されたばかりである。技能実習制度が今後その趣旨どおりに厳格に運用され、それでもこれまでと同じ数あるいはそれ以上の技能実習生が来日し、日本で様々な技術を取得し、帰国後それを活かして本国の経済発展に貢献する――という絵に描いたような幸せなサイクルが回っていくのか、注目していかなければならない。ちなみに2017年末のテレビ番組[28]では、ベトナムの送出機関関係者から、日本の監理団体が技能実習生一人の受入れを決めるごとにキックバック等を要求している実態があるとの証言が報道された。技能実習法制定後の話である。これがフェイクニュースであることを、あるいはごくまれな例外的な事象であることを願いたい。

28 テレビ東京「ガイアの夜明け」(2017年12月12日)。これを受けて法務省・厚生労働省等が連名で「送出機関との不適切な関係についての注意喚起」と題された文書を発した。http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11800000-Shokugyounouryokukaihatsukyoku/20171214_attention_1.pdf

【補足】(2019年1月)

本稿脱稿後の2018年12月、入管法の改正が国会を通過し(多くの規定は2019年4月施行)、日本の入管政策がさらなる展開をみせたので、ここで少し補足しておく。

この改正により、新たな在留資格として「特定技能1号」と「特定技能2号」の2つが創設されることとなった。1号は「相当程度の知識又は経験を要する技能」を有する外国人につき、一定レベル以上の日本語能力や技能試験の合格を条件に最長5年の滞在を認めるものである。介護、建設など人手不足の分野での受入れが想定されており、実際には技能実習生が実習期間終了後引き続き日本に留まれるようにするためのもののようである。2号は1号よりもさらにハードルが高く、「熟練した技能」を有する外国人である必要があるが、この在留資格は更新できるため、より長期の滞在が可能となる。配偶者や子どもの帯同も認められる。その他、改正法の具体的運用方法など、詳細は今後徐々に詰められていくようである――あまり内容を詰めないまま法案を通した感もあり、その点は野党などから強い批判がある。

とにかく人手不足をなんとかしてくれ、という現場の声に安倍政権が応える形で成立した改正であるといえる。ついに単純労働の「移民」にも日

本の労働市場が門戸を開いた、という批判と賞賛が半ばするというのが現在の状況である。もっとも、少なくとも法政策上は、「高度な専門技術を持った外国人労働者は大歓迎、単純労働者はお断り」という建前はなお維持されており、政府も「事実上の移民受入れ策だ」という指摘を強く否定している。移民ではない、単純労働ではない、という建前の下、実際には単純労働の移民がどんどん増え続ける――ある意味、政策としては極めて一貫しているのかもしれない。

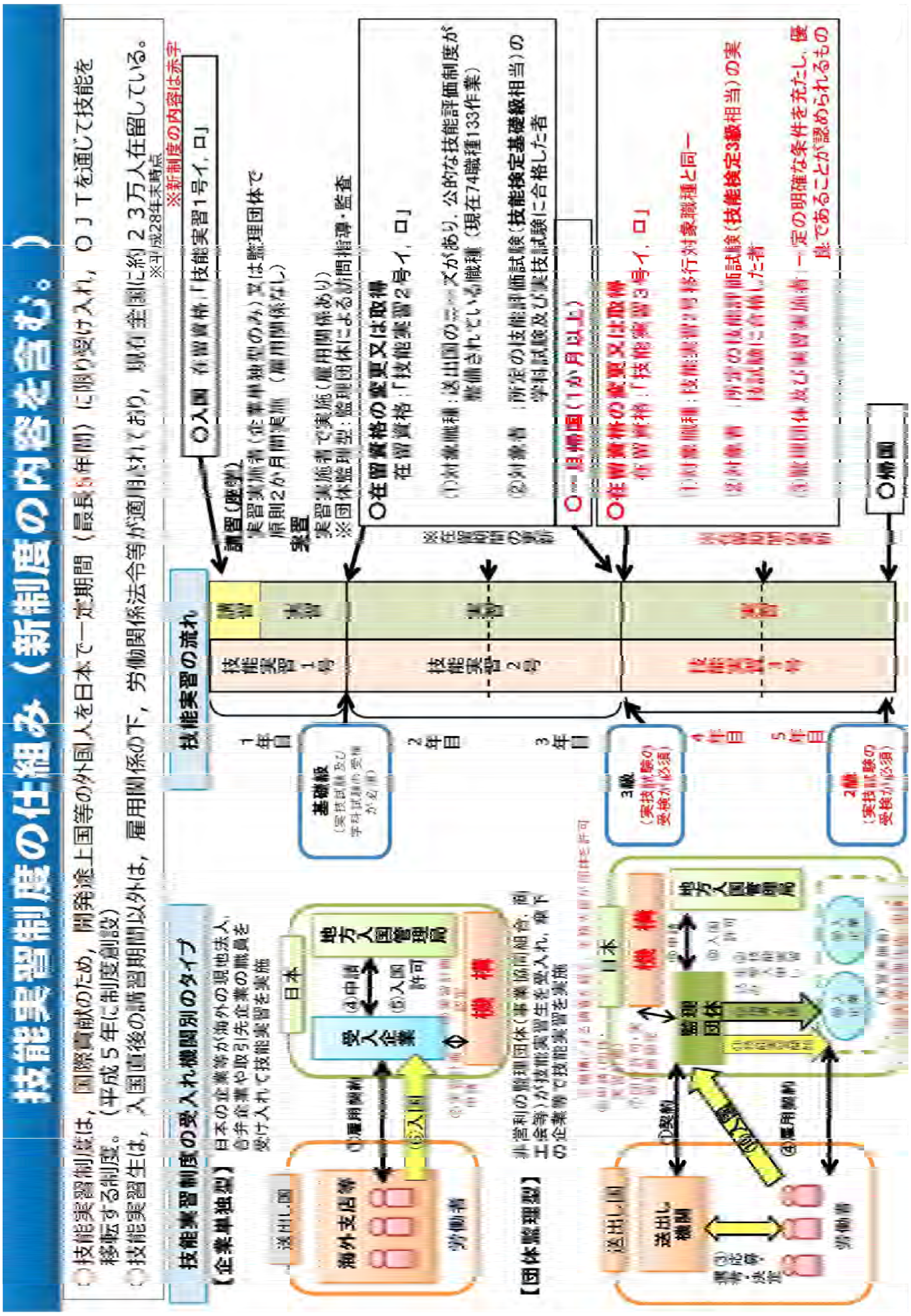
結びにかえて――外国人への法律扶助

最後に、むすびにかえて、法律扶助制度の外国人への適用についても一言述べておく。

日本の法律扶助制度は、総合法律支援法に基づき設立された独立行政法人である日本司法支援センター（通称「法テラス」）が担っている。外国人が被疑者・被告人である刑事事件、適法な在留資格を有する外国人が当事者である民事紛争については、当事者に資力がない場合は法テラスが弁護士費用等を立て替えてくれる。言うまでもなく技能実習生は適法な在留資格を有するので、仮に実習期間中の紛争であれば法テラスを利用できる。

ただし、たとえば技能実習生が失踪しそのままオーバーステイになった場合など、適法な在留資格を有しない外国人については、法テラスの民事法律扶助制度を利用することができない。このようなケースでは、一定の要件の下、日本弁護士連合会が依頼者に代わって弁護士費用を支払う制度が存在する（「難民認定に関する法律援助」「外国人に対する法律援助」）。これにより、法テラスにおける民事法律扶助制度の対象となる事案でありながら、同制度を利用できない外国人への弁護士費用の援助がなされることとなる。

【資料１】


技能実習制度の仕組み（新制度の内容を含む。）
○技能実習制度は，国際貢献のため，開発途上国等の外国人を日本で一定期間（最長５年間）に限り受け入れ，ＯＪＴを通じて技能を移転する制度。（平成５年に制度創設）
○技能実習生は，入国直後の講習期間以外は，雇用関係の下，労働関係法令等が適用されており，現在全国に約２３万人在留している。
※平成28年末時点
※新制度の内容は赤字
技能実習制度の受入れ機関別のタイプ
技能実習の流れ

【資料２】

外国人の技能実習の適正な実施及び技能実習生の保護に関する法律の概要

外国人の技能実習の適正な実施及び技能実習生の保護を図るため，技能実習に関し，基本理念を定め，国等の責務を明らかにするとともに，技能実習計画の認定及び監理団体の許可の制度を設け，これらに関する事務を行う外国人技能実習機構を設ける等の所要の措置を講ずる。

法律の概要　※　法務省及び厚生労働省で共管

1. 技能実習制度の適正化

(1) 技能実習の基本理念及び関係者の責務規定を定めるとともに，技能実習に関し基本方針を策定する。

(2) 技能実習生ごとに作成する技能実習計画について認定制とし，技能実習生の技能等の修得に係る評価を行うことなどの認定の基準や認定の欠格事由のほか，報告徴収，改善命令，認定の取消し等を規定する。

(3) 実習実施者について，届出制とする。

(4) 監理団体について，許可制とし，許可の基準や許可の欠格事由のほか，遵守事項，報告徴収，改善命令，許可の取消し等を規定する。

(5) 技能実習生に対する人権侵害行為等について，禁止規定を設け違反に対する所要の罰則を規定するとともに，技能実習生に対する相談や情報提供，技能実習生の転籍の連絡調整等を行うことにより，技能実習生の保護等に関する措置を講ずる。

(6) 事業所管大臣等に対する協力要請等を規定するとともに，地域ごとに関係行政機関等による地域協議会を設置する。

(7) 外国人技能実習機構を認可法人として新設し，
- (2)の技能実習計画の認定
- (2)の実習実施者・監理団体に報告を求め，実地に検査
- (3)の実習実施者の届出の受理
- (4)の監理団体の許可に関する調査

等を行わせるほか，技能実習生に対する相談・援助等を行う。

2. 技能実習制度の拡充

優良な実習実施者・監理団体に限定して，第５号技能実習生の受入れ（４～５年目の技能実習の実施）を可能とする。

3. その他

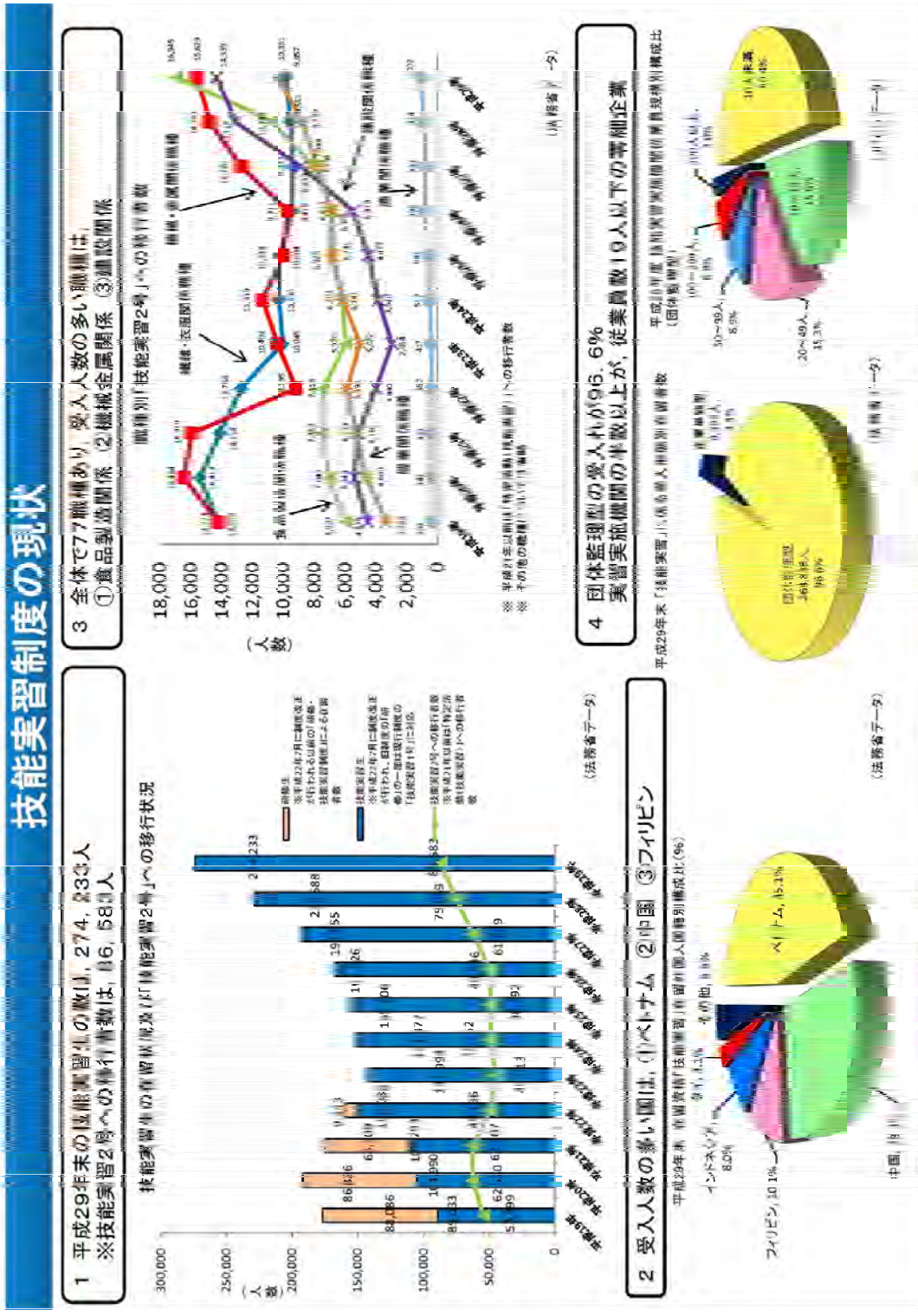
技能実習の在留資格を規定する出入国管理及び難民認定法の改正を行うほか，所要の改正を行う。

施行日　平成29年11月１日

公布の日から起算して１年を超えない範囲内において政令で定める日
ただし，外国人技能実習機構の設立規定については，公布の日（平成28年11月28日）

平成28年11月18日成立
同年11月28日公布

【資料３】


技能実習制度の現状
1 平成29年末の技能実習生の数は、274,233人
※技能実習2号への移行者数は、86,583人
技能実習生の在留状況及び「技能実習2号」への移行状況
（人数）
（法務省データ）
2 受入人数の多い国は、①ベトナム、②中国、③フィリピン
平成29年末 在留資格「技能実習」在留外国人国籍別構成比（%）
インドネシア 8.0%
その他 11.1%
フィリピン 10.1%
ベトナム 45.1%
中国 [illegible]
（法務省データ）
3 全体で77職種あり、受入人数の多い職種は、
①食品製造関係 ②機械金属関係 ③建設関係
職種別「技能実習2号」への移行者数
（人数）
繊維・衣服関係職種
機械・金属関係職種
建設関係職種
農業関係職種
※平成29年7月に制度改正が行われる以前の「技能実習1号」から「技能実習2号」への移行者数
※その他の職種の移行者数
（法務省データ）
4 団体監理型の受入れが95.6%
実習実施機関の半数以上が、従業員数10人以下の零細企業
平成29年末「技能実習」に係る受入れ機関別在留者数
団体監理型
平成29年度 技能実習実施機関届出 事業規模別構成比
（団体監理型）
10人未満
10～19人
20～49人
（法務省データ）