

有關非法獵捕保育類野生動物罪與原民文化抗辯之實證研究報告綱要

張宏節/臺灣高等法院花蓮分院法官

壹、前言

一、得天獨厚的寶島：

從生物多樣性與文化多樣性之豐富性談起

一豐富生物多樣性

一豐富文化多樣性

二、瀕臨絕種野生動物保護及生物多樣性的重要性：

(一) 1973年3月3日瀕臨絕種野生動植物國際貿易公約(CITES)前言：

各會員國鑒於野生動植物華麗多姿，乃自然系統中可替代的一部分，必須予以保護；察及野生動植物永恆增長之價值；人類及國家應係其野生動植物最佳保護者；鑒於為保護稀有野生動植物，以防止其由於國際貿易而遭受濫用，國際合作係屬必要。

(二) 1992年生物多樣性公約(CBD)序言：

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；注意到生物多樣性遭受嚴重減少威脅時，不應以缺乏科學定論為由，而延遲採取避免減少此種威脅之措施。

三、文化多樣性的重要性：

(一) 2001年11月2日世界文化多樣性宣言(Universal Declaration on Cultural Diversity)：

第1條：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：

第2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，與民主制度密不可分。

第5條：文化權利是人權的組成部分；每個人都有權接受充分尊重其文化特性的優質教育和培訓；每個人都應能參加其選擇的文化重大計畫生活和從事自己所特有文化活動，但必須在尊重人權和基本自由的範圍內。

(二) 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；確認文化多樣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；意識到文化多樣性創造多采多姿的世界，使人類有更多選擇，得以提高自己的能力和形成價值觀，成為各國可持續發展的一股主要推動力；考慮到文化在不同時間和空間具有多樣形式，體現為各民族、社會文化特徵和表現形式的獨特性和多元性；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。

四、當生物多樣性價值取向與文化多樣性價值取向衝突時之立場

以價值取向角度觀察

—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」(生物多樣性價值取向)

—為尊重多元文化，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(文化多樣性價值取向)

當兩種價值取向產生衝突：

以憲法角度觀察

—由憲法增修條文之規定，乃是生態保育與原住民文化兩種基本國策衝突

—若認為已屬權利性質，則是環境權與文化權衝突

Q：如何權衡？

—零和賽局？其中一方價值凌駕他方，有位階順序，而偏袒一方，全有全無？

—兼籌並顧，相互調和？盡可能兼顧，適當的調和？

國際公約的觀點：

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。

亦即物多樣性的維護，必須兼顧原住民文化。

憲法的觀點：

在我國，縱使是基本權衝突，許宗力大法官釋字第 656 號解釋部分協同意見書，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，以避免對任何一方基本權造成過度侵害，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」(吳信華，憲法釋論，第 223 頁)。

接下來的問題，

—現行法規是否兼籌並顧，相互調和兩種價值取向；又價值權衡後，限制一方價值，是否符合比例原則。

—司法實務適用上能否兼籌並顧，相互調和兩種價值取向。

五、問題的提出：

—現行法規對於兩種價值取向(基本國策)的衝突，是否已有適當調和機制，能達到兼籌並顧，相互調和兩種重要價值？

—現行司法實務適用現行法規，面對兩種價值取向(基本國策)衝突，是否能夠

兼籌並顧，相互調和兩種重要價值。

以下嘗試從獵捕野生動物法律規範之演進，及透過非法獵捕保育類野生動物判決實證研究，尤其是有關非法獵捕保育類野生動物罪與原民文化抗辯之實務運作，釐清問題根源，再以存在面為基礎，尋求當為的法律規範。

貳、獵捕野生動物法律規範演進

一、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，觀察獵捕野生動物法律規範之演進：

（一）原住民自治時期（史前至 1895 年）：

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。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。由「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「臺灣蕃族慣習研究」（8 冊）。行政院原住民族委員會編製「臺灣原住民族民事傳統習慣調查彙編(試行本)」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。

（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。日治時期雖允許原住民打獵，然以教育及管制槍枝方式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，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，則科處行政罰鍰並撤銷狩獵證書。主要係管制以狩獵為經濟或娛樂活動行為，以是否傷害人畜、有益無益、可供食用或珍奇鳥獸，決定狩獵限制之程度。

2、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，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。

3、禁獵令

由於野生動物交易猖獗，台灣地區並於 1972、1975 年二次頒佈禁獵令，1978 年 11 月 16 日始恢復狩獵許可制。

4、保育啟蒙期/國家管制與原住民狩獵文化開始衝突

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，限制原住民獵捕野生動物之區域。另1982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。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):

聯合國於1972年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調件的基本權利，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。

(五) 野生動物保育法之制定 (1989年6月23日):

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。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。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，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。

(六) 生物多樣性公約 (Convention on Biological Diversity, 縮寫: CBD) 之影響 (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CBD，成為全球許多國家關心之議題。CBD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。CBD部分內容重視原住民生活及傳統知識與生物多樣性的密切關係。

(七) 野生動物保育法 1994年10月29日之修正:

由於對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。為順應國際潮流，避免背負「犀牛終結者」之惡名，野保法於1994年修正全文，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。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」，並於同法第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。

(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、第 11 項(現移列為第 10 條第 11 項、第 12 項)，前開規定，均與「第三代人權」保障集體權趨勢有關。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，多數見解認為不能直接據以為憲法上的請求權，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。依釋字第 719 號解釋理由書，認基於憲法第 5 條及憲法增修條文第 10 條第 12 項之意旨，國家具有保障扶助並促進原住民族發展之義務。

(九) 原住民文化抗辯成文化化—2004 年 2 月 4 日野保法新增第 21 條之 1、第 51 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。

2、野保法 2004 年 2 月 4 日修正時新增第 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」成文化化：

野保法 2004 年新增第 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。」將原住民因傳統文化、祭儀為目的獵捕保育類野生動物予以除罪化。則前開條文之增訂，將「傳統文化」、「祭儀」納入成為除罪化要件，係屬「文化抗辯」成文化化。

(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 年通過事業文化多樣性宣言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(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，2005 年制定原基法，立法理由「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』。」就獵捕野生動物，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「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。」。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。

(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。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 及促進、發展、維護原住民族獨特習俗、文化與傳統為國際法規範之潮流。

(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。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。原住民族文化生活的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、佔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。

Q：依據兩公約，是否可以推導出原住民之「狩獵權」(與其傳統文化無關)？或應僅於文化權脈絡下的狩獵文化而受到保護？

區分一般類、保育類野生動物來思考：

—Q：狩獵一般類野生動物權？

對於一般類野生動物，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之權利？

—Q：狩獵保育類野生動物權？

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，是否適當賦予原住民狩獵「保育類」野生動物之權利？是否與國際潮流相衝突？

（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。」（第一項）、「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。」（第二項）。

二、現行法形式上雖具調和機制，實際運作上仍迭起爭議：

觀察原住民法及國家管制在歷史脈絡的各個階段消長變化，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，乃是存在→弱化→滅亡→回復。以國家管制的角度，則是寬鬆管制→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→受到原住民文化權等集體權衝擊。則現行法制原則上站在生態保育的立場，嚴格限制獵捕保育類野生動物，並有刑事處罰，然在與原住民族狩獵文化相衝突時，則有「文化抗辯」除罪化要件，形式上似乎具有兼籌並顧、相互調和的機制，當可逐漸回復其狩獵文化，應不會再發生國家規範與原住民文化的衝突時產生爭議，然在司法審判實際運作上，卻迭起爭議，引起社會矚目，其問題之根源為何，自宜透過實證研究各級法院判決，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、統計結果：

以 93 年 2 月 4 日野保法新增第 21 條之 1 起至 107 年 3 月 31 日止，各級法院有關野保法第 41 條第 1 項第 1 款確定判決為研究對象，進行統計分析

（一）判決數量：

各級法院非法獵捕保育類野生動物判決合計 675 件，其中原住民被告合計 280 件（41.48%），非原住民被告合計 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%）；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%）；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%）

（二）獵捕之保育類動物種類：

判決中所獵捕保育類野生動物種類前 10 名，分別為山羌（233 件；即將公告調降為一般類）；紅尾伯勞鳥（159 件）；臺灣野山羊（長鬃山羊）（87 件）；台灣獼猴（59 件；即將公告調降為一般類）；白鼻心（34 件；即將公告調降為一般類）；食蛇龜（27 件）；高身鏟頰魚（25 件）；鱸鰻（20 件）；臺灣水鹿（19 件）；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）原住民被告案件是否援引野保法第 21 條之 1 或原基法第 19 條原住民族文化抗辯統計：

未援引 240 件（85.71%）；有援引 40 件（14.29%）。

（五）原住民被告案件量刑統計：

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）原住民被告案件諭知緩刑（包括緩刑附條件）統計：

諭知緩刑 210 件（75%）；未諭知緩刑 70 件（25%）。

二、初步分析：

由前開統計結果，可觀察出非法獵捕保育類野生動物犯罪，具原住民身分者約佔所有案件之 41.48%，以原住民人口約佔全國總人口 2.38%的比例來看確實偏高，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。其中獵捕山羌之比例亦顯著偏高，所幸山羌業已調降為一般類野生動物，日後發生衝突的比例應該會降低。

而原住民案件中，答辯方向及訴訟策略採取坦承犯行比例高達 88.21%；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%。而野保法雖自 93 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 條為由否認犯罪，認應為無罪之諭知者，僅佔 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。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。

三、以判決內容整理、分析非法獵捕保育類野生動物罪原住民族文化抗辯之實務見解及其取向：

自 2004 年野保法新增第 21 條之 1 後迄於 2018 年 3 月 31 日止，各級法院判決有關非法獵捕保育類野生動物罪原住民族文化抗辯（包含野保法第 21 條之 1 第 1 項、原基法第 19 條）等內容，實務見解概以指標判決（最高法院 104 年度臺上字第 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障礙，而非法獵捕保育類野生動物罪本以保育類野生動物為對象，且多數未經主管機關核准，亦多不符管理辦法第 6 條暨附表規定，從而大部分案件均在此層次即被認不符合除罪化要件，縱使提出原住民文化抗辯，各級法院鮮少就何謂「傳統文化」、「祭儀」內容實質闡釋，並涵攝認定。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。茲將各階段實務見解析述如下：

（一）指標判決前之階段：

1、以一般類野生動物為限：

—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，可認上開原住民族基本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。

—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。

—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？

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 1 項及第 2 項認台灣原住民族之獵捕、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。

（2）由野保法第 21 條之 1 及第 51 條之 1 合併觀察：

—野保法第 51 條之 1 規定僅就一般類野生動物予以規範，而未包括保育類野生動物，是以原住民違反同法第 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

（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：

—野保法第 21 條之 1 之規定係於 93 年 2 月 4 日增訂公布，該條規定於立法院三讀通過時，立法者另作有附帶決議表示：『有關第 21 條之 1 第 2 項之許可辦法，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化，對『一般類野生動物』之種類、區域、及數量予以妥適訂定。』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。立法者就原住民權益及野生動物保護之調和已作有決定。

3、尚須遵行管理辦法第 6 條暨附表規定：

—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。

二、分水嶺—指標判決之見解：

一該案最高法院 102 年度臺上字第 3541 號判決變更先前見解，認管理辦法第 6 條第 2 項關於野生動物之種類，其中除一般類野生動物外，列為「其他應予保育」之保育類野生動物「山羌」、屬「珍貴稀有」之保育類野生動物「台灣水鹿」、「台灣野山羊」，亦包含在內。似徵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，保育類野生動物，亦包含在內。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。

一該案最高法院 104 年度臺上字第 243 號判決表示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。

三、後指標判決時期：

(一) 最高法院見解漸趨統一：

1、最高法院 104 年度臺上字第 2815 號判決：

一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 條暨附表所規定之期間及得獵捕之野生動物種類，始能除罪之見解。

2、最高法院 104 年度臺上字第 3166 號判決：

一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，然該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 年度臺上字第 3280 號判決後，迄於 2018 年 3 月 31 日，最高法院即未就原住民涉犯野保法第 41 條第 1 項第 1 款之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（下稱決議）：

一認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。

（二）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決議之見解，呈現有罪及無罪結論互見之情形，經歸納、整理，有如下之見解：

1、仍認野保法第 21 條之 1 第 1 項限於一般類野生動物：

一認野保法第 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 所指原住民族得以獵捕、宰殺或利用之「野生動物」，並不包含保育類野生動物，否則，即與野保法之立法目的有違，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。

一本案核心問題，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。若為了傳統文化，而獵捕野生動物導致其絕種，這樣的傳統文化到底意義何在？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、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。

2、採決議見解，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。

3、引用指標判決之見解，實質認定野保法第 21 條之 1 第 1 項要件：

一認「本件被告 3 人於 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，應屬野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項規定不罰之行為。」

4、引用指標判決，實質認定野保法第 21 條之 1 第 1 項要件，但認即使未依管理辦法第 6 條暨附表規定，亦可依野保法第 21 條之 1 第 1 項除罪。

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野保法第 21 條之 1 第 1 項：

一准許規定既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，被告或為太太做月子食用，或為迎接聖誕慶典，而前往部落獵場狩獵乙節，認「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、實質認定獵物非營利行為之自用，屬原住民族傳統文化之一部份：

一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 款之罪名。雖被告未經主管機關之許可，違反野保法第 21 條之 1 第 2 項應經主管機關核准及系爭管理辦法第 6 條第 2 項關於狩獵期間之規定，惟揆諸前揭說明，自不能再以違反野保法第 18 條第 1 項第 1 款之規定，逕依同法第 41 條第 1 項規定處以刑罰。

7、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，並實質認定是否符合前開要件：

一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，依原住民族基本法第 19 條規定，不認其具有違法性與可罰性，而均為現行法令所規定之容許行為。

8、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，並實質認定是否符合前開要件：

一若符合原基法第 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。以及野保法第 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。

肆、實務取向及其疑慮

一、採取決議見解，必須遵守管理辦法第 6 條暨附表始能除罪之取向：

—優點：

- 毋庸實質審酌被告的行為是否與傳統文化、祭儀有關，實務上容易認定
- 具有部分傳統文化、祭儀之內容。
- 某程度與生態保育調和。

—疑慮：

Q：是否充分代表原住民族傳統文化？

—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，顯難認已窮盡原住民各族的傳統文化。

Q：是否逾越母法合法要素的授權界線？

有論者認為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。

Q：是否包含原住民族傳統生態知識智慧及禁忌限制？

—規範內容簡略，看不出有依照原住民族傳統生態知識智慧的禁忌與限制。

如秀林鄉感恩祭儀獵，直接依照附表內容准予獵捕穿山甲，引發爭議。

Q：事前開放得獵捕物種之迷思？

—每年獵物狀況均不相同，如何能在事前即得預測獵物種類及數量？

Q：對於生物多樣性及文化多樣性，是否已兼籌並顧，相互調和？

—並無客觀科學化的調查與數據予以佐證。

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：

—優點：

符合文化抗辯的本質，實踐野保法第 21 條之 1 第 1 項之規範意旨，符合個案正義。

—疑慮：

Q：各級法院是否均會挑戰決議，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決議為由撤銷原判決，亦不明確，增加不確定性。

Q：偏見往往來自刻板印象及不瞭解，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，瞭解原住民文化，尊重多元文化，正確適用傳統文化及祭儀之要件，仍要看個案承審法官態度。

—羅爾斯所提出「無知之幕」、「原初立場」之概念可供參考。

Q：當「傳統文化」的要件成為除罪化要件要素，認定不易：

—抽象不確定的概念：

文化是一個歷史的、動態的和不斷演變的生命過程，有過去、現在和將來。傳統文化成為除罪化構成要件，則係將不確定的概念成文化，本質上即難以判斷。

—習慣法/慣習/傳統文化

依照罪刑法定原則，習慣法本不得作為刑法之直接法源，亦不得作為判決之依據。而原住民族自從被外來政權統治，原住民法（來自原住民社會的法確信），弱化為慣習（日治時期），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，事實上欠缺反覆實施，還原原住民文化本質上較為困難。當文化抗辯此不確定概念成為要件，認定與適用何謂傳統文化，亦同等困難。

Q：豐富的文化多樣性增加個案認定之複雜度：

—每個原住民族族群，有其獨特狩獵文化（或漁獵文化），目前原住民有 16 族，具文化多樣性，加上同一族群不同部落，亦可能有差異，傳統文化、祭儀之內涵並不相同，此時若以原漢二分法或刻板印象，認原住民即有狩獵文化，並據此認定原住民均有獵捕「保育類野生動物」文化，即可能與事實不符，從而個案上法院必須瞭解被告所屬族群或部落之特殊文化，才能認定，增加複雜度。

Q：由上開統計及判決事實，案件類型複雜而多元，在具有獵人身分或接近山林的部落住民，原則上較容易提出並說明其狩獵之傳統文化，然而具體個案上，在認定何謂傳統文化時，實務上也面臨包括人、時、地、物各種挑戰，必須克服與面對：

—WHO：

誰可以主張原基法第 21 條之 1 第 1 項之抗辯，亦即原住民身分之認定，究竟應採取「血統」還是「文化認同」，本即有爭議。縱以血統加以區分，應依戶籍資料或血緣來認定，不無疑問。且原住民族目前有 16 族，在原漢通婚、不同原住民族間通婚、收養之情形下，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。又平埔族是否亦可主張野保法第 21 條之 1 第 1 項抗辯亦成為爭點。

—WHAT：

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。例如獵捕穿山甲是否為太魯閣族之傳統文化內容？如臺灣野山羊是否為各原住民族群均得以獵捕之保育類野生動物（而沒有違反禁忌或規範）？

—WHEN：

因狩獵之傳統文化產生斷層，加上係口耳相傳，資料蒐集不易，又狩獵文化源遠流長，在時間概念上，究竟應採取何種時期的文化內容作為依據，已有疑義。若採用日治時期調查報告內容，因時空變化，是否能夠適當說明為傳統文化內涵，亦有疑義。而若透過詢問部落耆老、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，均為審判上困難之處。

—WHERE：

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，所得狩獵的地點，往往並非傳統獵場，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。另外，若侵入他族群或部落的獵場狩獵，是否符合狩獵文化，亦有探究之必要。

Q：若被告獵捕保育類野生動物的行為，係違反狩獵文化的禁忌與規範，如獵捕懷孕中的野生動物，或女性上山狩獵，在有些族群傳統上認為係禁忌，是否仍能認為符合傳統文化的內涵，亦容有爭議。

Q：刑事案件乃是針對被告之特定行為之非難評價，則被告與傳統文化間之關

聯，亦為個案調查之重點與困難點。

Q：傳統文化不是走回頭路，完全回復歷史某個階段的狀態（隨著時空變遷，也不可能回復），毋寧是讓認同原住民文化的原住民，能夠重新學習、認識、認同並活絡傳統文化，避免原住民多元文化的喪失，從而文化內容乃是動態而隨時帶演進，益增認定上之困難。

Q：容易發生見解不一，判決結果相異之情形。

三、「非營利自用」包含在「傳統文化」要件之取向：

—優點：

毋庸援引原基法第 19 條第 1 項第 1 款、第 2 項之規定，即可在野動法第 21 條之 1 要件中解決。

—疑慮：

Q：基於「非營利自用」（通常為食用）而獵捕保育類野生動物行為，若本在「傳統文化」範圍內，「非營利自用」即無獨立存在要件的必要。

Q：論述上，若僅認為原住民獵取其山林所產供自己食用，若無任何營利行為，該行為仍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，理由過於簡略，容易流於因刻板印象而為認定。

Q：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。

Q：因欲食用而狩獵，或靠山吃山的概念，並非原住民族特有的文化，非原住民長期居住在山林，或與世居原住民部落，為自用目的狩獵，亦非無可能為其傳統文化，然因不具原住民身分，而無法除罪，此已有實際案例發生。則同樣因食用之目的而獵捕保育類野生動物，僅因是否具有原住民身分，而有不同的待遇，此種差別待遇，是否有正當性基礎。

Q：是否能夠達到生物多樣性、文化多樣性兼籌並顧，相互調和的目的。

Q：是否符合比例原則。

四、原基法第 19 條「非營利自用」亦作為除罪化要件之取向：

—優點：

因大多數案件均抗辯其獵捕保育類野生動物目的為非營利自用，因而原住民獵捕保育類野生動物行為可大幅除罪，符合原住民視角下，補償正義的期待。

—疑慮：

Q：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，則是否適當以原

基法「非營利自用」直接作為除罪化要件，實非無疑。

Q：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。

Q：以原住民族基於非營利自用亦可除罪，僅有「原住民」身分+基於「非營利自用」目的兩要件，文義射程範圍廣泛，如排灣族原住民，因工作緣故，至綠島擔任浮潛教練，基於非營利自用目的，與雇主共同獵捕曲紋唇魚（龍王鯛），明顯與傳統文化、祭儀無關之行為，亦符合前開要件，而得除罪。

Q：若「非營利自用」要件與傳統文化脫勾，成為獨立要件，係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」，否則以原/非原民二分法作為標準，是否具有優惠性差別待遇，符合平等原則及比例原則，亦有疑慮。

Q：是否能夠達到生物多樣性、文化多樣性兼籌並顧，相互調和的目的。

Q：是否符合比例原則。

伍、結論及建議：

一野保法第 21 條之 1 第 1 項已將原住民文化抗辯成文法化，似乎已經有調和國家因生態保育、生物多樣性觀點保護保育類野生動物，及原住民狩獵文化，不至出現爭議判決，顯然實踐上出現問題。

一由實證研究結果，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。

一而法院判決，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。

一指標判決後，實務見解取向，均有如前述解釋上之疑慮，並且出現多頭馬車，見解不一之情形，造成個案結論可能相異之結果。

一本文建議以新的眼光及作法重新訂立規範：

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。在建立新規範時，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，促使族人樂於遵守。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。