airiti

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

吳志強*

目　　次

壹、問題意識
貳、野生動物保育法與原住民族基本法之規範衝突
　一、「保育」概念之形塑與背後意涵
　　㈠從選擇性保護鳥獸到維護生態平衡與物種多樣性
　　㈡強化刑罰規範保護生態環境之策略
　二、原住民族基本權利之覺醒與肘掣
　　㈠從個人性質到集體性之人權概念
　　㈡原住民族基本法明文化後之困境
參、現行實務判解之處理模式
　一、三種論罪模式：「直接適用」、「依法從事」與「特別法優先」
　　㈠直接適用野動法規範
　　㈡「依法從事」之解釋路徑
　　㈢特別法優先於普通法
　二、兩種科刑思維：緩刑或減輕其刑
　三、法系統內規範衝突與矛盾-衍生與未解決之問題
　　㈠野動法第 21 條之 1 授權制定管理辦法所衍生的矛盾
　　㈡法規範衝突優先適用之未解決疑問

* 花蓮地方法院法官、國立臺灣大學法律學研究所博士生。本文初稿撰寫時，筆者尚在服役，囿於時空環境之限制，初稿仍有不足之處，感謝匿名審查專家所惠賜之寶貴意見，本文已依其建議修改標題、體系及內容。

airiti

肆、「違法性意識」之學說與實務的歸納、分析
一、國內學說、實務見解之梳理
㈠國內學說之論點
㈡實務見解之判準
二、外國學說與實務見解之借鑑
㈠外國學說見解部分
㈡外國實務與法例部分
三、小結
伍、結論與建議
一、系統性信賴－國家與人民間之緊張關係
二、具體判斷標準、前提及因子之擇定
三、回歸能力區分說之本質
四、違反野動法第 21 條之 1 有無「違法性意識之可能性」的思考方針
㈠延續終審法院指標性判決之意旨
五、本文見解及對策提出
㈠植入「違法性意識之可能性」之概念
㈡符合責任主義原則之個案具體審查
㈢法規範衝突之風險應歸責於國家
㈣司法、立法與行政系統之對策

投稿日：103 年 10 月 19 日　　接受刊登日：104 年 4 月 15 日
校　對：王　鈺

摘　要

法益保護和人權保障向來作為支撐刑法系統運作所不可或缺之機能，惟此二機能之拉鋸，並非只存在狹義刑法各論的類型化犯罪中，也呈現於具有交錯、重疊關係的不同法規範間，原住民族基本法與野生動物保育法間迭經立法者歷次修法所造成之規範衝突即是其例。2005 年 2 月 5 日施行之原住民族基本法第 19 條與 2004 年 2 月 4 日增訂之野生動物保育法第 21 條之 1，雖足以彰顯立法者欲透過該

airiti

等規範之制定達成維護原住民族生存與文化之目的，然除了司法系統運用法釋義學的路徑，緊縮了前揭規範所欲達成之目的外，2012 年 6 月 6 日制定的「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」本身亦與原住民族基本法、野生動物保育法間存有扞格之處，此些規範衝突所帶來之風險，恐持續地衍生原住民族面臨刑事責任之案件。爰此，針對國家制定之諸多規範使受規範者陷於手足無措的困境，本文試圖以責任論當中的「違法性意識之可能性」作為規範衝突之調節閥，撐出足以喘息的夾縫空間，希以覓得行政系統或立法系統調整現行規範衝突之契機。

關鍵字：違法性意識、違法性錯誤、禁止錯誤、違法性意識之可能性、不知法律、法律錯誤、自用、狩獵、責任、能力區分

壹、問題意識

狩獵行為本身屬於原住民族傳統文化之一環，而當社會系統之主流價值著眼在野生動物保育時，並予以法化採取刑事規範加以保護，則依循其族群之歷史、文化脈絡而實施狩獵行為的原住民，則有遭受刑事追訴、制裁之風險。然該實施狩獵之原住民有無可能不知主流價值所制定之刑事規範？抑或誤信了對己有利之法律規範？而此些情形於適用刑法時，我國現行實務應如何處理，以及現行處理上是否妥適？甚或是有採取一定對策改變現狀之空間？宜認有進一步討論之必要。

貳、野生動物保育法與原住民族基本法之規範衝突

一、「保育」概念之形塑與背後意涵

㈠從選擇性保護鳥獸到維護生態平衡與物種多樣性

我國立法系統制定野生動物保育法（下稱野動法），於民國 78 年（1989 年） 6 月 23 日經公布後施行，並於民國 83 年（1994 年） 10 月 29 日公布修正全部條文。從野動法第 1 條修正前後之文脈觀察，不論是修正前「…為保育野生動物，以維護自然生態之平衡…」或修正後「…為保育野生動物，維護物種多樣性，與自然生態之平衡… 」，均明確地彰顯我國對於保育野生動物的重視。但野生動物的「保育」觀念並非憑空可得，回顧我國

airiti

立法系統制定與野生動物相關之法律規範，最早可回溯至民國 20 年 4 月 18 日 制定並於 21 年 12 月 28 日公布施行，幾經修正後至 78 年 6 月 9 日廢止之狩獵法[1]。

已廢止之狩獵法之規範，從第 1 條規定：「狩獵」係指以「獵具」或「鷹犬」捕取鳥獸，並於第 2 條規定：「獵具之種類、名稱及限制」，由經濟、內政兩部按各地方情形定之的立法技術，足見當時參考鄰國日本早期「狩獵法」之斧鑿甚深[2]；而第 3 條則將「鳥獸」的種類，區分為：「一、傷害人畜之鳥獸。二、有害禾稼、林木之鳥獸。三、可供食用或用品之鳥獸。四、有益禾稼、林木之鳥獸。五、珍奇鳥獸。」五大類，並依照第 4 條則規定，傷害人畜、有害禾稼、林木之鳥獸，得隨時狩獵；可供食用或用品之鳥獸，則明定狩獵期間，並由地方政府視當地鳥獸繁殖情形，分別種類，提前、延遲或縮短；至於有益禾稼、林木之鳥獸或珍奇鳥獸，除供學術上之研究，並呈經經濟部或省（市）政府特准者外，不得狩獵，若有違反狩獵法所禁止或限制之規定者，撤銷狩獵證照及科處行政罰[3]。可悉在早期時空背景下，欠缺「保育」野生動物的觀念，反而是選擇性地以是否「對物質需求直接有利」或是否歸類為「珍禽異獸」的觀點，決定何種鳥獸可供獵捕、何種鳥獸值得保護，立法之思維模式與野動法著眼於「保育」之「維護物種多樣性、自然生態平衡」迴異。然而，向來政策重心側重經濟導向的我國，何以立法系統逐漸地察覺「保育」的重要性，廢止狩獵法而改弦易轍地於 1989 年制定野動法，後於 1994 年大幅度修正野動法？1980 年代後所逐漸浮現之諸種國際壓力，以及 1994 年美國依照培利修正案(*Pelly Amendment*)宣布我國將作為經濟貿易制裁的對象等因素[4]，應該扮演著制度變革的重要關鍵推

1 http://glin.ly.gov.tw/web/nationalLegal.do? isChinese=true&method=legalHtml&id=483 請參照立法院全球法律資訊網(最後瀏覽時間：2015 年 5 月 16 日)。

2 按日本明治 28 年（1895 年）3 月 20 日第 1 次公布之「狩獵法」，第 1 條第 1 項規定：「本法中，以槍、各種繩網、獵鷹或捕鳥器具捕獲鳥獸，稱之為狩獵。」、同條第 2 項規定：「前項獵具之種類和限制，由農商務大臣定之。」請參照 http://kindai.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/787996/24（最後瀏覽時間：2015 年 5 月 16 日）。又平成 14 年（2002 年）7 月 5 日全面修正，更名為「鳥獸保護及狩獵適正化之法律」，其中包含了「為掌握鳥獸捕獲數，狩獵者捕獲數之報告義務」等重要修正，而於平成 18 年（2006 年）6 月 14 日修正、翌年（2007 年）4 月 16 日公布施行的內容，包含：「於休獵區中，於都道府縣知事指定之區域，得捕獲特定鳥獸）」、「區分網獵執照、陷阱狩獵執照）」、「因捕獲數之限制，創設入獵者承認制度）」、「陷阱獵禁止、限制區域制度之創設」、「鳥獸保護區保全事業之創設」、「輸入鳥獸之識別措施」、「陷阱和網設置者之姓名的表示義務」等規定。請參照川口浩一，「『鳥獣の保護及び狩猟の適正化に関する法律』罰則規定の注釈（上）」，頁 106-108，関西大学法学論集第 57 巻 3 号，平成 25 年（2013 年）http://www.env.go.jp/nature/choju/law/ law1-2/index.html（最後瀏覽時間：2015 年 5 月 16 日）。

3 已廢止之狩獵法第 17 條：違反本法關於禁止或限制之規定者，處以五十元以下之罰鍰，並撤銷其狩獵證書，其情節重大者，得依法處斷。

airiti

手。

㈡強化刑罰規範保護生態環境之策略

在國際輿論和經貿制裁的壓力催化下，立法系統受此外來刺激之下，1980 年代起逐漸地重視自然生態環境之保育措施，但由於立法技術層面為收立竿見影之效，往往寄望刑罰之嚇阻功能。因此，對於自然生態環境之維護，立法者採取全面架設環境保護網絡、逐步地導入、強化刑罰規範之策略，以迅速地達到立法目的，例如：民國 21 年制定、74 年（1985 年）全面修正，以「保育森林資源，發揮森林公益及經濟效益」為目的之森林法；民國 18 年制定、80 年（1991 年）全面修正，以「為保育、合理利用水產資源」之漁業法；民國 65 年制定、75 年（1986 年）全面修正以「山坡地之保育、利用」為目的之山坡地保育利用條例；民國 83 年（1994 年）制定以「為實施水土保持之處理與維護，以保育水土資源，涵養水源，減免災害」為目的之水土保持法；而在野生動物保育方面，早期制定之狩獵法已不符合維護自然生態環境之目的，雖民國 61 年 （1972 年）訂定國家公園法採取全面禁獵之措施，並於同法第 25 條視情節是否重大致引起嚴重損害，分別論處行政罰、刑罰，但面對接踵而至的國際壓力，1982 年遂於當時之文化資產保存法規定，一旦指定為珍貴稀有動植物者，則禁止捕獵、網釣、採摘、砍伐或其他方式予以破壞，並應維護其生態環境，有違反者則論處刑罰；而後廢止狩獵法，基於國際間保育野生動物，以維護自然生態平衡、物種多樣性之思維，於 1989 年、1994 年分別制定、修正野生動物保育法，同時罰則部分，野動法第 41 條、第 42 條也提高法定刑之刑度[5]。若從上述規範制定之軌跡加以觀察，立法者以國家刑罰權作為維護自然環境、生態資源之手段清晰可見。

然而，選擇採取導入、加強刑罰規範之策略，背後其實代表著內、外兩個面向之意涵。外在所彰顯之意涵乃是確立了「維護物種多樣性、自然生態平衡」的重要性，並同時深化了國家主權者所掌握之「生命權力」的治理技術，以統計、科學方法更加細膩地去掌握自然生態環境內野生動物的數量，除了保護之外，更應係強化對於野生動物數量之管理

4 我國立法系統因承受龐大國際壓力而推動立法、修法，亦可從立法院經濟、司法委員會審查「野生動物保育法草案」第二次聯席會議紀錄(第 79 會期)一窺端睨。請參照 http://npl.ly.gov.tw/do/www/homePage（最後瀏覽時間 2015 年 5 月 16 日）。

5 國家公園法第 13 條第 2 款：「國家公園區域內禁止狩獵動物或捕捉魚類」、同法第 25 條第 1 項：「違反第十三條第二款，處一千元以下罰鍰；其情節重大，致引起嚴重損害者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。」；修正前文法資產保存法第 56 條第 2 款：「…可處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科二萬元以下罰金。」；野生動物保育法第 41 條：「…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。」、同法第 42 條：「…處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰金；其因而致野生動物死亡者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰金。」

airiti

機制；而內在所隱而未顯之意涵則是面對莫之能禦的國際壓力，以明文制定內國法之方式，企圖將國際壓力引入國家內部加以解消，由適用國家內部之法律規範的人民加以承受，而導引之過程，則是將「維護物種多樣性、自然生態平衡」作為「法益」加以保護，法益之概念得以擴充。惟導入、加強之刑罰規範即便形式上符合平等原則，但國家內部若有特定族群原以上開被入罪化的行為態樣作為習慣、文化的一部分或者生存意義之事物，生活型態因國家之政經決定被迫改變時，將必然遭受到實質上的衝擊，在特定族群之生活場域中形成結構性之問題。

二、原住民族基本權利之覺醒與肘掣

㈠從個人性質到集體性之人權概念

原本的習慣、文化之一部或生存意義之事物被入罪化而受到的實質衝擊，並不只是傳統價值觀點的人權概念受到侵害。蓋對於人權發展之進路，通常區分三個階段，第一個階段係爭取個人自由、避免國家干預之「消極人權」概念，屬於「公民政治權(*civil and political rights*)」之第一代人權；而第二代人權則是需要國家積極作為、給付以求社會平等之「積極人權」概念，為「經濟、社會及文化權(*economic, social, and cultural rights*)」；而相較於前兩種人權概念屬於「個人權利」，第三代人權則以社群、集體連帶關係作為基礎，擴充人權之概念，包含了發展權、和平權、資源權、環境權、人類共同遺產權以及民族權 (*rights of peoples*)和民族之自決權(*right to self-determination*)等「集體性人權」概念，國際上架構集體性人權之重要意義在於保障少數或弱勢之族群或團體[6]。因此，對於原住民族「權利」之理解，除一般個人性質之人權之外，必須注意與人權之原型概念不同的「集體性之權利」。

觀察國際動向，原住民族之權利保護在國際間的重要性，絕不亞於國際間提倡維護自然生態環境之程度，甚至是在同一個世紀、年代中如火如荼地開展[7]。至 1990 年代，國際

6　李建良，「淺說原住民族的憲法權利-若干初探性的想法」，頁 119-120，台灣本土法學第 47 期，2003 年 6 月；李震山，多元、寬容與人權保障-以憲法為列舉權之保障為中心，頁 294-295，元照，2007 年 9 月。

7　按自 1950 年起，「國際勞工組織(I.L.O.)」即關注原住民族之生活及勞動條件，1957 年採用 I.L.O 之第 107 號「關於獨立國家內之原住民、部族或準部族人民之保護與融合公約」，乃是首先在國際法上承認原住民權利之公約；其後，因為第 107 號公約係從國家主權者之角度保護原住民並將其融合至全體人民當中，同化政策之性質過於濃厚，遂於 1989 年改採第 169 號「於獨立國家原住民族和部族人民公約」，從同化政策走向多元化之目標，以「原住民作為主體性之參與」為重點，環繞在「原住民地位」之認識與發展。有關原住民族權利保護之國際動向之介紹，請參照蔡志偉(Awi Mona)，「從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展」，頁 1508-1511，臺大法學論叢第 40 卷特刊，2011 年 10 月；施正鋒、吳珮

airiti

上對於原住民族權利重視之潮流也影響了我國憲法之修正，民國 85 年（1994 年）第 4 次憲法修正，將「山胞」之用語更正為「原住民族」，並且於憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」、同條第 12 條規定：「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。」，並透過「憲法委託」之方式，委託立法者加以立法，隨後 1998 年制定「原住民族教育法」、2001 年修正槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條、2004 年修正野生動物保育法第 21 條之 1 及森林法第 15 條，並於 2005 年 2 月 5 日制定「原住民族基本法」。我國此一連串之修法、立法進程似可謂是原住民族權利之覺醒，立法者摒棄長久以來之同化心態，以新夥伴關係作為多元文化發展之起點。

㈡原住民族基本法明文化後之困境

然而，雖然立法者高舉重視原住民族基本權利之旗幟，但如前所述，立法者同時也為解消國際壓力，強化了環境刑法中的刑罰規範，將「國際壓力」引流進入國內之後，並把「生態平衡、物種多樣性」納入「法益」，擴充「法益保護機能」之概念，立法系統將原住民族之習慣、文化以及生存意義之事物加以入罪化，兩種須保護之價值因相互衝突形成的「結構性」因素，不僅該行為入罪化後「人權保障機能」則會受到一定程度之壓縮，因為法益概念本身以外之國際壓力的因素考量下，由多數群體作成之政經決定，更容易地使少數群體之習慣、文化或具有意義之生活方式受到政治、經濟與文化上之侵害[8]，原住民族基本權利雖因國際潮流之助力，開啟了立法系統對於原住民族權利之重視，但即使將原住民族之權利，以法律文字明文規定，就我國法律系統內部而言，一來標榜不同價值之法規範系統（如：野動法與原基法），價值觀之衝突並未隨著法化而消失，二來則是縱然將一方價值予以法化，執行層面未有落實時，原本躍然紙上的權利仍有淪為空談之虞，而此結構性之困境不僅僅是我國所特有，世界各國也都多有存在[9]，只不過如要探究我國之現狀，

瑛，「原住民族的環境權」，頁 16-22，台灣原住民族研究論叢，創刊號，2007 年 6 月；平松 紘、申惠丰、Gerald Paul McAlin，「ニュージランド先住民マオリの人権と文化」，頁 109-139，明石書店，2000 年。

8 按「原住民族、老人、小孩、婦女、失業者、移工、身心障礙人士」雖經常被列為「置身於脆弱或不利之處境」的少數特定群體，但就政治、經濟體制下以平等原則所採取之反歧視行動、對其脆弱性進行補償，「原住民族」和「其他類型」加以區別，蓋兩者是不同的脆弱性補償類型，前者係透過保護免受同化之外部壓力，幫助文化共同體保持其特性，屬於永久性質；後者則是藉由清除阻止完全融入社會的不公平障礙，幫助社會弱勢融入社會。請參照 Will Kymlica 著，鄧紅風譯，「少數群體之權利-民族主義、多元文化主義與公民權」，頁 250-256，左岸文化，2004 年 10 月。

9 例如：美國華盛頓州印第安考馬族獵鯨事件，與澳洲原住民族漁獲權有關之克羅克島判例、威里斯利島

airiti

對立法系統將兩種價值觀法化後，司法系統如何回應價值觀並存之衝突，則有加以爬梳之必要。

參、現行實務判解之處理模式

一、三種論罪模式：「直接適用」、「依法從事」與「特別法優先」

㈠直接適用野動法規範

原基法和野動法發生衝突時，實務判解常見採取之第一種處理模式，即是在未討論法規範衝突之情況下，直接適用野動法之規範作成有罪之決斷[10]，以【五票坑山區獵捕山羌案】為例：「…查無證據證明其前開所為係基於上開得排除處罰規定之事由（應指野動法第 21 條之 1）而所為，依上揭所述，即已違反野生動物保育法第 18 條第 1　項第 1　款規定，核其所為，係犯同法第 41 條第 1 項第 1 款之非法獵捕保育類野生動物罪。….」[11]、【丹大山區第 14 林班獵捕藍腹鷴案】：「…被告固屬布農族之高山原住民，然藍腹鷴既經農委會公告為珍貴稀有野生動物，即不得主張基於傳統文化、祭儀等因素而予獵捕、宰殺…..」[12]。此種處理模式雖沒有指出法規範間之衝突，但從直接適用野動法之論述脈絡，應可認定裁判者決斷時實質上已作出法規範衝突時價值選擇。

㈡「依法從事」之解釋路徑

原基法和野動法發生衝突時，實務判解所採取之第二種處理模式，則是著墨於原基法

判例，日本北海道愛努族傳統領域捕獵熊、鹿或鮭魚。台邦．撒沙勒，「尋找失落的箭矢-原住民狩獵文化的思辨」，請參照 http://ihc.apc.gov.tw/Journals.php? pid=606&id=629（最後瀏覽時間：2014 年 7 月 12 日）；施正鋒、吳珮瑛，「澳洲原住民族的漁獲權」，頁 147-148，台灣原住民族研究學報第 1 卷第 2 期，2011 年；謝世忠，「虛實之間的民族史-愛努人之『歷史』與歷史記憶」，請參照 http://ppt.cc/rpdb（最後瀏覽時間：2014 年 7 月 12 日）。

10 臺灣南投地方法院 96 年度訴字第 671 號刑事判決、96 年度埔刑簡字第 163 號簡易判決；臺灣嘉義地方法院 98 年度訴字第 963 號刑事判決；臺灣高雄地方法院 101 年度審訴字第 225 號刑事判決、100 年度訴字第 1123 號刑事判決、100 年度訴字第 27 號刑事判決、99 年度訴字第 931 號刑事判決、98 年度訴字第 950 號刑事判決；臺灣花蓮地方法院 101 年度訴字第 210 號刑事判決、97 年度訴字第 126 號刑事判決；臺灣臺東地方法院 102 年度原訴字第 7 號刑事判決、101 年度訴字第 253 號刑事判決、101 年度訴字第 173 號刑事判決、99 年度東簡字第 214 號刑事簡易判決、98 年度東簡字第 321 號刑事簡易判決、98 年度審簡字第 2 號刑事簡易判決、98 年度簡字第 9 號刑事簡易判決、97 年度訴字第 320 號刑事判決、97 年度訴字第 51 號刑事判決、95 年度訴字第 193 號刑事判決。

11 臺灣南投地方法院 101 年度訴字第 138 號刑事判決。

12 臺灣南投地方法院 98 年度重訴字第 5 號刑事判決。

airiti

第 19 條第 1 項：「原住民得在原住民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。」規定中之「依法從事」的解釋路徑。以【大同鄉原民保留區誤捕山羌、山羊案】為例：「…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。…」[13]，先將「依法」連結至「依野動法」，再就野動法第 21 條之 1、第 51 條之 1 說明：⑴避免輕重失衡：野動法第 21 條之 1 文義上雖似認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，可獵捕野生動物，包括保育類野生動物及一般類野生動物，但考量野動法第 51 條之 1 僅就情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物作有規範（論處行政罰鍰，首犯不罰），若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，豈不輕重失衡；⑵依循歷史解釋：依照立法院公報之紀錄，野生動物保育法第 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。以⑴、⑵理由認定，立法者對於原住民權益及野生動物保護之調和，以均須經主管行政機關許可為前提採取二分法，未經許可獵捕一般類野生動物者，施以行政制裁，而未經許可獵捕保育類野生動物者，則應依野生動物保育法第 41 條以刑罰制裁。

㈢特別法優先於普通法

原基法和野動法發生衝突時，實務判解採用之第三種處理模式，則是基於「特別法優先於普通法」之原則加以處理，亦即「…原住民族基本法性質上為普通法，野生動物保育法為特別法，依特別法優先普通法之原則，應優先適用野生動物保育法。…」[14]。此所謂「特別優先於普通」乃是依照中央法規標準法第 16 條所明示之原則，而普通與特別之區分，以「法律效力所及的適用範圍」而言，「普通法」多指適用於一般的人、事、時、地的法律，通常範圍較為廣泛，內容較為簡略，故認為一般性規定；「特別法」則指適用於特定的人、事、時、地的法律，通常範圍較為狹小，內容較為詳盡，且屬特殊性規定，但此分類方法是相對而非絕對的，因而一個法律可同時具有普通法與特別法的地位，特別法

13 臺灣宜蘭地方法院 97 年度訴字第 160 號刑事判決；其他採取相同解釋路徑之實務判解請參照：臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上訴字第 238 號刑事判決；臺灣臺東地方法院 101 年度重訴字第 11 號刑事判決、臺東地方法院 101 年度訴字第 209 號刑事判決。

14 臺灣高等法院花蓮分院 99 年度上訴字第 238 號刑事判決，其他相同採取特別法優先於普通法之論述見解，請參照：臺灣南投地方法院 101 年度投刑簡字第 172 號刑事簡易判決。而在原基法與森林法發生衝突時，最高法院 99 年度台上字第 6852 號判決亦有認為：「…惟按：（一）、原住民族基本法性質上為普通法、廣義法，森林法為特別法、狹義法，依特別法、狹義法優先於普通法、廣義法之原則，應優先適用森林法。…」，其他相同論述見解請參照：臺灣屏東地方法院 102 年度原易字第 28 號刑事判決。

airiti

的規定如有不足，仍應依普通法的規定予以補充，而由於「普通法」和「特別法」間屬於「法典」和「法典」的適用關係，依照特別優先於普通之原則，被當作是普通法之法典將產生具一般效力之凍結效應[15]。

若循此定義觀察，原基法係為特別之「人」制定之法律、野動法係為特別之「物」制定之法律，若在兩部「特別」之法規範中挑選出最特別者，僅能就兩者交集之狩獵行為規範部分再作選擇，而原基法第19條容許狩獵之用途範圍大於野動法第21條之1，野動法更進一步地規範須經主管機關許可，刑罰規範亦制定於野動法中。從而，實務見解或是循此脈絡而認定兩法相較之下，作成原基法與野動法相較下，野動法屬於特別法的價值宣示，也因此若原住民未經許可獵捕保育類野生動物，仍應依野生動物保育法第41條之規定負刑事責任，惟如此一來，原基法第19條之效力則被予以凍結、懸置。

二、兩種科刑思維：緩刑或減輕其刑

綜理實務判解論罪科刑之結論，就論罪部分，多論處有罪，但科刑部分，除了依法科刑之外，則是採取緩刑、減輕其刑併用之方式。實務判解則多有考量被告之智識程度，對於野生動物之保育觀念尚屬薄弱，獵捕野生動物之數量不多，及獵捕野生動物食用之犯罪動機單純，為生活所需獵捕食物以為食用、家庭與工作狀況，與所肩負之經濟壓力等因素，在初犯之情形，多認被告係一時思慮不周致罹刑章，依照刑法第74條給予一定期間之緩刑[16]。而除了給予緩刑之外，科刑部分亦有實務見解在審酌刑度過重，而考量犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，依照刑法第59條給予減輕其刑[17]；並且個案在

15 甘添貴，「罪數理論之研究」，頁85，元照，2006年4月。

16 臺灣南投地方法院101年度訴字第138號刑事判決、98年度重訴字第5號刑事判決、96年度訴字第671號刑事判決、96年度埔刑簡字第163號簡易判決；臺灣宜蘭地方法院97年度訴字第160號刑事判決；臺灣嘉義地方法院98年度訴字第963號刑事判決；臺灣高雄地方法院102年度原訴字第14號刑事判決、101年度審訴字第225號刑事判決、99年度訴字第931號刑事判決、99年度審簡字第1231號刑事簡易判決、98年度訴字第950號刑事判決；臺灣花蓮地方法院102年度原簡字第5號刑事簡易判決、101年度訴字第210號刑事判決、97年度訴字第470號刑事判決、97年度訴字第224號刑事判決、97年度訴字第126號刑事判決、95年度訴字第98號刑事判決；臺灣臺東地方法院102年度原訴字第7號刑事判決、101年度訴字第209號刑事判決、101年度訴字第173號刑事判決、99年度東簡字第214 號刑事簡易判決、98年度東簡字第321號刑事簡易判決、98年度簡字第9號刑事簡易判決、97年度訴字第320號刑事判決、97年度訴字第51號刑事判決、95年度訴字第193號刑事判決；臺灣屏東地方法院99年度重訴字第11號刑事判決。

17 臺灣高雄地方法院102年度原訴字第14號刑事判決：「…查被告非法持有槍枝並持以獵捕山羌之行為固屬非是，然其持有上開槍枝及子彈獵捕野生動物係供己過年時食用，畢竟與一般持槍逞兇鬥狠之徒尚有

airiti

特殊情況之下，如【成功事業林區第48林班地獵捕白鼻心案】之判決中則是適用刑法第16條予以減輕其刑[18]。然而，為何實務見解多半作成有罪判決再予以減輕其刑？並且刑法第59條、第16條後段雖均有得減輕其刑之規定，但刑法第16條前段之免除刑事責任的除外規定於何時得以適用？均有需進一步檢視之餘地。

三、法系統內規範衝突與矛盾-衍生與未解決之問題

㈠野動法第21條之1授權制定管理辦法所衍生的矛盾

按野動法第1條明白揭示了「維護物種多樣性以及自然生態之平衡」之立法目的，並依野動法第18條第1項「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」規定，對被劃歸於保育類之野生動物採取高度保護為原則性規定，而野動法第21條之1第1項規定原住民族基於其傳統文化、祭儀而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要，不受第18條第1項之限制，則屬例外規定，立法者應係在原住民之文化與環境生態間取得一平衡點，考量原住民族之傳統智慧中，狩獵的時節亦包含適當地給予保育類野生動物休養繁殖之時期，而非一年四季任何時節均得加以狩獵[19]，因此即便是基於傳統文化、

不同，其惡性並非重大不赦，本院慮及持有槍枝之罪刑非輕，認縱科以法定最低度刑之3 年有期徒刑，並依刑法第62條前段自首之規定減輕其刑後，仍嫌過重，而有情輕法重之情形，被告此部分犯罪顯有可堪憫恕之處，爰就其非法持有可發射子彈具殺傷力槍枝之犯行，依刑法第59條規定，酌減其刑…」。其他亦有適用刑法第59條之實務見解請參照：臺灣臺東地方法院101年度重訴字第11號刑事判決。

18 臺東地方法院101年度訴字第209號刑事判決：：「…本件被告係27年11月生，行為時年紀已高達73歲，係一年老之原住民，有其基本年籍資料在卷可參；又被告不識字，無法以國語溝通，其自陳一生大部分均住在屬於阿美族之膽曼原住民部落裡，對於外界資訊較為隔絕…，無法理解國民政府統治，國語、客家語之差別等事實可以得知。政府雖於近年來大力宣導保護野生動物之政策，並制訂野生動物保育法，然保育類野生動物品類繁雜，非專業人士，難以辨識，且被告係年紀甚大之原住民，從小到大多在部落裡面生活，對外界訊息幾近隔絕，則其辯稱不知獵捕白鼻心係違法行為，於經驗法則上甚有可能，所辯堪以採信，依上開規定，雖不得因不知法律而免除刑事責任，然本院酌量被告不知法律之原因、情節，認被告之可責性甚低，爰依前述規定減輕其刑。…」

19 按立法委員孔文吉、陳瑩、簡東明等委員曾於「野生動物保育法第21條之1條文修正草案」審議過程中分別指出：對於原住民認定的『自用』和其他平地人朋友的定義可能有所差距。其實原住民祖先對打獵的部分是非常有智慧的，他們絕對不會在動物繁殖的季節去打獵。在申請時就會提出獵捕的方式、動物種類、數量、獵捕期間、區域，都要提出申請，沒有申請就核定不能狩獵，否則就是違法，農委會應該針對各種野生動物的繁殖力進行研究調查。請參照立法院公報第97期第38卷 http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/ttsw eb3?@@8144F0B3539386316803 (最後瀏覽時間：2015年5月16日)。台灣於日本統治時期的文獻資料記載，各族狩獵之頻率有的每3年1次、有的3、4年一次，但狩獵之動物種類有些則無任何限制、數量亦未限制。請參照野林厚志，「台湾原住民族の狩猟方法-日本統治時代の資料から」，頁220-225，收錄於「開かれた系としての狩猟採集社会」，2002年；又以魯凱族為例，根據屏東縣霧台鄉

airiti

祭儀和自用之必要，不至於造成生態平衡的瓦解。

惟依照野動法第 21 條之 1 授權制定，於民國 101 年 6 月 6 日公布之「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」（下稱原民狩獵管理辦法），若檢視該原民狩獵管理辦法的附表[20]，雖可知是僅列出必要的傳統文化、祭儀，並且不同原住民族、傳統文化及祭儀名稱、期間、獵捕方式、獵捕動物種類加以規範，但若細察表格內容，著實存有不少令人困惑之處。首先，在可獵捕的野生動物欄位部分，⑴名稱不一致：同樣是「蛙類」，但有「青蛙、蛙類、青蛙類」三種表示方式；⑵名稱混淆、範圍太廣及語焉不詳：依照野動法授權制定之原民狩獵管理辦法，理應比授權法規更為具體明確，但表格中所列之分類，或有以學名稱之，又有似以種類名稱之，判斷上容易造成混淆；且更多之情況則以廣泛的種類名稱，則對照「臺灣地區保育類野生動物物種」，可獵捕之範疇除了其他應予保育動物外，似囊括了瀕臨絕種之動物、珍貴稀有之動物[21]；甚至有出現非屬動物，語焉不詳之類別[22]等，該原民狩獵管理辦法顯有違反明確性之虞，將來實務上在認定是否為可供獵捕動物時，勢必衍生諸多疑慮。再者，⑶同一種可獵捕之野生動物在同一欄位，被列入兩次[23]：該原民狩獵管理辦法表格製作恐流於草率。然而，文字用語混淆、重複、範圍太廣以及語焉不詳處，均得立即改正、使之明確即可，但最為重要的問題則是⑷附表似未劃定野生動物休養生息之期間：從附表之獵捕季節欄位觀察，甚或有一年四季(1 月到 12 月)的祭典，均得獵捕保育類動物的情形[24]，果若依照該管理辦法的附表操

之狩獵活動多在為每年 10 月至翌年 3 月間，除了每年 5 月至 10 月為農忙季節、不利狩獵之雨季外，得以使得野生動物資源長期使用的特殊性，從生態學的角度觀察，至少包含了「狩獵乃季節性活動，提供野生動物族群喘息之時間」此點。請參照裴家騏，「魯凱族的狩獵知識與文化-傳統生態知識的價值」，頁 73-74，台灣原住民研究論叢第 8 期，2010 年 12 月。

20 http://conservation.forest.gov.tw/ct.asp? xItem=60382&ctNode=193&mp=10（最後瀏覽時間：2015 年 5 月 16 日）

21 例如：「竹雞等一般類鳥類」是否即指「其他應予保育類之『臺灣山鷓鴣(深山竹雞)』」？；有時類別使用學名「高身鯛魚、何氏棘魚」、有時則用種類名「魚類」、通俗名「苦花」；「蛇類」、「百步蛇除外之蛇類」、「魚類」、「青蛙、蛙類、青蛙類」、「溪魚」、「雉雞」、「麻雀」等，是否意指所有蛇類(或排除百步蛇以外之蛇類)、淡水魚類、蛙類？又「雉雞」是否包含「水雉、環頸雉、黑長尾雉(帝雉)」？「麻雀」有沒有包含「山麻雀」？「野溪動物」所指為何？「山豪/山壕」是否等同「野鼠」(若是為何有的分類則是將山豪、野鼠並列；若否，則應否決定統一性之名稱)？

22 「山藤」、「鷹羽」所指為何？（若是指植物或鷹類之羽毛似不應制定於此欄位）；又由於「山老鼠」在語言使用上多指稱為「盜伐林木者」，欄位中所列之「山老鼠」是否意思相同？或者其實等同「山豪」或「野鼠」？

23 附表表格中，魯凱族、高雄市的部分，可獵捕之動物「白鼻心」則被列計二次。

24 舉例而言：位於「台東縣」之「布農族」，從 1 月到 12 月之祭典，均得以獵槍、傳統獵捕器、陷阱或犬

airiti

作，某些區域之保育類野生動物受到獵捕，將會成為一年四季的常態現象，若無考量納入保育類野生動物休養繁殖之時期，有無符合當初立法者制定野動法第 21 條之 1 第 1 項的意旨？並且，該管理辦法執行上有無違反野動法第 18 條第 1 項採取之高度保護原則，可否避免某區域之某些物種滅絕造成生態失衡，實質上亦有子法規範超過母法授權目的之疑慮。是以，行政系統雖迅速地擬定管理辦法，但倉促完成之下似衍生更多矛盾。

㈡法規範衝突優先適用之未解決疑問

除了該原民狩獵管理辦法本身衍生新的矛盾外，依上開實務判解之整理可發現，無論是依照「直接適用野動法」、「特別法優先適用」或者是取徑於「依法從事」的解釋路徑，司法實務運作均係將原住民族「未經許可獵捕保育類動物之行為」，導引回野動法之範疇內認事用法，此已形成既定的處理模式。惟姑且不論立法系統一方面在原基法第 19 條似乎給予基於傳統文化、祭儀或自用之目的的狩獵權，另一方面司法系統卻採取優先適用野動法的解釋運用，會否令原基法肯認原住民族之狩獵權僅存在鏡像之中，「依法」等同「依照野動法」、「特別法優先於普通法」等如此具專業性之法律解釋與法理原則之適用方式，對於原住民族之行為人而言，是否能加以理解，誠非無疑。

並且，依照野動法第 21 條之 1 授權制定之原民狩獵管理辦法第 2 條，就傳統文化與祭儀作成定義性規定，而第 12 條規定：「獵捕活動所得之野生動物之宰殺、利用須用於傳統文化、祭儀活動，不得有販賣或其他營利行為」與授權之野動法相同，僅限於傳統文化、祭儀，而與原基法第 19 條第 2 項：「…以傳統文化、祭儀或自用為限」相較，則仍將「自用」排拒於該管理辦法之外。可預見原住民族之行為人若未經許可，欲以自用為目的獵捕保育類野生動物，司法系統解釋運用仍會依既定之處理模式，回到野動法範疇認事用法，雖論罪科刑部分可預期也會有如同上述給予緩刑或依刑法第 16 條、第 59 條給予減輕其刑的情形，但只要立法系統沒有調整，此一法規範間的適用衝突之既存風險依舊存在；何況可以想見對於原本的習慣、文化之一部或生存意義之事物被入罪化，在現行規範下，只要未經申請許可就會違法。惟是否所有未經許可之行為都應予以相同評價？由於每個個案環繞在行為人周邊的客觀因素均有不同之處，可以思考的是：⑴原住民族之行為人有無可能在不知野動法之規範下觸法？又因原基法第 19 條和野動法第 21 條之 1 第 1 項所允許之狩獵目的及有無要求申請許可程序的規範並不相同，⑵有無可能原住民族之行為人誤信原基法第 19 條規範？此二種情形，和⑶原住民族明知現行實務之運作模式以及法律規範卻仍加

獵的方式，獵捕「台灣野山羊、山羌、白鼻心」；位於「台東縣」之「排灣族」，除了 5、6 月外，其他月份的祭典，均得獵捕「台灣野山羊、山羌、白鼻心」。台東縣區域之「台灣野山羊、山羌、白鼻心」等保育類野生動物之休養生息期間是否有納入劃定附表時的考量因素，實非無疑。

airiti

以違背，在刑事責任上是否應予以不一樣的看待？此些未能解決之疑問，司法系統有無提供緩解的方式？ 抑或是必須仰賴立法系統予以處理遲遲未決的法規範衝突之既存風險？本文認為應從行為人面對既存之法規範衝突，其心理狀態是否形成和法所認同之規範意識不一樣的脈動中，尋求司法系統之可茲提供的處理模式，並且回顧問題之癥結點，探索較為適宜的解決方案。

肆、「違法性意識」之學說與實務的歸納、分析

一、國內學說、實務見解之梳理

㈠國內學說之論點

按行為人意識到自己之行為係法所不容許者，此一意識為「違法性意識」，雖然認識到犯罪之事實，但誤認自己所實行違法之行為是合法者，則為「違法性錯誤」[25]，前述原住民族若因原基法第 19 條第 2 項規定，認為即便未經許可基於「自用」之目的進行狩獵，仍屬法律所容許之情形，卻沒有認識到上述實務判解最終適用野動法之處理模式，則需判斷是否存在「違法性錯誤」。

立法者對於違法性意識係以明文方式規定我國刑法第 16 條，民國 94 年（2005 年）2 月 2 日公布修正前之舊法規定：「不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑；如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑。」，而修正後之新法規定則為：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」修法沒有改變的是但書「按其情節，得減輕其刑」部分，而不同之處

25 按「違法性意識(das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit)」和「不法意識(das Unrechtsbe wußtsein)」、「不法理解(die Unrechtseinsucht)」雖然用語表現不同，但是意義均相同。請參照長井長信，「違法性の意識に関する一考察―その認識を中心として」，頁 140 註⑴，北大法学第 36 巻第 3 号，1985 年 10 月 15 日。國內學說對於「違法性意識」的概念，多稱之為「不法意識」，並且對於「違法性錯誤」而需判斷有無「違法性意識之可能性」的狀況，先將其與分類為「直接禁止錯誤」和「間接禁止錯誤」，前者係行為人對於法律規定之禁止或誡命規範並無認識，因而認為自己的行為是法律上所容許；後者則是行為人認為有阻卻違法事由存在或誤認了容許規範的界限，又稱之為「容許錯誤」。請參照林山田，「刑法通論（上）」，頁 429 以下，作者自版，第 10 版，2008 年 1 月。惟本文認為以「禁止錯誤」與「構成要件錯誤」加以區別，概念上雖較易於分辨，但追根究柢，無論是「直接」或「間接」禁止錯誤，都是在判斷行為人對於被塗抹了一層規範評價之事實，是否認識到具有違法性的問題，並且修法理由說明亦係採取了「違法性錯誤」的用語。從而，本文論述用語均以「違法性意識」與「違法性錯誤」，如有論者採用「禁止錯誤」或「法律錯誤」時，始採用「禁止錯誤」或「法律錯誤」，附此敘明。

airiti

在於：舊法揭示了「不得因不知法律而免除刑事責任」原則，至多僅能「如自信其行為為法律所許可而有正當理由者」得到免刑判決；而新法將「自信其行為為法律所許可而有正當理由」修改為「除有正當理由而無法避免者外」，並以此作為「不得因不知法律而免除刑事責任」原則的除外規定，換言之，如果行為人有「正當理由」而「無法避免」之情形時，應當能獲得免除刑事責任的無罪判決。

對於上開刑法第 16 條之修正變遷，學說有主張舊法之體例係採取「違法性意識不要說」，而新法則係責任說之立場，並有認為違法性意識之實體乃行為人於行為時明白其行為係違反刑法上禁止或命令規範，再從行為規範加以考察，違法性意識之內涵應採取「實質違法性之認識」，欠缺違法性意識或意識可能性則阻卻責任，並且違法性意識並非僅掌握違法性認識之心理事實，而是掌握抗拒犯罪意思決定之規範性意識，行為人具有違法性意識，則反規範之態度具有直接性，法敵對性強，而若僅有違法性意識之可能性，則反規範態度之態度僅有間接性，法敵對性較低，而在現今資訊發達之社會，法律通常是處於一般人得以知悉之狀態，因此，行為人雖然無違法性意識，卻不能否定有違法性意識之可能性[26]。而國內學說針對如何判斷是新法第 16 條之除外規定「正當理由」而「無法避免」，或是可以避免，認為應依行為人個人之社會地位及能力可期待之範圍，並且有疑慮時，行為人則應該努力地找尋答案，負有查詢相關資訊澄清誤解之義務，不能恣意地以不確定之猜測，擅斷主張自己的行為係無法避免的「禁止錯誤/違法性錯誤」，以期阻卻責任，必要時行為人應該向專業人士或主管機關加以查詢[27]，至於若是行為人信賴刑罰規範之效力、最高法院之判例、專業人士之意見（如政府機關、律師或會計師公會）而誤認刑罰法規之涵蓋範圍，則屬於無法避免之錯誤，但如僅是諮詢各專業人士之私人意見則不視為無法避免之錯誤[28]；而對於「正當理由」之判斷標準，學說早期亦有認為應以一般人之客觀標準加以判斷，應以一般人置於行為人所處之相同條件下，有無可能具有違法性之認識，具體內涵可參考美國模範刑法典，對於法規、判決、解釋或公務機關、專業機關及專家之見解，一般人民得以主張信賴該意見，並主張早期實務見解（最高法院 24 年第 7 月刑庭總會決議）所述之「自信從主觀」等語，係指行為人之主觀情事為判斷，亦即行為人個人所認識（如：認識該行為乃法所禁止或類似之行為並未受違法判決）、個人本身（如：行為人之精神認識能力、生活環境、法律素養、社會地位及職業經驗）以及採取之方法或手段

26 陳子平，刑法總論，頁 339-343，元照，2008 年 9 月增修版；余振華，刑法總論，頁 298-300，三民，2013 年 10 月修訂二版。

27 張麗卿，「無法避免的禁止錯誤」，頁 140-141，台灣本土法學第 73 期，2005 年 8 月。

28 余振華，前揭註 26，頁 302。

airiti

（如：行為人是否已盡其必要及適當之查詢方法或手段）[29]。

晚近學說亦有從 *Niklas Luhmann* 風險選擇、分配之視角主張，在高度資訊化之社會裡，行為人只要對於行為之合法性產生疑慮時，表示現實中存在著避免讓自己欠缺不法意識（違法性意識）之機會，依照刑法第 16 條「按其情節」之規範意義，就有繼續設法取得並理解相關法律資訊的義務，行為人是否真有可能排除欠缺不法意識（違法性意識）之狀態，需考慮其社會地位、經濟狀況、生活環境、職業、個人的認識能力與價值觀等因素綜合判斷，就在窮盡所有可能的法律諮詢方法後，行為人如果還是未能獲得關於行為違法性之確信，此時才可被認為係不可避免的[30]。作為責任階層判斷要件之「違法性意識」，基於個人責任原則，必須考察行為人個人之能力高低，亦即審酌其經社地位、生活環境、職業、認識能力與價值觀進行綜合判斷，本文亦持贊同之見解，惟國內學說多所提及行為人於有疑慮時應努力找尋解答之查證義務，「有沒有盡其查證義務」是否作為刑法第 16 條判斷有無違法性意識之「前提要件」，則容有再三地思考的空間。

㈡實務見解之判準

按修法理由提及「不知法律」其態樣包含消極之不認識自己行為為法律所不許，以及積極之誤認自己行為為法律所許二者，此二者情形，即為學理上所謂「違法性錯誤」，又稱「法律錯誤」，實務見解雖對刑法第 16 條之條文文字使用因應修法前、後略有所不同，但就判斷基準上，對於何謂「不知法律（違法性錯誤／法律錯誤）」則向來判例認為係指對於刑罰法律有所不知，且其行為不含惡性者而言[31]。事實審法院對於刑法第 16 條之適用方式，則有提出類似上開國內學說之看法認為：「…所謂可否避免，應依行為人的社會地位、能力及知識程度等一切因素考量，判斷行為人是否得以意識到行為之違法，且當行為人對自己之行為是否涉及不法有疑慮時，即負有查詢之義務，不能恣意以不確定之猜測，擅斷主張自己之行為屬無法避免之禁止錯誤，否則倘若一律可主張欠缺不法意識而免責，無異鼓勵輕率，亦未符合社會良性之期待。…」[32]、而晚近最高法院之見解：「…惟查：㈠原判決已於理由欄貳、一、㈣內詳為說明，依據違法性錯誤及規範責任之理論，說明當行為人違法性認識有錯誤時，應循違法性錯誤之法理解決，不生阻卻故意之成立。又依刑法第十六條之規定，行為人得否減免其刑責，在於行為人對於其行為是否涉及不法有所懷疑時，應負有查詢義務，不可恣意判斷主張。藥事法係經立法院通過並經總統公布，上訴

29 甘添貴，「違法性認識與正當理由」，頁 65，月旦法學雜誌第 1 期，1995 年 5 月。

30 古承宗，「第三人之禁止錯誤與資訊風險」，頁 24-33，成大法學第 19 期，2009 年 12 月 7 日。

31 最高法院 36 年特覆字第 1678 號判例、20 年非字第 11 號判例。

32 臺灣臺北地方法院 102 年度訴字第 491 號刑事判決。

airiti

人並非無知識或資力不足，無從知悉相關規定，且其自民國八十年間起即長期濫用藥物（毒品），此有台灣高等法院前案紀錄表在卷可按，自難謂上訴人有欠缺甲基安非他命係禁藥之違法性認識之可能。…」[33] 則認有行為人只要對於自己之行為是否合法有所疑慮，即具有查詢義務，並要求此義務作為前提，否則會鼓勵行為人對於法律規範抱持輕率、不遵守之心態。

又觀察最高法院對於違法性意識、違法性錯誤之標準所提出之詮釋：「刑法第十六條所規定之違法性錯誤之情形，採責任理論，亦即依違法性錯誤之情節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻犯罪之成立，至非屬無法避免者，則不能阻卻犯罪成立，僅得按其情節減輕其刑之不同法律效果。然法律頒布，人民即有知法守法義務；是否可以避免，行為人有類如民法上之善良管理人之注意義務，不可擅自判斷，任作主張。而具反社會性之自然犯，其違反性普遍皆知，自非無法避免。行為人主張依本條之規定據以免除其刑事責任，例如在其本國施用大麻合法之外國人第一次攜帶大麻入境之行為，自應就此阻卻責任事由之存在，指出其不知法律有正當理由而無法避免之情形。至於違法性錯誤尚未達於不可避免之程度者，其可非難性係低於通常，則僅係得減輕其刑，並非必減。是否酌減其刑，端視其行為之惡性程度及依一般社會通念是否皆信為正當者為斷。」[34] 亦即同樣地強調人民有知法守法之義務，並闡明了「有正當理由而無可避免」之情形，訴訟法上應由主張之行為人負舉證責任，但可否避免應「類如善良管理人之注意義務」，不得擅自判斷。惟「善良管理人之注意義務」向來係用於民事法過失分層體系中之抽象輕過失概念，以「類如」善良管理人之注意義務的用語，是否意味著即以類似民法之抽象輕過失作為認定違法性錯誤可否避免的基準，以及如此認定在個案具體適用上可能產生之現象為何，亦應加以觀察、分析。

二、外國學說與實務見解之借鑑

回溯至二次大戰前、後，1952 年前德國實務見解對於「違法性意識」應如何定位呈現紊亂之情形，或有延續戰前德意志帝國法院所採取之違法性意識不要說，亦有採取故意說、責任說等看法，直至 1952 年德國聯邦通常法院採取「責任說」的看法，違法性意識之判斷始確立作為責任階層判斷之要件 [35]。而在責任階層中，行為人對於自己之行為是否為

33 最高法院 103 年度台上字第 1452 號判決。

34 最高法院 100 年度台上字第 156 號判決。

35 高山佳奈子，「故意と違法性の意識」，頁 331，有斐閣，1999 年 4 月 30 日，出版一刷；西原春夫譯，イェシェック、ヴァイゲンド(Jescheck、Weigend)「ドイツ刑法総論」，頁 346，1999 年 4 月 10 日初版

airiti

法所容許，行為時之際能否檢討自己該行為之合法或非法的情形，則是判斷有無「違法性意識之可能性」的意義範疇[36]。只不過，何以國內學說見解與實務見解對於違法性意識、違法性錯誤之認定連結到行為人應負查證義務？並且為何以過失之注意義務作為違法性錯誤的判斷標準？從外國立法例當中或許可一探究竟，爰此，茲將判斷標準加以彙整、歸納。

㈠外國學說見解部分

1. 標準之劃定-「良心之緊張」或「違法性錯誤之迴避可能性」

⑴良心之緊張(Anspannung des Gewissens)

違法性意識之可能性的認定標準，有認應以1952年之德國聯邦普通法院的裁定，即是否具有「相當程度之良心緊張」作為判斷標準。所謂「是否具有相當程度之良心緊張」乃在判斷行為人做成特定行為時，是否有盡了自己行為時全部之精神認識能力和倫理價值觀念[37]。該裁定之內容指出除了論述違法性意識外，「作為法共同體之成員，應該要認識到自己確實所為的行為符合全部的法之義務規範，必須以謹慎思考或調查詢問的查證除去疑問，這是因為行為人必須具有良心之緊張程度」，該程度須對應於個別狀況、個人生活領域以及職業領域等情形加以決定。

不僅行為人行為時被期待要有良心上之緊張，也要能夠洞察到行為違法，如果行為違法之情形不能洞察的話，則存在無法克服之錯誤，行為人無法迴避，則無從就其責任加以非難；反之，若是能認識到違法時，則不能阻卻責任，但若是行為人因某種情形減少了良心緊張程度的話，則減少對其責任上之非難[38]。是以，有認為[39]此一判斷標準傳達了幾個概念：行為人應被肯認存在經常可以意識到自己行為違法的抽象性義務，並以該「義務違反」作為行為責任非難的基礎，而「違法性意識之可能性」的判斷基準，將以行為人是否能因相當程度之良心緊張而喚起對該行為之違法性意識[40]。

然而，若將早期德國實務見解中「相當程度之良心緊張」作為「違法性意識之可能性」的內容，則因用語使用了一般道德規範所稱之「良心」，很難排除道德價值觀點，從

第1刷；林弘正，「相当な理由に基づく違法性の錯誤」，頁6，成文堂，2012年3月19日初版第1刷。

36 松原久利，「違法性の錯誤と違法性の意識の可能性」，頁51，成文堂，2006年6月1日，初版1刷。

37 BGHSt. 4,1(5)(Beschl. V. 23.12.1952). 請參照松原久利，前揭註36，頁118。

38 高山佳奈子，前揭註35，頁331。

39 松原久利，前揭註36，頁53。

40 對此一抽象性義務，法國學者 *Pradel* 亦認為社會中之每一個人都會被假設有義務去了解其行為，是否合法，乃是因為如果任何人都可以主張法律錯誤，則會造成社會之不安定，因而為了社會秩序之維護，不能不盡到查詢義務。請參照 ANNEMIEKE VERSEVELD,MISTAKE OF LAW, 48(1st ed., 2012).

airiti

外國立法例觀察，學說有認為以行為人感受到自己之「良心緊張」和有意識到自己的行為是法所禁止的情形仍有不同，且刑法所規定之禁止規範，有以維持社會秩序之機能，若以良心之緊張作為基準而認行為人沒有對於法規範有正確之認識，則無從確保此一機能；再者，在確信犯和常習犯之情形，因為法規範所建構出之法秩序和行為人之「良心」並不一致，以「良心之緊張」作為判斷標準，則此類行為人將時常無法對其所為之違反法秩序的行為具有違法性意識的可能性[41]；況若採用「良心緊張」之判斷標準，在「違法性意識」之「違法性」的認定上往往會偏離實質違法性，而趨向以「先於法律之價值意識（前法之規範價值/道德倫理觀點）」，但實際上，外國立法例之實務見解也鮮少以此種先於法律之倫理價值意識為標準[42]，又果若行為人歷經慎思或查證之理性價值選擇的行為，還能被稱之為基於「良心」之緊張？其實不無疑問[43]。並且「有查詢的話則能具有違法性意識」之假設性判斷，其判斷依據並不明確[44]，以「有無查證」作為前提，則有認為該查證義務應屬一般人均應踐行之義務，如此一來，因未踐行查證義務即被認為不能主張欠缺違法性意識的情形，實質上則是因行為人沒有踐行查證義務而被認為是具有違法性意識，此無疑是將違法性意識之判準和不作為犯劃上等號[45]。

⑵違法性錯誤之迴避可能性

雖相同地要求有查證義務，惟學者 *Rudolphi* 則直接以「違法性錯誤(禁止錯誤)之迴避可能性」作為「違法性意識之可能性」主要之判斷標準，蓋「違法性錯誤之迴避可能性」的本質，不只是單純地存在對於自己違法性意識之可能性，而必須給予行為人一個在現實上利用違法性意識之可能性的契機。亦即行為人具有檢討自己行為時之行為是否合法的契機，對於行為人而言，必須現實上具有「自己行為的違法性意識之可能性」，但該給予行為人有利用違法性意識之可能性的契機，必須是對於行為人能夠期待之情形[46]。從而，與前開良心緊張說之查證義務差別在於：即使是行為人忘記查證、對於調查疑問之行為有所懈怠，不直接認定該違法性錯誤存在迴避可能的情形，而還要去檢視行為人如果有進行相當之調查、查詢的話會得到怎樣的資訊，必須是限於行為人依照該「調查」會得到自己違法的正確資訊時，該違法性錯誤就會被認為係「具有迴避可能性」，從而行為人具有違法性意識之可能性。

---

41 *Rudolphi*、*Cramer*、*Maurach* 之批評，請參照松原久利，前揭註 36，頁 119 以下。

42 高山佳奈子，前揭註 35，頁 339。

43 *Jürgen Wolter* 對於「良心緊張說」之批評，請參照高山佳奈子，前揭註 35，頁 335。

44 一原亜貴子，「違法性の錯誤と負担の分配㈠」，関西大学法学論集 53 巻 6 号，頁 125，2004 年 2 月。

45 請參照高山佳奈子，前揭註 35，頁 337。

46 松原久利，前揭註 36，頁 119；林 弘正，前揭註 35，頁 7。

airiti

2.判斷內容－納入「過失」、「事前責任」與「刑事政策」之觀點

⑴以「過失」作為比較基準

除了早期德國實務見解之「相當程度的良心緊張」，或德國學說主張之「迴避可能性」外，德國實務以及學說也有提出以「過失」作為判斷基準。只不過，德國實務見解普遍地認為，「違法性錯誤之迴避可能性」要求行為人之注意義務的程度要比「過失」來得高[47]，換言之，行為人之「違法性意識之可能性」也要比認定行為人違反注意義務的「過失」程度來得高。學說見解亦有如同實務見解看法，認為應採取比「過失」判斷更為嚴格的標準，並要求該注意義務要高於過失，因為在違法性錯誤之情形，行為人係基於構成要件之故意推定違法，與具有法中立性質之無認識過失行為，更早涉入「危險領域」，通常在已有構成要件故意時，已經提供行為人檢討該行為是否違法之契機[48]。

惟相對地，學說見解也有不同之看法，有認為要求行為人比「過失之注意義務」更為嚴格之注意義務，對於行為人實係流於苛酷[49]，亦有認為應該和過失採取相同之標準，蓋構成要件故意並不能給予行為人行為時有檢討行為是否合法之契機，且如果採取如此嚴格的判準，所有的違法性意識錯誤（禁止錯誤）都會被認定是有迴避可能性，至多僅能減輕罪責而無法阻卻罪責[50]。

⑵事前責任理論之採用

雖然有無迴避可能性之判斷多以行為時為準，但亦有看法認為縱然行為人進行之違法行為的時點是無迴避可能性，但只要行為人在「事前階段」被認為是可能加以迴避的，基於「類似原因自由行為」的性質以「事前迴避可能性」作為根據，行為人既然有依其決意作成行為之自由，行為人應該能夠在行為時點之前，去認識將來行為是否合法，依照這樣的思考邏輯，行為人將會被要求在作成違法行為時之前，就應以是否謹慎思考、查詢該行為之是否合法，而決定行為人是否具違法性意識之可能性[51]。

---

47 BGHSt.4,236(243)(Urt. v. 23.4.1953)；BGH NStZ 2000,S. 307(Urt. v. 15.12.1999)。請參照松原久利，前揭註 36，頁 120、124。

48 Bockelmann/Volk, Strafrecht Allgemeiner Teil,4.Aufl.,1987,S.123。請參照松原久利，前揭註 36，頁 120、125。

49 *Jürgen Wolter* 之見解，請參照高山佳奈子，前揭註 35，頁 335。

50 *Wolter*、*Roxin* 之見解部分，請參照松原久利，前揭註 36，頁 120、125。

51 *Cramer*、松原久利、安田拓人之見解，請參照松原久利，前揭註 36，頁 122、127；安田拓人，「回避しえた責任無能力状態における故意の犯行について（2.完）」，法学論叢 142 巻 2 号 33 頁以下，1997 年。

airiti

⑶刑事政策預防目的之考量

相對於向來環繞在意思自由所展開決定論和意思自由論的爭議，目的行為論者則以別的角度觀察責任階層，亦即以心理學理解為前提的存在論作為基礎，導入作為責任歸屬對象的新觀點，採取將此基礎和刑事政策面加以整合之途徑，開展責任說，而整體德國刑罰觀從應報走向預防、社會政策之觀點[52]。

像是上述之學者 *Rudolphi* 則有認為考慮違法性意識、違法性錯誤(禁止錯誤)以及迴避可能性之際，必須同時考慮「法益保護的預防必要性」，將預防思維納入刑法解釋學當中「責任」概念的實質內容[53]。而學者 *Roxin* 則著眼於「刑事制裁之必要性」，認為實質責任論的重點在於「從刑法之角度來看，立法者對於個別行為人之行為是否要予以制裁」，因此，對於違法性錯誤之迴避可能性的判斷則認為是否能夠回避，並非取決於抽象的可能性，而是應該取決於合理的刑事政策，亦即並非事實層面的迴避可能性，而是考量到「一般預防」與「特別預防」之目的，如果是一般人都會違犯的話，則基於欠缺一般預防之理由，則欠缺制裁之必要性，因而在具有迴避可能之必要情形時給予處罰；而從特別預防之觀點，判斷行為人是否「迴避可能」，必須⑴在當時之情況，行為人對於自己行為之是否違法應該要給予謹慎地思考以及詢問查證之機會；⑵在有這樣的機會下，行為人有沒有努力地去確認，此一努力是作為阻卻行為人答責性(Verantw ortigkeit)[54] 的判斷要件；⑶並且經過十分地努力，行為人能夠具備違法性意識，必須要充足上開三個要件，才能認為行為人有接受刑罰之必要。

學者 *Jakobs* 則因系統論之觀點影響，以「規範論」之角度切入，將違法性錯誤（禁止錯誤）之對象區分為二：亦即「基礎性錯誤」(Grundlagenirrtum)和「規範之處分可能領域」(der verfügbare Bereich)，前者係只有因國家或社會革命行為犧牲的狀態能得到之規範，在此領域之基礎性錯誤中具有責任能力之人原則通常都有迴避可能性，例外對於行為人屬於不同文化之情形，而能阻卻責任；後者，因秩序之基本原理尚未確定，於發展過程中有所變遷，則須檢視是否存在檢討法規範狀態之契機，倘若存在此一契機則有迴避可能

52 林 弘正，前揭註 35，頁 6、184。

53 林 弘正，前揭註 35，頁 115。

54 按學者 *Roxin* 所強調之「答責性(Verantwortigkeit)」的概念，有別於向來之責任觀點。蓋向來刑法之「責任」概念具有兩個實踐機能，其一，正當化科予刑罰附加惡害之應報目的觀，其二是劃定國家刑罰權之界線，作為行為人所需負擔之責任上限，*Roxin* 認為責任之概念必須和刑事政策一併加以思考，可以保留第二種機能，但應摒除第一種機能的應報觀點，故與向來責任(Shuld)的概念有別。請參照川端博，「責任論と責任主義についての覚書」，收錄於「立石二六先生古稀祝賀論文集」，頁 342-346，成文堂，2010 年 7 月 20 日初版 1 刷。

airiti

性[55]；並且 *Jakobs* 認為違法性錯誤(禁止錯誤)之原因在行為人之一方時，包含了行為人對於規範妥當性之敵對態度，此一錯誤是在行為人之答責性領域(Verantwortigkeit Zuständigkeit)具有迴避可能性，但倘若違法性錯誤之原因係因社會系統之一方造成時，即使行為人能夠達到對於違法性之認識，由於此時並不會影響損害社會系統，該違法性錯誤應屬於無迴避可能性，而 *Jakobs* 和 *Roxin* 不同之處則在於 *Jakobs* 更加重視規範信賴之訓練，而為了一般預防而放棄了責任主義的限定機能[56]。

而學者 *Löw* 則認為雖然 *Jakobs* 區分規範屬性，但「中心領域」應係國民能夠容易理解的刑法中心領域（例如：殺人罪、傷害罪、放火罪、強盜罪、妨害性自主之犯罪等），一般國民為了和平共同生活之重要權利，亦即保護此些主觀的權利之規範，對於一般國民而言均已內化，一般國民經由慎思後則通常均有迴避可能性；反之「周邊領域」則是否為刑法所保護之利益，往往由國家加以選擇，如此對於不知周邊領域規範之風險，不能由國民負擔，則應檢視行為人是否具有查詢之契機、是否為了查詢盡到適切的努力，以及適切查詢之努力和有無迴避可能間假設的因果關係[57]。

另外，學者 *Velten* 則主張為了讓不知道規範存在或內容之人遵守規範，作為規範之接收者必須具有遵守法規範之「心理預期/心理準備(Bereitschaft)」，對於違法性錯誤（禁止錯誤）之迴避可能性的判斷，則係須區分該規範對於行為人而言是否屬於其「專業活動領域」或者「非專業活動領域」，其中端視行為人依循的規範為何，蓋人是依照其所獲得經驗來加以行動，猶如舞台上的演出者依照編劇的腳本一般，於日常生活中並無思考具體觸及之法規，這樣依照經驗所為之行動無論是在「專業活動領域」或「非專業活動領域」，雖然違背具體法規，但都是迴避不可能；反之，在排除日常生活活動之「專業活動領域」，被要求依照「規則」之行動，則原則上人得以學習到新規則或者知道新規則之存在，則應加以遵守具體之規則；而在「非專業活動領域」且不能依照經驗而行動之情形，依照基本原理所為之行為雖然違反具體法規，行為人仍得加以免責[58]。

惟亦有學者認為納入刑事政策之考量，恐造成判斷不明確以及擴大處罰範圍之虞，蓋處罰之必要性，必須考量的是責任能力、違法性意識或違法性意識之可能性、期待可能性等要件，進行非難可能性有無之判斷，思考的觀點並非放置於是否能夠達到法益保護或者社會秩序之維護，可罰性判斷之前提，應該要以非難可能性的觀點加以確定。因而認為若

---

55 *Jakobs* 之見解，請參照一原亜貴子，「違法性の錯誤と負担の分配(二)」，関西大学法学論集 54 巻 1 号，頁 83-84，2004 年 6 月。

56 *Roxin*、*Jakobs* 之見解，請參照松原久利，前揭註 36，頁 121、126；林弘正，前揭註 35，頁 8-9、191。

57 *Löw* 之見解，請參照一原亜貴子，前揭註 55，頁 86-87。

58 *Velten* 之見解，請參照一原亜貴子，前揭註 55，頁 90、99。

airiti

將刑事政策的考量納入違法性意識之可能性，則擴大了判斷上的可能產生之不明確，一旦濫用的話就有擴大處罰範圍之風險[59]。所謂擴大處罰範圍之風險，其實最明顯地即是以類似原因自由行為之「事前責任」作為「違法性意識之可能性」標準的看法，蓋採用事前責任論的看法流露出「即使行為之際的現階段欠缺違法性意識之可能性，但是前階段可以吧！」此種濃厚的預防思維，以至於判斷有無違法性意識之可能性的時點提前。惟判斷時點之前置化，則嚴重違反了個別行為責任、行為與責任同時存在的原則[60]。並且對於 *Jakobs* 所提出二分法，*Löw* 則認為作為中心領域之「規範之基礎性錯誤」和周邊領域之「規範之處分可能領域」的區分不僅存在流動性，更可能受到當時社會之型態或者國內政治要求之影響，所謂的中心領域游移不定，對於國民而言難以判斷到底屬於哪個規範領域，侵害法安定性[61]，甚或有認為 *Jakobs* 的二分法又回到類似自然犯、法定犯區分之結論[62]；而 *Löw* 所謂「中心領域」限於刑法中心領域之說法，對於關於施用毒品的特別法則會落入「周邊領域」，但禁止施用毒品恐怕卻往往已經是一般人之常識，甚至對於未達刑法上責任年齡之少年當中，對於此種禁止規範亦十分明瞭[63]，從而這樣的區分則有疑問。

*3.*體系定位-故意說或責任說之雙軌路徑

至於違法性意識或違法性意識之可能性於責任階層之性質，外國學說上向有故意要素或獨立責任要素之爭論。依故意要素路徑之故意說，採取「嚴格故意說」之學者認為行為人具備行為與某種規範有關之事前知識，成為其反對動機前提之認識內容，則直接當作是違法性意識之內容，則有課予故意責任之必要；反之，行為人沒有被給予該行為有關之某種規範的事前知識，只有認識到欠缺事前給予規範之評價規範性的具體情事，被認為該行為欠缺反對動機時，則未能要求其對於實行之行為承擔故意責任，並且存在前法規範之犯罪類型，關於前法規範之認識存在的話，則能判斷行為人具有選擇他行為可能性受到保障，則可認定有違法性意識；反之，對於欠缺存在前法規範之犯罪類型，則因為沒有認識到違反法律規範則不能認定具有違法性意識[64]。此際，欠缺違法性意識雖不能成立故意

59 *Jescheck*、*Maurach* 之看法，以及採取相同批判之佐久間修的見解。請參照松原久利，前揭註 36，頁 121。

60 山口厚，刑法総論，頁 216-217，有斐閣，平成 17 年 2 月 20 日，補訂版第 1 刷；高山佳奈子，前揭註 35，頁 337；林 弘正，前揭註 35，頁 115、195。

61 一原亜貴子，前揭註 55，頁 84-85。

62 一原亜貴子，前揭註 55，頁 102 註 8。

63 一原亜貴子，前揭註 55，頁 87。

64 重井輝忠，「違法性の意識と責任非難」，阪大法学 49 巻 1 号，頁 317，1999 年；「違法性の意識における重層構造－百円礼模造事件を素材として－」，阪大法学 49 巻 2 号，頁 254，1999 年。

airiti

犯，但在有過失犯之規定時，則亦能成立過失犯，因而違法性意識係故意和過失的分水嶺；但也有認為在欠缺違法性意識只能處罰較輕程度之過失犯，為了彌補嚴格故意說在刑事政策上之缺陷，此時判斷上亦操作與故意相同[65]。

同樣取徑於故意要素之見解尚有「限制故意說」，此說則係從「人格責任論」的角度觀察，現實之違法性意識並非必要，只要有違法性意識之可能性為已足，蓋只要有違法性意識之可能性，則可視為行為人具有直接反規範的人格態度，如欠缺違法性意識之可能性，則存在處罰過失犯之規定時，則端視是否成立過失犯[66]。亦有學說進一步提出責任非難之原理乃係行為人決意實行法益侵害，否定了以人格相互承認為基礎的溝通秩序，因而為了給予此種內心態度否定之評價，以刑罰加以非難則成為可能。作為犯罪事實認識之故意，必須作為決意對象即法益侵害之內容，作為法益侵害內容之故意，則提供行為人關於犯罪行為決意之必要情報，此為故意之提訴機能，即故意具有讓行為人意識到自己之行為係違法的可能之機能，並且國家必須盡力讓法規範得以徹底周知，未有盡力之情形則一般行為人並不能認識到法益侵害性，但受有許可證或執照之人原則具有法規知識之基礎，可認其具有法益侵害性之認識；若行為人向第三人查詢，並不能因為查詢之懈怠而直接認為具有責任，即使是陷於相信私人意見之違法性錯誤，應考量查詢所得之知識，藉以判斷實際上行為人是否具有法益侵害性之認識[67]。

但因將違法性意識或違法性意識之可能性視為故意要素，則在常習犯、確信犯之情形，嚴格故意的思考脈絡恐有無法說明加重或具備可罰性之疑慮，並且將故意當中的違法性意識之可能性導入過失，則有本質上互斥、論理矛盾之疑慮[68]，晚近學說則多有認為應採取責任說之路徑，將違法性意識或違法性意識之可能性作為責任之要素，依照責任說之脈絡下，「嚴格責任說」係將阻卻違法事由之前提事實錯誤即正當化事由之錯誤，當作是違法性錯誤；而「限制故意說」則係將此視為構成要件之錯誤阻卻故意[69]。而基於責任說之立場，具體之判斷內容亦有採取「事前責任」之立場認為，即使於實行行為時欠缺違法性意識之可能性，但行為實行前之一定時期具有違法性意識之可能性的話，則被認為具有禁止迴避的可能性，則對其之責任非難成為可能[70]；判斷標準上亦有從前述學者 *Rudolphi* 所言之「行為人是否在現實上有利用違法性意識之可能性的契機」出發，行為人於預見可

65 川端博，刑法総論講義，頁 444-445，成文堂，平成 25 年 4 月 1 日第 3 版第 1 刷。
66 川端博，前揭註 65，頁 446。
67 石井徹哉，「責任判断としての違法性の意識の可能性」，頁 68、72，早稲田法学会誌 44 巻， 1994 年。
68 川端博，前揭註 62，頁 448-449。
69 川端博，前揭註 62，頁 446-447；余振華，前揭註 26，頁 300。
70 松原久利，前揭註 36，頁 56、122、127。

airiti

能階段，考量行為人自身是否能獲得正確資訊，並且行為人是否利用此一狀況可獲得違法性意識，來判斷個人方面是否具有促使其盡調查或查詢之契機，同時斟酌國家是否有盡力讓法令周知、行為人是否盡到必要之調查及查詢，而於合理期待的可能範圍內認為應具有違法性意識[71]。也有參酌 *Velten* 之「心理預期/心理準備」概念，認為判斷上應考量國家負有使國民理解規範之義務，如果欠缺此一義務的話，則不能對於違法規範之國民予以非難，亦認為國家必須提供行為人有查詢的話則得以獲得正確法資訊之環境，且能期待行為人對該規範予以內化[72]。

㈡外國實務與法例部分

按「違法性錯誤」之法理乃是源自羅馬法時代以來，便以「不知法律不能免除刑責」(*Ignorantia juris non excusat*)作為原則，僅有少數之例外才有阻卻責任之機會。而「不知法律」之概念，若對具體套用於現代資訊化之社會系統，大致上可以將區分為：⑴行為人單純不知法律有禁止規範（消極之不認識自己行為為法律所不許），及⑵因對某些資訊產生誤信自己之行為法律規範所允許（積極之誤認自己行為為法律所許）。前者常見的例子發生在與本國不同之法文化、習慣之外國人、本國人對於立法者迅速地新制定之刑罰規範，後者則往往發生在行為人誤信了某些依據[73]。而對於不知法律之處理，茲就德、日之實務見解及法例則分述之。

1. 德國實務見解

⑴從良心緊張到違法性錯誤之迴避可能性之標準

由於德國於 1975 年編纂刑法典時制定之第 17 條：「行為人行為時沒有認識違法性，若該錯誤之認識不可避免，則不負擔刑事責任，如該錯誤認識可以避免，則依第 49 條第 1 項減輕刑罰」[74] 區分違法性錯誤可否避免之規定，德國實務見解在判準上也改採以「是否

71 安田拓人，「錯誤論（下）」，法学教室 274 号，頁 96，2003 年。

72 一原亜貴子，前揭註 55，頁 88-94。

73 松原久利，「違法性の意識」，頁 130，收錄於川端博、浅田和茂、山口厚、井田良編，「理論刑法学の探究⑵」，成文堂，2009 年 6 月 10 日初版。常見的爭議則在於：信賴私人之意見是否能夠主張欠缺違法性意識或意識可能性？早期學者如平野龍一的見解認為，如果得以主張，則會招致法制度之主觀化，為了貫徹法規範價值判斷的客觀性，避免法制度因私人意見而左右，自不能信賴私人意見；但學者川端博、林弘正、藤木英雄認為如果是「以公平無私之真摯態度對法規範解釋，具有準專家之立場」，或者「具有一定權威之機關」，又或者「該意見具有一般通用於社會之客觀性」，可思考其意見如同準公家機關；學者松原久利則進一步認為如從第三人處得到相關資訊、情報，具有信賴外觀時，或許應能加以主張受到保護，並且關於惡意地給予行為人錯誤資訊的角度來看，早期批評相信私人意見會招致法秩序之主觀化的批評恐欠妥適。請參照松原久利，前(74)文，頁 130-131。

74 ANNEMIEKE VERSEVELD, *supra* note 41, at 33.；西原春夫譯，イェシェック、ヴァイゲンド(Jesc-

airiti

具有迴避可能性」加以判斷，而德國實務見解（1977 年 5 月 16 日漢堡高等法院第一刑事部裁定）則將對於自己行為在法律上是否合法，應詢問法律之專家，自己也應該討論專家見解的正確性等情事，作為「違法性錯誤之迴避可能性」的判斷標準之一[75]。

若在更進一步檢視可茲作為行為人信賴之資訊來源，而就「人民可以對於『法規、判例』主張信賴而認定欠缺違法性意識」的議題，並非只有英美法系獨有之特色，德國實務判例也和學說一樣多有認為，「法律規範」部分基於「立法者之權威」、「法律合法性之推定」，行為人對此之信賴值得加以保障；而就「實務判例」部分，由於判例有和法規範一樣的權威，具有法秩序形成之任務，應能夠推定其正當性，實難不能期待國民去檢討判例是否和法規合致，此時應該得以之作為違法性錯誤（禁止錯誤）而阻卻行為人之責任；至於「官方說法」之所以可以信賴並非源自於賦予國家機關的權威，而是就該行為合法或違法之界定，比起行為人有能提供實質正確資訊的特別能力；同樣地，基於能夠提供正確資訊之能力而作為信賴之標準時，諸如律師、法院院長(*Gerichtspräsident*)、職務上之長官、選酒侍者、汽車駕訓班教練、罷工之領袖、專門團體事務局長、醫師等都可以作為可以信賴之資訊提供者[76]。

⑵衡酌行為人個別因素而判處無罪之案例

而在德國實務早期採取「良心緊張」標準之情況下，梳理德國聯邦普通法院之案例亦可發現：⑴ *BGH JR 1954.188.JR* 案例中：「19 歲和 23 歲之被告兩人係農業勞動者，自 1952 年起與罹患精神分裂症和離婚、接受不孕手術的女性 E 有為 15 次的性交行為，S 和 D 雖然知道 E 女的狀況，但並不知道和精神疾病之女性為性交行為是被禁止且要受到刑罰。原審判決強調 S 和 D 知識水準較低且個性單純，完全沒有考慮到會受到刑罰，且被告 S 的雇主也勸說 S、D 和 E 進行性交行為，參審法院(*Schwugericht*)以兩名被告具有迴避不可能之禁止錯誤為由，而論處無罪。」[77]、⑵ *LG Mannheim NJW 1990,2212* 案例中：「被告

---

heck、Weigend)，前揭註 35，頁 347。按 1994 年之法國刑法(Code Pénal of 1994)制定時因為了解到該法諺之原則是一種法律的擬制，會造成許多不公平、不合理之情況都很難加以主張其辯解、防禦，因此，法國之立法者參考比利時、德國和義大利的規定，以「不可避免之法律錯誤」作為被告得以開釋的基礎，該法之第 122 條之 3 立法者制定了「因為法律錯誤作為阻卻刑事責任的原因」，第 122 條之 3 規定中萃取出三種累積的宣判無罪、開釋被告之要件，*1.* 被告必須具有法律錯誤；*2.* 該法律錯誤或不知係無從避免；*3.* 被告確信其行為之合法性（被告沒有懷疑）。請參照 ANNEMIEKE VERSEVELD, supra note 41, at 49,50.

75 林 弘正，前揭註 34，頁 42、115。

76 OLG Celle MDR 1956,S.436(Beschl. v. 20.4.1956)；德國實務與學者 *Rudophi* 之見解，請參照松原久利，前揭註 36，頁 137-142。

77 高山佳奈子，前揭註 35，頁 353-354 註 216。

airiti

係剛來德國之巴基斯坦人，拒絕進入喝醉酒、又裸身女性之房間而被認為違反不救助罪。但因為伊斯蘭教禁止干涉他人，並且巴基斯坦之刑法沒有不救助罪，此外也因為被告自身有受到危害以及接近喝醉酒與赤裸之女性違反伊斯蘭之教義，因此被認為係迴避不能之禁止錯誤的古老案例。」[78] 亦有依照「行為人之年齡、智識程度、文化背景、生活環境等情形」作為審酌之因素，加以考慮後判決無罪的案例。

2. 日本實務見解

⑴炸藥爆破木橋事件與違法性意識不要說

二戰前日本實務見解傾向採取「違法性意識不要說」，日本戰前判例甚至嚴峻地認為作為臣民負有法規遵守義務，對於法律之調查義務盡到最大的努力，並以此非難行為人對於法律漠不關心[79]，而直至二戰後，日本之最高裁判所見解，以「炸藥爆破木橋事件」（最判昭和 32 年 10 月 18 日）為例，該案之事實係：「甲、乙因為村內所有之木製橋樑腐朽，對車、馬往來通行而言有坍塌之危險，多次地向村請求修築都未能實現。甲、乙就遲遲未能重新修築感到日常生活之不便利，遂與他人共同謀議，偽裝成因雪災而橋樑斷落，收受災害補償金的話反而較為容易修築木橋，於是使用破壞岩石用之炸藥將該木橋損壞、斷落，妨害交通之往來。」，該案第 2 審法院採用辯護人之主張，亦即甲、乙並不知道該行為該當「爆發物取締罰則第 1 條」，因而適用刑法第 38 條第 3 項但書，減輕其刑，廢棄第 1 審之判決，給予緩刑；但最高裁判所認為不需要知道該行為具體適用之法令以及不需要知道法定刑之寬嚴程度，在行為人認識自己行為違法性之情形，則無從適用刑法第 38 條第 3 項但書。此判例則依循了向來大審院採取「違法性意識不要說」之立場，違法性意識不是犯罪成立之要件，刑法第 38 條第 3 項的「法律」是指違法性，依照違法性錯誤，即使沒有違法性意識，也不能阻卻故意，只能依照但書加以減輕；判例則認為因為行為人具有違法性意識，自然不能使用但書[80]。

本案最高裁判所則是延續了向來大審院之看法。而實際狀況中何種情形有機會認定「行為人消極、單純不知法律」，或有認為行為人於刑罰規範公布前即實行該行為繼續至公布後，或因資訊不發達而使得法令制定、修改的消息無法即時傳遞，又或者是因為天災（如：地震、風災）造成交通中斷，法規範無從發布至該地等情，鄰國日本之實務見解亦

78 高山佳奈子，前揭註 35，頁 355-356 註 217。

79 大判明治 36 年 10 月 9 日刑錄九輯頁 1467、大判昭和 17 年 2 月 23 日判決全集九輯 18 号 457 頁、朝鮮高判昭和 17 年 11 月 9 日法律新報 670 号頁 12、大判昭和 17 年 6 月 15 日新聞 4783 号頁 5。請參照高山佳奈子，前揭註 35，頁 331、352。

80 高橋則夫、伊東研祐、井田 良、杉田宗久，「法科大学院テキスト 刑法総論」，頁 242，日本評論社，2007 年 10 月 25 日第 2 版第 1 刷。

airiti

曾對此些情形做成判決。但因日本刑法第 38 條第 3 項規定：「即使不知法律，也不能認定沒有犯罪之意思。但依情狀，得減輕其刑。」，加上實務見解採取違法性意識不要說的觀點，依然都判處有罪[81]。

⑵以「相當理由之有無」作為標準判決無罪之先驅

然而，並非所有日本實務見解均採取違法性意識不要說之觀點，從大審院時代，便曾有以行為人是否具有相當理由而認定是否阻卻故意之案例，亦即關於森林法竊盜之案例，該案乃行為人於區有林內之砍伐、採取林木之行為，原審判決雖然認定係森林竊盜，但後上級審認為行為人砍伐、採取區有林之時，乃因用以修繕調節水流之水閘的用材不足，誤信本件井根立林為了自家使用之目的，而砍伐、採取用作修繕水閘之用材等情是竹籐區許可之慣例。上級審判決之依據在於○1 前年度昭和 4 年，被告知道其所熟識之人為了自家使用之目的而砍伐、採取林木之事實；○2 本件井根立林雖然事實上屬於竹籐區，但其面積大部分則與長野區鄰接，而鄰接的小字長野區則存在這樣的慣行。此二點認為被告誤信之情形存有相當理由，因而認定其欠缺刑法第 38 條第 1 項的故意，因而撤銷原審判決，否定行為人之竊盜犯意，判處無罪的案例[82]。

除此之外，日本昭和年間之「黑雪事件」，該案乃是關於電影「黑雪」的公開放映，監督該電影之導演和發行電影的日活株式會社的部長，被以刑法第 175 條（猥褻圖畫公開陳列罪）起訴。而被告二人主張誤信該電影並不具有猥褻性此點，東京高等裁判所則是採取以下 4 個標準判斷被告誤信是否具有相當理由：○1 當時在普通電影院被放映的電影，通過映倫管理委員會的審查才能上映，本案之電影有經該委員會審查通過、○2 對於映倫管理委員會之社會評價、○3 接受映倫管理委員會審查之製作者和其他與上映相關者之心情、○4 在有映倫管理委員會審查制度以來，這是首次被提起公訴之案件。該案判決基於被告信賴映倫管理委員會之審查，而該委員會構成員之判斷與一般人之判斷並沒有明顯地隔絕時，尊重該判斷；依照該審查通過之決定進行製作、上映之人，關於違法性錯誤部分存在有相當理由，認定被告欠缺犯意而判處無罪[83]。

⑶大阪高裁輸入手槍零件案之無罪判決

晚近日本大阪高等裁判所則有延續「相當理由有無」之系譜，鉅細靡遺地審酌行為人

81 最判昭和 26 年 1 月 30 日刑集 5 卷 2 号頁 374、大判昭和 14 年 2 月 28 日刑集 18 卷頁 63、大判大正 13 年 8 月 5 日刑集 3 卷頁 611；又按松原久利亦認為在「因關東大地震造成之交通機關的破壞，造成法令之發布無法知悉」之案例（大判大正 13 年 8 月 5 日刑集 3 卷頁 611）中，雖然實務見解認定有罪，但認為應該認定是欠缺違法性意識之可能性的特殊案例。請參照松原久利，前揭註 36，頁 136。

82 關於森林法之昭和 7 年 8 月 4 日第一刑事部判決刑集 11 卷 1153 頁，請參照林弘正，前揭註 34，頁 101。

83 東京高等裁判所昭和 44 年 9 月 17 日高刑集 22 卷 4 号 595 頁，請參照林弘正，前揭註 34，頁 105-106。

airiti

是否欠缺違法性意識而阻卻故意，判處無罪之案例，該案事實為：被告是居住在美國，經營輸入至日本，向槍枝愛好者販售之槍枝相關商品事業，被告在美國國內先行實施加工，將手槍真品之主要零件一部分予以切除，輸入日本時，保留手槍的外觀，但沒有發射金屬製子彈的機能。然而，其中 8 支雖然未被認為是手槍，但依槍砲刀劍類所持等取締法（下稱槍刀法）第 3 條之 2 規定手槍零件的槍枝主要本體之加工不充分，仍該當槍枝本體，被以輸入槍枝零件罪和違反關稅法等罪檢舉、起訴；被告和辯護人則主張：該輸入手槍零件，該零件並不該當手槍零件，倘若即使該當手槍零件，被告本身並未意識到對於自己的輸入行為是該當構成要件的違法行為，主張欠缺故意而為無罪答辯[84]。

該案第一審神戶地方裁判所雖然認為並未阻卻故意；但作為第二審之大阪高等裁判所則依照以下幾點，否定被告具有違法性意識，亦即〇1 向警察詢問：a、關於合法輸入之方法，被告依照自己的意思判斷後向警察詢問，並接受專門負責單位的警察官之建議；b、詳細聽取參考警察及海關內部的說明、加工方法，確認輸入行為具合法性。〇2 加工之程度：被告加工程度比警察所提供之基準的指導內容還要高的破壞程度，積極努力地讓輸入物品確實失去手槍零件的特性。〇3 同類輸入行為時之措置：在美國具有資格的改造槍枝之人員協力下加工該零件，並且同時將寄給海關和警察的書面関於加工內容的說明一併附在零件上。〇4 關於輸入物品之用途：本次的輸入行為，專門是預定為了供槍枝愛好者鑑賞或裝飾之用。除此之外，該案判決亦依照以下幾點，否定被告具有違法性意識之可能性，亦即〇1 被告和警察事前指導等之關係：a、被告主觀上有為了合法地經營輸入手槍加工品事業之目的，因而主動地向被期待具有槍器類管制專門知識的專門負責單位的警察、警視廳生活安全課以及機場海關之負責單位加以詢問，此些機關的指導內容，必須認為是關於槍器管制公家機關所通用的合法性基準；b、並且被告在警察所提供的合法性基準上，對各零件實施了更高程度的破壞，應該可作為確信合法之依據。〇2 同類輸入行為和與海關對應之關係：被告本件各輸入行為，有相當次數的反覆輸入行為，而此反覆輸入時，海關方面雖然有針對一些對實質安全性沒有影響的細節不完備事項要求被告改正，但關於槍枝本體的問題點並未有加以指摘。因而被告在反覆輸入行為時，加強了該同類加工品不該當槍刀法上槍枝本體的確信。〇3 被告和關於輸入物品之關係：本件被加工之扣押物，該加工以達充分減損實彈發射的機能；雖然將該扣押物分解與其他手槍零件組合不能說不可能作為兇器之用，但即便如此，要和其他零件提供的同型式手槍般地自然使用，沒有現實上可能性。綜上所述，被告對於本件各零件輸入該當手槍零件輸入罪之構成要件的違法行為欠缺意識，而欠缺意識因為具有相當理由，而不能認為有輸入手槍零件罪之故

84 大阪高裁平成21年1月20日，判例タイムズ1300号302頁；林弘正，前揭註34，頁156-157、164-165。

airiti

意，不成立該罪[85]。

三、小結

回溯檢視外國立法例中實務與學說之見解，應可得知判斷「違法性錯誤」時，國內學說與實務判決有認以行為人需具有「查證義務」之看法，乃源自於最早之「相當程度之良心緊張」的判斷標準，而該強調「查詢之義務」之看法則不論是英美法系或歐陸法系之立法例均有之；又相對於最高法院採取「類如善良管理人注意義務」之見解，外國立法例則有以刑事法體系之「過失」的判斷標準，亦即以「注意義務」之高低程度，作為認定是否具有「違法性錯誤之迴避可能性」的比較基準，有的比過失之注意義務高、有的則認為等同過失之注意義務；除此二判準之外，亦有外國學說直接以是否具備違法性錯誤之迴避可能性、類似原因自由行為之事前責任判斷和刑事政策之特別預防目的的考量，判斷行為人之「違法性錯誤」可否迴避。各說之間對於判斷內容、查證時點或有不同，但各說間的相同點則是：判斷時必須著眼於行為人之年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別、生活環境等各種判斷因素，以認定行為人是否在行為時能具有「違法性意識之可能性」的契機。

而延續上開歸納後之結果可知部分外國學說與實務見解似乎對於「違法性錯誤/法律錯誤」之情事採取極為嚴格之態勢，然而，德國實務以及日本實務見解亦有精密細緻地判斷行為人之個別因素而作成無罪之案例。本文認為應先肯認此一相同點的脈絡下，決定運用於個案之判斷標準，然從此一相同點出發，對照前述各種見解之看法，則仍勢必要檢視是否要以該查證義務作為判斷之前提？並且可否以「良心緊張」作為判斷內容？以及是否須納入「特別預防」之觀點作為判斷目的？職此，本文則著眼於「違法性錯誤」之法理，試圖從檢視制定法規範之國家與行為人間的緊張關係，擇定具體個案的判斷流程模式。

伍、結論與建議

一、系統性信賴-國家與人民間之緊張關係

按德國社會學家 *Niklas Luhmann* 曾認為在社會系統不斷提高複雜性的條件下，人們

85 按該大阪高等裁判所則是對於相當理由的判斷中，依具體之事件經過加以審酌，學說上則有認為觀察日本實務見解的變遷，從早期「違法性意識不要說」逐漸地往「限制故意說」移動。請參照林 弘正，前揭註 34，頁 156-157、164-165。

airiti

也需發展能有效簡化複雜性之方式，而為了減縮複雜性，必須透過過往之「經驗」，藉由「信賴」強化人們對於社會當中不確定性之風險承受力道[86]。因此，市民社會當中則會發展出「溝通之媒介」及「系統機制」來達到「系統性信賴」之運作，而國家多元分工體制下負責制定成文法規範之立法系統、對其職務有詮釋、執行法規權限之行政系統，及具有認事用法之決斷權限的司法系統，三者均具有發揮系統性信賴之功能。

「不知法律不能免除刑責」之原則雖然是從羅馬法時代便沿用至今的金科玉律，其背後之目的不外乎是為了避免人民欠缺遵守法規範之意識所引起的社會秩序動盪不安定，但從法規範事後所具有科處刑罰之強制力觀察，裁判者所作成之處罰決斷都能再次發揮刑法統制之機能，喚醒系統內的人民遵循規範之意識；況且，法規範之制定均以抽象一般人為標準，在社會結構中，往往難免因為忽略少數部分之人而造成不公平或不合理之現象。況且，現代社會中，除了普通刑法之外，立法者制定諸多龐雜的法律規定，附屬於其他法規之「附屬刑法」規範多如牛毛，如何期待一般人民都能完美地了解？

因而，為避免完全貫徹「不知法律不能免責」之法諺所造成之不公平或者不合理之現象，與其嚴守不知法律不能免責之上古法諺，毋寧是採取一定柔軟化之態勢，考量立法者制定伴隨刑罰效力之法規範，國家扮演擁有刑罰權之角色，而具有受到國家刑罰權處罰之風險者則是國家主權所及之人民，若從消極層面觀察國家與人民間所存在之緊張關係，國家既能合法行使刑罰權且擁有比人民充沛之資源，則國家應盡可能地讓人民對法令規範能有所知悉，如果人民實際上不知法令規範，卻又予以處罰的話，則有自相矛盾、有失公正之嫌；再者，作為國家整體架構下系統性信賴之一環者，制定法規或成文法、作成法院判例或判決，或者是發布行政命令、公家機關或官員之官方解釋時，人民應當能將此些資訊作為信賴之來源，否則如果此些資訊來源不能作為人民信賴之資訊，則系統性信賴之功能無從發揮，人民將無所措其手足。

二、具體判斷標準、前提及因子之擇定

依前所述，為避免因為用語而造成道德倫理價值觀點過度地侵擾了法規範之價值判斷，在「違法性意識之可能性」的判斷標準，本文認為不宜採取「良心之緊張」的判準；又即便因用語上避免道德倫理價值侵擾法的判斷，不採取「良心緊張」的看法，但不論採取何種標準，源自於良心緊張而來「是否有查證義務」之論點，亦即行為人對其行為是否合乎法律規範有疑問時，應否以謹慎思考或調查詢問除去該疑問的論點，仍有進一步加以

86 *Niklas Luhmann* 著，大庭 健、正村俊之譯，「信頼-社会的な複雑性の縮減メカニズム」，頁 21，勁草書房，2007 年 6 月 15 日第 1 版第 9 刷。

airiti

論證的必要。

責任階層之判斷，則應可理解係環繞於行為人之年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別、生活環境等各種判斷因素，違法性意識既然採取責任說之立場，自應與此些因素作某種程度之連結，此亦為上述諸說間相同之點。而行為人是否懷疑其行為之違法與否，亦應要求從此些判斷因素中加以檢視，倘若在不考慮行為人之年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別、生活環境等各種判斷因素，而預設了行為人有無違法性意識的判斷上以「有無踐行查證義務」為區分標準，則已非基於行為人個人因素來考量其所應肩負之責任，劃定責任之上限，從這樣的角度來看，業已違反責任主義，原本「違法性意識」須檢視行為人有無正當理由且無法迴避而可免責，或按其情狀得減輕之情形，卻因「查證義務」之前提預設，而變相使得不作為犯適用的範圍擴大，實已逸脫了違法性意識所要處理的癥結點，反而每個人都有淪為潛在的不作為犯之風險。從而，對於是否有踐行「查證」，不宜當作是判斷行為人有無違法性意識時之首要判斷前提，蓋如同前揭之學者 *Rudolphi* 所言即便檢視判斷因素後認為行為人有所懷疑其行為違法與否，感知其行為與法秩序並不一致，但仍需檢視行為人如果有進行相當之調查會得到怎樣的資訊，不能僅以忘記查證或者對於調查行為有所懈怠直接認定該違法性錯誤具有迴避之可能性。

再就判斷因子部分，當代刑法理論或刑事政策，由於刑罰精神之流變，相較於古老的應報觀點，預防甚或是嚇阻觀點存在著令人著迷的魅力，也因此在責任論的建構上，如前所述，學者 *Rudolphi*、*Roxin*、*Jakobs* 主張以「一般預防」及「特別預防」目的觀來決定違法性意識之判斷。惟納入預防的考量，則在重視「一般預防之必要性」、「刑事制裁之必要性」的情況下，則確有造成處罰範圍擴大之虞，並且除了造成處罰範圍過大、範圍不明確之虞外，本文認為裁判者在作成有罪、無罪或者刑度輕重之決斷時，「如何確認能夠達成特別預防之目的？」實係值得深思的議題，從特別預防目的的觀點進行檢視，從現行刑罰規範的主刑規定，除了死刑直接剝奪行為人生命之外，無期徒刑、有期徒刑和罰金刑，係採取限制行為人之人身自由和剝奪行為人之財產的方式，對行為人進行處罰後以期減少或改變行為人的再犯可能，行為人之所以能夠將不違反法律規範的主流價值內化而達到「積極之特別預防目的」，乃是因為行為人自己有感知到「不想被與世隔絕地受到人身自由之拘束」或「不想財產受到剝奪」之「懸念」，這種「懸念」係特別預防目的之源頭，而此一「懸念」本身並不存在於具有國家刑罰權之規範，而是在於行為人所置身的周遭環境當中，從刑罰之科處而要達到特別預防之目的委實有一定程度的困難。是以，似不宜在責任階層中寄望裁判者依循特別預防之目的判斷行為人行為時有無違法性意識之可能性。

airiti

三、回歸能力區分說之本質

按「違法性意識」既係責任階層判斷上之重要核心領域，基於責任主義之「違法性意識」係指行為人認識到自己實行之行為是被「法所禁止」或「法所不容許的」，因而形成作用於行為意思之反對動機，使行為人得有可能依循法規範而行動，而判斷有無「違法性意識之可能性」定位上則應係有無「給予行為人作成行為決意時，遵循法規範的動機因素」[87]，有無違法性意識之可能性，則需判斷有無此種動機因素，該動機因素如同上述之「心理預期/心理準備」機制，但此心理準備不能等同學說上所主張查詢義務之要求，否則將會造成變相地要求行為人肩負著範圍無窮無盡之義務。此乃因刑法存在之目的是為了抑止違法行為，針對出於自由意志所實行之違法行為，對行為人之責任加以非難，如果行為人本身欠缺此種動機因素，並未認識到該行為之實質違法性時，則欠缺非難的基礎。

而作為阻卻責任事由，在考量「違法性意識之可能性」不免和「適法行為之期待可能性」一樣，在以何者為標準上，存在「行為人說」、「平均人說」或者是「國家標準說」的爭議，學說雖有認為諸說之間的差距並不大，因為即便是採取「行為人說」，也不可能是完全以行為人為標準，行為人標準與國家標準間只是量差的關係，並非互相對立[88]，但實際個案判斷上採取「平均人說」的視野，則原本應於責任階段審慎地判斷與「行為人」主觀上各種相關因素時，要會逐漸趨於客觀化，也因此在外國立法例當中，德國實務見解有採取了「以過失之注意義務作為比較基準」、「預設行為人必須在有懷疑時便要努力地盡到一定之查證義務」的見解，則是傾向統計上想像之「平均人」概念，而如前所述，不應僅以欠缺查詢便斷然認定有違法性意識，並且以此作為判斷基準在適用於每個生活在不同環境、不同智識能力的行為人上，要求每個人皆須將其認知與對事物之理解，於行為時瞬間提升至平均人之標準，亦未免有違反責任原則以致流於失之過酷的疑慮。

而分析我國實務見解依照刑法第 16 條所做成無罪或有罪之論斷，實際上亦多係以環繞在行為人周邊的客觀情狀加以判斷[89]，且最高法院亦有認為：「…又刑法第十六條規定：

87 按所謂「反對動機」係指相較於行為人之犯罪動機，行為人實行行為時所具有抑制違反法規範的動機。山口厚，前揭註 60，頁 216；高山佳奈子，前揭註 35，頁 345。

88 黃榮堅，基礎刑法學（下），頁 619-622，元照，2012 年 3 月，第 4 版。

89 例如：最高法院 102 年度台上字第 4961 號判決：「…以原判決所認定上訴人共同竊取森林主產物七里香之具體情狀，無從認上訴人不知其所為係觸犯刑罰法律，亦未含有惡性，而有刑法第十六條但書規定之適用。…」、最高法院 102 年度台上字第 4465 號判決：「…上訴人將養樂多廢液傾倒於水溝中，而不得任意將垃圾、物品丟棄於水溝中，此乃一般社會常識，更遑論上訴人所傾倒者係2滿車之養樂多廢液，因認上訴人之行為不僅非不可避免，且無正當性可言…」、最高法院 102 年度台上字第 1133 號判決：「…上訴人居住台灣已有三十年之久，難謂不悉我國法律；且其既供認：知悉「劍爐川麝香」價格昂貴，一

airiti

除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除其刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。是依上述但書規定減輕其刑者，必須在客觀上依據行為人犯罪之動機、目的、內容、性質、態樣輕重及犯罪實害等情節予以觀察，確認其係因不知法律有處罰之規定，或誤信其行為為法律所不罰而犯罪，基於刑法之目的、個案正義之考量及國民對於法律之感情，認為以減輕其刑為適當者，始得為之…」[90]、晚近最高法院判決亦有認為：「…法律是社會生活的產物，執法人員自須體察社會脈動，秉持立法精神和整體法律秩序理念，與時俱進，法律生命於焉豐富而有活力，司法裁判（含檢察官之處分）因此適於社會正義，符合人民法律感情，刑事訴訟法第二條第一項關於「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意」之客觀性義務規定，亦得藉此具體展現。世界各原住民族多處偏遠地區，接觸、利用現代物質、經濟、科技、教育等資源之機會，相對缺乏，形成弱勢族群，乃不爭之實情…其實，會計憑證類多、型雜、數繁，報帳既要求翔實、巨細靡遺，事情自然至為瑣碎，除非係會計、總務人員，因屬其專業領域，責無旁貸，但於其他一般兼辦之人而言，短期一、二日，或許猶能勝任，長期責成，豈堪負荷。一般人民如此，教育水平尚待增進之原住民益是。古言：不教而誅，謂之虐；如今若政府對於不具有會計報帳專業之原住民，罔顧其在山區取據困難，甚至根本無從取據之現實窘況，僅略施數小時之講習，即要求中規中矩，否則其無法核銷之公款部分，必依貪污侵占重罪論擬，其違義、失當、不宜，無待多言。司法官追求個案正義，允宜深思。…」[91]。是以，判斷標準上從責任論中之「能力區分說」之角度出發，進行個案具體、實

兩就要新台幣幾萬元，麝香在世界各地都是管制物品等語，足認其並無刑法第十六條規定之法律認識錯誤之適用。…」、最高法院 102 年度台上字第 297 號判決：「…上訴意旨所指美國加州、麻州法規，就種植大麻既有處罰規定。…是上訴人雖在美國出生、成長，仍難認因此不知製造大麻係屬犯罪行為，自無適用上開免除刑事責任或減輕其刑規定之餘地。況上訴人於第一審自承「自九十六年（西元二〇〇七年）就回來台灣長住」，則上訴人於有本件製造大麻犯行之前，既已在台灣經常居住足有二年之久，而政府多年以來一再透過大眾傳播媒體宣導有關毒品犯罪之處罰及危害，難認上訴人對台灣嚴厲處罰毒品犯罪之相關規定，仍有所謂「不知法律」之情形存在。…」；臺灣高等法院 86 年度上易字第 2961 號判決：「…審酌被告係美國人，在台教授英文，為人師表，言行足為學生表率美國法律並無禁止持有藍波刀，而該刀械在美國童子軍最高階之鷹級為配刀，況被告係購自一般商店，已無違法之認識，被告購置留念合於美國國情，所辯持有藍波刀為美國法律所許可，亦有正當理由，已可採信….」；臺灣臺東地方法院 87 年度訴字第 145 號判決：「…惟按：原住民確多是靠打獵為生，歷代傳統父子相攜而共渡生活，且查被告與其父親陳〇文同戶而居，故欲求被告對其父親合法持有之獵槍要求其完全不能有絲毫時間之持有，顯然是無期待可能性，又參原住民生活多在山間內，與山水為伍，在國家文化、資訊、教育之傳輸接受方面，多有重重困難之處，故被告會有自信其持有父親陳〇文之獵槍應為法律所許可之情形，核應認為是「有正當理由」。…爰依刑法第十六條後段規定，免除其刑。…」。

90　最高法院 101 年度台上字第 3850 號判決。

airiti

質之判斷應較能在法秩序的架構下追求個案正義。

採取「能力區分說」之標準，並非完全等同行為人說，而是一種著眼於國家和人民間之緊張關係下，考量行為人能力發揮能夠到何種程度的看法，近似結合行為人與國家標準說。至於如何判斷行為人之能力在國家法規範系統當中能夠發會到何種程度，則應如同早期最高法院對於舊刑法第 16 條決議所言「『自信』從主觀，『正當理由』從客觀。」[92] 之見解，以及向來實務所採取之實質、具體評價模式，必須從環繞在行為人周邊之「年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別、生活環境」的客觀因子，來審酌行為人個人(主觀)有無違法性意識之可能性，而此周邊之「年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別、生活環境」既屬於用以審酌行為人有無「給予行為人作成行為決意時，遵循法規範的動機因素」的判斷因子，此些判斷因子則屬於認定行為人於行為時是否具有「違法性意識之可能性」的實質內涵。

四、違反野動法第 21 條之 1 有無「違法性意識之可能性」的思考方針

㈠延續終審法院指標性判決之意旨

1. 司馬庫斯櫸木案與排灣族後膛獵槍案

按最高法院針對原住民族違犯刑法規範時，揭櫫了事實審法院審理應慎思慮及之方向，亦即「…原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。本此原則，原住民族基本法第三十條第一項已經揭示，政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法程序等事項，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀等，以保障其合法權益。從而原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，即不能完全立於非原住民族之觀點，而與非原住民之行為同視。…」[93] 以及「…中華民國憲法增修條文第十條第十一項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」為落實憲法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，原住民族基本法第十條規定，政府應保存維護原住民族文化，第三十條亦規定，制定法律，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益等旨。因此，在依相關法律踐行保障原住民族之基本權利，促進其生存發展時，自應尊重其傳統習俗、文

91 最高法院 103 年度台上字第 900 號判決。

92 最高法院 24 年度總會決議㈦。

93 最高法院 98 年度台上字第 7210 號刑事判決【司馬庫斯櫸木案】。

airiti

化及價值觀。而依同法第十九條之規定，原住民基於傳統文化、祭儀或自用，得在原住民族地區依法從事獵捕野生動物之非營利行為，原住民基於此項需求，非因營利，以自製獵槍從事獵捕野生動物即屬其基本權利。…」[94]。足認事實審法院之裁判者作成決斷前，應體察國家刑罰權之規範以及原住民族之行為人間的緊張關係，而該緊張關係不僅是刑罰規範與一般非原住民間，法益保護與人權保障兩種機能間拉鋸，更是與公民與政治國際權利公約第 27 條所言：「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」相符地要求裁判者作成決斷之觀點時，必須囊括了原住民族之歷史、文化以及傳統習俗與價值觀等集體性人權的概念。

*2.*立意良善之迂迴出罪途徑

然而，最高法院對於上開二案所採取讓行為人出罪之方式，以【司馬庫斯櫸木案】而言，撤銷發回後之更一審則以因欠缺主觀不法所有意圖改判無罪[95]；而【排灣族後膛獵槍案】則係將集體性人權之觀點融入槍砲刀械管制條例（下稱槍砲條例）第 20 條之構成要件中，認為中央主管機關作成之函釋及依槍砲條例第 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 3 款將自製獵槍定義，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，以行為人所持有之土造長槍符合槍砲刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，以行為應屬不罰來加以出罪[96]，雖然均言及要從原住民族之歷史、文化、傳統習俗與

94 最高法院 102 年度台上字第 5093 號刑事判決【排灣族後膛獵槍案】

95 臺灣高等法院 98 年度上更㈠字第 565 號判決：「…被告三人方依司馬庫斯部落決議，欲將櫸木殘餘部分運回部落以美化部落景觀，是被告三人之行為，並未破壞森林自然資源，且欲發揮該櫸木之公益及經濟效用，是被告三人之行為，並未違反森林法之立法目的。依據慎刑原則，唯具有社會倫理非難性的不法行為，始有動用刑法手段之必要；然如上所述，被告三人之行為，既符合原住民族之傳統文化及生活慣俗；且與國家財政資源分配使用之目的，不相違背；又未違反森林法之立法目的，是被告三人之行為，並不具有社會倫理非難性。從而，系爭櫸木雖經林務局竹東工作站人員先將樹幹運走，再將殘餘部分噴紅漆烙鋼印，惟被告三人係基於部落傳統文化及生活慣俗，遵循司馬庫斯部落決議，欲將上開櫸木殘餘部分運回部落，以作為部落造景美化景觀之用，渠等主觀上並未具有不法所有之意圖…」。

96 最高法院 102 年度台上字第 5093 號刑事判決：「…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；…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。…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。…」。

airiti

價值觀點作成決斷，卻均未採取刑法第 16 條之違法性意識錯誤之脈絡，而是分別採取從主觀構成要件和客觀構成要件加以出罪的模式。

此種返回事實層面處理模式，亦與英美法系或歐陸法系之部分實務見解雷同，蓋兩種法系之立法例雖均有對「違法性錯誤／法律錯誤」制定了實定法規範，但實務操作上仍透過操作「事實」、「法律」間的調整，傾向認定事實錯誤而排除行為人之故意[97]。此種極具技巧性之作法，不外乎是為了契合「不知法律不能免責」之法理，而我國實務見解也隱約地流露出此種意味。粗略地揣測實務見解嚴守不知法律不能免責之法理而另闢蹊徑的原因，或有認為之所以不考慮違法性意識之檢討脈絡，可能是和日本早期實務見解相似地採取違法性意識不要說，由於行為人主觀上已具故意，則無法以違法性意識錯誤出罪，僅能選擇主觀構成要件之其他部分加以出罪。又綜觀實務見解向來對於違法性意識之要求多為「…即依一般觀念，通常人不免有此誤認而信為正當 ，亦即其欠缺違法性認識已達於不可避免之程度者，始足當之…」[98]，晚近亦有實務見解論述中逐漸地強調「查證義務」，即是傾向採取統計上「平均人」標準之抽象評價模式。然而，如前所述，行為人是否對於其行為違法與否有所懷疑，應就個案環繞在行為人周邊之判斷因素具體判斷，並且即便具體判斷後行為人確有懷疑，而認其會有查詢之舉止，仍須檢視其是否得查詢到正確之資訊，又或者其是否因而誤信該資訊，倘僅以未有查詢則逕作為認有、無違法性意識之前提的話，一來是平均人之標準抽象且難以劃一而定，二來是以踐行查證義務為前提，要求行為人於行為時之認知、理解躍升至平均人之標準，則有過於苛酷之疑慮；又從判決理由之內容觀察，行為人多採取之「消極、單純不知禁止規範」之抗辯，但消極、單純不知禁止規範之抗辯，除了前述行為人於刑罰規範公布前即實行該行為繼續至公布後、資訊不發達造成法令制定、修改無法即時傳遞或者因為天災造成交通中斷致法規範無從發布等情有成立之可能外，本於羅馬法時代便傳遞至今「不知法律不能免除刑責」的法理，行為人逕自欲以消極、單純之不知禁止規範抗辯而阻卻責任，毋寧是一種無濟於事之無效抗辯。爰此，實務見解之所以另闢蹊徑之緣由，則可能是因為認定欠缺違法性意識之標準過高，行為人

97 按雖然美國於模範刑法典、法國於 1994 年制定之刑法典均有制定對於法律錯誤之規範，但解釋上均極為嚴格，反而是藉由操作事實和法律之間的區別，試圖緩和法諺可能造成的不利之處，德帝國法院時期亦有存在此種現象；而法國之情形則更為嚴峻，蓋法國之犯罪成立構造類似英美法系。法國法系統並未區隔「違法之行為」和「責任歸因」，違法性意識係犯罪意思之要件，無可避免之法律錯誤則會否定成立犯罪時所需要之故意，但法國之刑法之規定卻又像是歐陸法國家之規定，判斷上存在矛盾之情形。請參照 ANNEMIEKE VERSEVELD,MISTAKE OF LAW,5051,(1st ed., 2012).

98 最高法院 88 年度台上字第 5658 號判決、彰化地方法院 99 年度重訴緝字第 1 號判決、臺中地方法院 91 年度訴字第 422 號判決。

airiti

難以符合出罪門檻，並且為維繫不知法律不得免責之法理，將使得行為人消極抗辯則如同採取無效辯詞之緣故，因而取徑於其他可能出罪的管道。

然而，本文認為○1、刑法第 16 條之修法說明將違法性意識定位於犯罪體系中之責任階層，且○2、我國實務見解之論證方式，多先肯認行為人認識到事實，再就不能以不知法律阻卻犯罪加以駁斥[99]，並且亦有強調故意和違法性意識為不同之概念[100]，又○3 如前所述，日本晚近實務見解亦逐漸轉向不採取違法性意識不要說，而實質審認具體因素判斷有無相當理由而認定無罪之案例。是現行實務所採取迂迴之出罪途徑可謂立意良善，但或許方法上可採避開迂迴之出罪途徑，而以直接實質判斷有無刑法第 16 條之正當理由而可否避免的思考脈絡。並且，依前述標準操作之結果，我國刑法第 16 條之運用將會形成行為人以違法性意識欠缺為由出罪的情形微乎其微，至多僅有可能按其情節加以減輕，正因如此，實務見解中確實也頻繁地運用減輕其刑和緩刑之思維，避免對於非難性程度較低之行為人科予過重之刑罰[101]。惟綜覽外國立法例之見解後，反思我國應該採取何種解釋路徑時，應該要考慮到：○1、我國法繼受之體系的歷史脈絡，實體法判斷犯罪成立之架構向來繼受歐陸法系之體例，判斷上包含責任階層，與英美法系體系、法國法體系有別；○2、法規範之類型存在核心刑法與附屬刑法之區分，前者存在自然犯與法定犯之特性，但附屬刑法只有法定犯的特質[102]，通常一般人民對於附屬刑法規範本身有不知或錯誤之情形，比核心刑法規範更為常見[103]，雖然自然犯、法定犯之區分往往被認為模糊，惟從前揭學說之介紹可知，規範類型的區分重點在於行為人對該領域之規範的感受能力，在自己時常處於之專業領域時，則對專業領域內之規範，其感受、接收之能力較高，反之，在行為人非專業領域時，相對而言，其感受、接收之能力則較低，且如是以刑罰規範介入、

99 最高法院 80 年度台上字第 3536 號判決、臺灣高等法院臺中分院 88 年度上訴字第 1711 號判決。

100 臺灣高等法院 86 年度上易字第 5908 號判決：「…該行為是否為刑法上所處罰之行為之認識，屬違法性認識錯誤之罪責領域，依刑法第十六條前段規定，亦不影響誹謗之故意…」。

101 按即便是如同臺東地方法院 101 年度訴字第 209 號判決鉅細靡遺地論證，終究僅能以減輕其刑及緩刑之思維模式處理。

102 按行政刑罰之概念實係附屬刑法，附屬刑法與核心刑法同樣以刑事罰作為制裁手段，本質上為刑事不法，而具有刑事不法本質之刑事犯兼有兩種特性，亦即「自體惡」之自然犯(mala in se)和「禁止惡」之法定犯(mala prohibita)，而核心刑法處罰之刑事犯包含自然犯與法定犯，附屬刑法處罰之刑事犯僅有法定犯。請參照林山田，「行政刑法與行政犯之辯正」，頁 20-21，法令月刊第 40 卷第 9 期。

103 按德國學者 *Roxin* 將法律錯誤之類型分為四種：⑴、規範本身之不知或認識錯誤；⑵、誤認正當理由之存在或範圍；⑶、對於犯罪定義之要件的錯誤解釋；⑷、對於某些規範有效性之誤解。其中第⑴種類型在核心犯罪之規範中並不常見，附屬犯罪之規範較為常見；第(2)種類型則即便是核心犯罪類型也非常常見。請參照 ANNEMIEKE VERSEVELD,MISTAKE OF LAW,36(1st ed., 2012).

airiti

打破某族群之生活習慣，則將令該族群難因截斷個人早已習以為常的舉止，轉而遵守法規範，從這個角度以觀，對於一般人而言，野動法之刑罰規範已屬於附屬刑法的類型，對於原有狩獵習慣之族群而言，甚是以國家公權力介入、干擾了原有之生活習慣；〇3、抽象一般人或者是具體行為人之判斷標準，各國學說、實務間均多有爭辯[104]，但問題之本質最終仍端視我國之法秩序在「法益保護機能（維護社會秩序）」與「人權保障機能」側重何種刑法機能所展現之價值觀點。

職此，本文認為妥適運用「合理的法律錯誤」或「可否避免之違法性錯誤」的概念，對於一般人民而言，反而能具有促使其有意願地主動找尋合理、合法的依據，同時，對於弱勢群眾而言，可以避免因為法律規範設計造成之不公平、不合理的情況，並且以考量國家與人民之間的緊張關係為前提之下，要求行為人具有對於附屬刑法或特別刑法之遵法意識前，應當思考國家是否已盡可能地將法規範之意旨傳遞給人民，使人民能夠接收，即便是採取消極、單純不知禁止規範之抗辯，判斷上也宜充分考量國家機關有無盡到充分的說明以及有無公平地通知人民等情事[105]，我國刑法第16條制訂之類型、效果類似德國刑法第17條之規定模式，應防止操作上窄化「不可避免」欠缺違法性意識之情形，恐有變相地架

104 例如：法國立法例上亦有依照犯罪類型存在兩種評價之區別：⑴抽象評價模式(abstract asse-ssment)：將行為人和一般人置於相同之情狀下比較；⑵具體評價模式(concrete assessment)：考慮被告個人之情形，例如其能力、教育等諸如此類因素。請參照 ANNEMIEKE VERSEVELD,MISTAKE OF LAW,52(1st ed., 2012).

105 按美國最高法院之見解，*Cheek v. U.S.(1991)*，最高法院在稅務案件之案件中：要求政府機關要去證明該法律將責任強制地加諸在被告身上，被告知道這件事，而其自願地、有意地違反這個法律；*Lambert v. California(1957)*關於前科重罪犯須向當地警察局登記、註冊之案件，最高法院認為：一個人欠缺確實之認知關於其登記、註冊之義務，並且沒有顯示任何作成該認知的可能性時，予以處罰則違反了美國憲法上之正當法律程序。被告主張法律錯誤之抗辯成功乃因為「欠缺公平地通知(*lack of fair notice*)」，如果這個抗辯不被允許的話，被告則沒任何機會去避免法律所帶來之結果，或者是防禦任何伴隨法律而來的控訴。ANNEMIEKE VERSEVELD, *supra* note 41, at 14. 我國實務見解亦有類似要求國家盡到公平通知，並認為此乃事實審法院應調查事項之見解：「…上訴人雖不得以不知法律而免除刑事責任，但按其情節得減輕其刑；如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑，此觀刑法第十六條之規定甚明（舊法）。上訴人所稱其搭蓋廟宇，係經土地所有人戴蕃薯、戴春塗同意一節，業經該土地所有人等承認其事。…前項查定結果，於公告時並應通知土地管理機關或土地所有人。如行政機關於六十八年間公告前開土地為山坡地保護區後，未通知土地所有人，且該土地登記簿謄本之「編定使用種類」欄，又係空白，上訴人自無從知悉該土地係山坡地或保護區，則上訴人經土地所有人同意，誤在該土地上搭蓋廟宇，其情顯有可原，因而聲請向桃園縣地政局調閱相關資料，查明主管機關於公告前開土地為山坡地及保護區後，有無通知該土地所有人等語。上訴人選任之辯護人，亦先後兩次以言詞聲請為上開之調查。第一審法院未予置理，原審亦仍不為調查，遽行判決，復未在判決內說明無調查必要之理由，顯有應於審判期日調查之證據而未予調查之違背法令。…」請參照最高法院 89 年度台上字第 5172 號判決。

airiti

空了具正當理由且無可避免的除外規定。

五、本文見解及對策提出

㈠植入「違法性意識之可能性」之概念

行為人內心規範意識之形成，是從出生至成長將「什麼行為可以做、什麼行為不得做」之意識概念規訓化的漫長歷程，即便從客觀、中立、公平之裁判者立場加以檢視行為人有無「給予行為人形成行為決意時，遵循法規範的動機因素」或者「有無形成作用於行為意思之反對動機」，也可能囿於裁判者自身經驗以及價值觀點而無法感知到行為人的規範意識，尤其若是裁判者與行為人兩者間，分別接受不同歷史、文化、傳統習俗與價值觀洗禮的情形，單向地立於裁判者之觀點檢視行為人有無刑責，也有可能作成實質上有欠公平之虞的決斷，從而，最高法院之指標性判決宣示：事實審法院審理原住民族違犯刑罰之案件時，不能完全立於非原住民族之觀點，而與非原住民之行為同視，換句話說，裁判者應當將自己置於行為人之立場，設想其處境而作成決斷。再者，行為人作成行為決意時形成遵循法規範之意識，本質上即是「違法性意識」的概念，而若要檢視行為人是否具有違法性意識，則勢必要著眼於環繞在行為人周邊之客觀因素，而此些促使行為人形成遵法意識之因素，即是行為人之「年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別、生活環境」，此則為本文前述「違法性意識之可能性」的實質概念。

刑法規範設定之前提雖係假設行為人本身是自由作成行為決意的狀態，由於行為人實行之違法行為否定了禁止規範所宣示之評價，造成法秩序之動盪，從而國家發動刑罰權予以制裁恢復法秩序，但依 *Niklas Luhmann* 之「功能結構系統論」觀察，若以行為人自身作為系統，現實世界中即使行為人作成之行為決意是自由的，系統外所處之環境也可能是並非行為人所能掌控，換言之對行為人而言是不自由的，行為人受到系統外環境之刺激而於系統內自我再製，即是行為人主觀念頭之意識、價值觀之形成，始終和其身處之社會系統結構無法完全脫鉤，而最高法院也點明因歷史、文化脈絡不同的結構性因素，進而要求在依相關法律踐行保障原住民族之基本權利，促進其生存發展時，自應尊重其傳統習俗、文化及價值觀，且依原基法第 19 條之規定，原住民基於傳統文化、祭儀或自用等需求，非因營利，以自製獵槍從事獵捕野生動物即屬其基本權利。是以，為能延續最高法院所闡明之意旨並予以活用，本文以為在認定「有、無」違法性意識之概念時，容易流於「非無即有」之判斷，因而若為求迅速認定時，則可能採取一律等同視之抽象評價模式（如以踐行查詢義務作為前提），惟採取抽象評價模式雖較容易迅速地判斷，但如前所述，過於強調整體、劃一之標準，恐扼傷追求個案正義之可能性。爰此，本文認為在行為人提出刑法第

airiti

16 條之抗辯時，或許方法論上可植入「違法性意識之可能性」概念，並以該概念作為實質判斷行為人「有 / 無」違法性意識時之緩衝地帶，功能猶如車輛行進時之煞車來令片，用以作為維繫法秩序時可能對個案產生不合理、不公平之情形的調節閥，而不宜判斷刑法第 16 條過於形式化，避免窄化位於責任判斷之違法性意識的概念運用。

㈡符合責任主義原則之個案具體審查

1. 類型化之平均人標準與能力區分標準

避免採取「平均人標準」失之過酷，實務見解如前述業已提出解決之參考方法，亦即「類如善良管理人之注意義務」[106] 之概念，該「類如善良管理人之注意義務」之看法，可揣測係為了更加明確化違法性意識之標準，借用了民事法區分過失門檻之分層概念，而學說多認謂「善良管理人之注意義務」係通常合理人之注意義務，屬於一般客觀化或類型化之過失標準 [107]。亦即實務見解或許為了避免採取平均人標準有違反個人責任原則之虞，但又慮及逕自採取行為人標準，則恐造成弱化刑法法益保護維護法秩序之機能，因而提出了「類如」、「類似」平均人的概念，而強調是屬於分門別類之類型化後各類型中之平均人。

若能嚴守「類型化後各類型中之平均人」之概念，區分不同年齡階層、智識水準、職業類別等因素，裁判者或許亦能融入最高法院指標性判決所揭櫫之意旨，進行實質、具體判斷，該「類如」似仍柔軟地保留某種程度讓事實審法院得依個案情形進行決斷的空間。惟由於「善良管理人之注意義務」對於適用法律之專家而言，概念內容過於鮮明，恐與客觀平均人標準作直接聯想，並且「類如」之用語，雖然文義解釋可認為「A 類似 B」表示「A 不等同於 B」，但更多地可能性會被認為係「A 類似 B」等同「A 趨近於 B」，並且「注意義務」之內涵若過度以「查證義務」作為前提，心證判斷上則該標準恐會愈益趨近平均人之客觀標準。

與其如此，不如正視「類如善良管理人之注意義務」的概念，於借用民事法之概念至刑事法體系，宜考量刑事法體系之特殊性而加以轉化後予之援用，該概念內涵強調行為人具有某種職業身分、參與某種活動或者某年齡層之智識能力，本意上或仍有因應不同類型作成不同判斷之機會，並且應著眼於「事件」、「職業」，並言明並非需同一標準，無異於從「年齡」「事件種類」、「職業類別」著眼行為人「智識能力」，如此一來其本身屬於「能力區分說之亞型」，從而直接還原採取「能力區分說」之標準即可，但所謂「能力區分說」之標準並非單純的行為人標準，僅以行為人陳稱之供述內容為準，而是在基於

106 最高法院 100 年度台上字第 156 號判決。

107 王澤鑑，侵權行為法：基本理論之一般侵權行為，頁 296，自版，2003 年 10 月。

airiti

「國家」和「行為人」間之緊張關係下，裁判者置於行為人之立場，檢視可能形成行為人實行行為決意時之客觀因素，藉以判斷行為人主觀是否具有行為時遵循法規範之動機因素，即「違法性意識之可能性」，進而認定行為人有無違法性意識。

2.能力區分脈絡下之階段性審查

進行能力區分標準判斷時之首要階段，裁判者應慮及「國家」與「行為人」之間的緊張關係，以置於行為人之立場透過「行為人之年齡身分、智識程度、職業類別及生活環境」之認定行為人行為決意時有無遵循法規範的動機因素，藉由環繞在行為人周邊之客觀因素，檢視行為人是否可能因為此些客觀因素在作成行為決意時，具有足以喚醒行為人依法規範採取合法行為之反對動機，並且為避免刑法第 16 條反而令每個人具有潛在不作為犯之風險，並不逕以行為人是否踐行查證義務作為前提。

於第一階段判斷時，若客觀上之判斷因素不足以喚醒行為人之反對動機，則認定「欠缺違法性意識之可能性」，而分流至刑法第 16 條「欠缺違法性意識」之阻卻刑事責任的類型；反之，如果認定能夠從該客觀因素喚醒行為人之反對動機時，則需進一步檢視行為人是否有因此主動或被動地接收了某些資訊，或者行為人本身主張曾經接受過之資訊因而決意作成行為。蓋通常能夠喚醒反對動機之行為人，或多或少都是基於某種資訊（傳聞、知識或經驗）的內容，決意選擇作成該行為，是於第二階段則須檢視資訊之來源。

知悉行為人之資訊來源後，則緊接著要判斷行為人可否信賴該資訊來源決意作成該行為，此乃係第二階段應該判斷之內容，若該資訊來源足以作為行為人決意之依據等情，則亦認定為「欠缺違法性意識之可能性」，而分流至刑法第 16 條「無違法性意識」之阻卻刑事責任的類型；反之，若是該資訊來源不足以作為信賴之依據，則因行為人周邊之客觀因素認定行為人足以喚起反對動機，但因決意形成過程中之介入之資訊，不足以支撐行為人主張欠缺違法性意識之可能性，則需在「有、無違法性意識」之認定上，分流至「有違法性意識」，但由於能力區別標準並非單純地採取行為人標準，而是要納入「國家」、「行為人」間之緊張關係，因而特殊情形之遵循法規範意識的客觀因素，在進行階段式審查時亦應加以審酌，例如：〇1、考量國家方面是否踐行公平性之通知，使得規範意識得以沁入行為人之心理系統；〇2、國家機關是否盡可能地透過各種管道宣傳法令規範，讓人民能夠普遍地週知何種行為受到法令禁止；〇3、行為人若曾經具有同樣類型之前案紀錄，不問是否該當刑法第 47 條之累犯、前案是緩起訴處分、不起訴處分或有罪判決、有罪但減輕或緩刑等情形，蓋通常經歷過偵查、審判程序，亦會感知到何種行為受到法規範所禁止。

並且，同樣地思考「國家」、「行為人」間之緊張關係，最後部分之第三階段，雖然有違法性意識，但仍需回顧前開流程，即第一、二階段所判斷內容是否存有得減輕其刑之

airiti

情節，由於現實社會中存在系統性之結構因素，此部分須納入集體性人權概念之重視，亦即歷史、文化、傳統習俗之不同所導致之價值觀、規範意識不同等情，尤其是國家運用立法的方式介入，改變了某些族群原先習以為常的生活模式，如已影響行為人主觀上價值觀、規範意識而有認其非難程度較低等情節者，依照刑法第 16 條但書規定減輕其刑；反之，未達非難程度較低之情況，仍具有違法性意識，而是普遍存在社會系統內難以處理之結構性問題時，則應考量該結構性因素[108]造成犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，則以刑法第 59 條予以減輕其刑。

㈢法規範衝突之風險應歸責於國家

回到原住民族基於傳統文化、祭儀或自用之目的，在原住民族地區，未經許可實行狩獵之行為的爭議問題，在現行司法系統所採取之處理模式最終均適用野動法，依照野動法第 21 條之 1 第 2 項在未經主管機關許可的情況下，均會被認定係違法行為，從而原住民族之行為人主觀上對於實行之狩獵行為及獵得之野生動物等客觀事實之認識沒有疑問，有疑問的是原住民族行為人認為基於其傳統文化、祭儀或自用，此本就歷史、文化、傳統習俗以及價值觀之一部分，因而在原住民族行為人決意行為時是否欠缺了遵循法規範的動機，則是責任階層中「違法性意識」之問題，而進入是否具有「違法性意識之可能性」的階段性審查。

而在階段性審查時，因為原住民族行為人之「年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別及生活環境」等客觀因素，倘若審酌時發現原住民族行為人年邁、成長歷程多在原住民族部落中，並未接受國民教育、不能理解漢語之意思，且亦無職業，生活環境與外界資訊隔絕，考量其周邊之客觀因素幾無可能喚醒該行為人之遵法意識的反對動機，或宜認其

108 按所謂結構性之因素，其實不僅存在與原住民族相關之特殊犯罪類型，即便是一般犯罪類型，亦有加以考量進而適用刑法第 59 條之可能性。例如：花蓮地方法院 102 年度原花交簡字第 209 號刑事判決：「……被告現年 31 歲，為平地原住民排灣族，出生於臺東縣、其所居住之花蓮縣吉安鄉，地理環境並未等同人口稠密的都會區，而被告本身所受之國民義務教育僅達國中畢業之程度，對於立法者欲以重刑嚴罰方式達到減少酒駕造成人身傷亡之意旨，囿於經年累月的成長背景、文化以及環境因素，難以立即於其內心的心理系統層面形成一定程度的規範意識。…原住民文化及生活習慣受到社會政經結構因素影響之問題，亦即非原住民文化系統之一般人對於原住民愛飲酒的刻板印象，實係存在國家對於酒類採行公賣制度、資本主義市場系統的強勢行銷運作以及原住民與其家族親友間行為網絡等因素之影響，促使原住民飲酒的文化習慣，從傳統神聖祭典儀式性文化轉變成現代社會所認知的日常世俗性生活的行為文化，而此原住民習以為常的飲酒行為，在現今社會政經結構處於弱勢的環境中，亦帶有面對現今社會結構中強勢的文化以及法律規範採取自我逃避的意涵。爰此，衡酌上開被告之生長背景、經社地位以及文化衝擊等因素，在客觀上應足以引起一般人之同情，確有法重情輕之失衡情狀，爰依刑法第 59 條之規定，就其前揭酒後駕車犯行，予以減輕其刑。……」。相同見解另請參照花蓮地方法院 102 年度原花交簡字第 204 號刑事判決、103 年度原花交簡字第 449 號刑事判決。

airiti

欠缺違法性意識之可能性，進而認定符合刑法第 16 條具正當理由且無可避免之阻卻責任的情形；反之，若是「年齡身分、精神狀態、智識程度、職業類別及生活環境」等客觀因素有足以喚醒行為人之遵法意識的反對動機，則必須要檢視其所依憑之資訊，如本文前開所述，行為人若僅是消極、單純地主張不知禁止規範，除在特別情況外，因不知法律不能免責之法理，實屬無效之辯解；而若是積極地主張誤信法規範所容許，則同屬階段性審查過程中，裁判者須檢視該介入行為決意過程之資訊是否足茲信賴，而一般而言，法規、判例、公家機關之官方見解均有做為信賴之基礎。

職此，對於原住民族之行為人倘若主張積極、誤信原基法第 19 條規定容許原住民族在原住民族地區，只要非營利，基於傳統文化、祭儀或自用均得獵捕野生動物者，原基法第 19 條並未規範經主管機關許可，則有作為信賴基礎之機會；同理，在經主觀機關許可，卻是出於自用目的者理論上亦同，但此乃涉及行為人當初是以何種理由（傳統文化或祭儀目的）提出申請，並且為何以傳統文化、祭儀作出規避之疑問，所以常見之情形應係誤信不用經許可之情形。當然，司法系統透過釋義學之解釋途徑，以原基法第 19 條「依法」連結至「依野動法」，或者以野動法是特別法、原基法是普通法，依「特別法優先於普通法」原則，解決具體個案之法規範衝突，但對於行為人責任階層中「違法性意識之可能性」的判斷，除非審酌該原住民族行為人之「年齡身分、智識程度、職業類別及生活環境」等客觀因素，或者具有特殊之情形，可以認定其能夠感知、理解具專業性之法律解釋方法外，實難期待原住民族行為人能夠理解除了法條文義之外，更進一步地理解法律釋義學；並且依照外國立法例，行為人誤信原本有效之法規仍為有效，卻不知該法規已被認為無效或者是錯誤的情形，仍可作為信賴之依據，原基法第 19 條並非無效、錯誤，卻因釋義方式之採用產生實質凍結原基法第 19 條之效應，該仍有效之成文法亦應可作為主張信賴的依據；倘若不得主張信賴，則是將原住民族行為人所不能理解之風險悉數交由行為人自行承擔，則立法機關制定原基法第 19 條時之良善美意均無從實現，反而如同以法律規範埋下陷阱般地等待原住民族誤觸，則恐令尊重多元價值之原住民族之法律規範變成壓縮原住民族多元文化價值觀的道具，誠有違反集體性人權之疑慮[109]；何況，原基法第 19 條於民國 94 年 2 月

109 按 *Monica Chuji*（Tukui shimi 財團人權部長、原厄瓜多制憲議會議員）認為考量個人和社群及自然間之關係，彼此之間的調和關係應保持一定的調節，從法律層面來看，則是將具有習慣法拘束力反映在法規範之中為必要；又 *Eckart Klein*（德國波茲坦大學法學院教授、原聯合國人權委員會委員）認為：人權應該以人類彼此間之相互作用的文脈加以理解，以尊重他人之人性尊嚴為必要，而為了確保其尊重而有必要以法律加以保障，人性尊嚴是要求承認能讓「自我之主體性」獲得發展的人類自由，不能恣意地限制人性尊嚴。請參照角田猛之、市原靖久、木村光豪，翻訳，「人類の伝統的価値観と人権」，頁 37-38，関西大学法学論集，第 64 巻第 1 号，2014 年 5 月 10 日。但若如今立法機關制定之法律規範間具有規範

airiti

5 日公布施行至今業已 9 年，立法機關依舊未處理其與野動法第 21 條之 1 間的法規範衝突之適用問題，衡酌立法機關制定法律後，所具有法律合法性之推定，並且透過立法機關制定之法規範具有一定讓人民依循的信賴基礎，此種修法怠惰所造成原住民族行為人涉犯刑罰之風險，不宜由原住民族行為人加以承擔，應將風險歸責於國家。

㈣司法、立法與行政系統之對策

綜上所述，本文雖主張立法機關造成之法規範衝突風險應歸責於國家，但在現代社會架構下，法律概念多透過義務教育、法律扶助等機制加以傳遞，讓國民知悉其在法律上所擁有之權利，此法化現象本身具有兩面刃之效力，面對擁有龐大資源的國家，亦可能以法化之手段深入原住民族之生活環境，即全面性廣泛地宣傳「原住民族狩獵亦需經主管機關許可，不然會觸犯野動法」或「原住民族狩獵僅能基於傳統文化、祭儀」等語，或者藉由提供法律扶助讓原住民族除了解法條表面文義外，更進一步理解司法實務運作模式等各式各樣的方式，促成原住民族具有違法性意識之可能性的客觀因素，杜絕階段性審查第二階段主張積極、誤信法規的可能性，然而如此則非尊重多元文化、價值觀點，反倒拙劣地近似早已被國際人權公約所捨棄之同化政策，而鄰國日本札幌地方裁判所作成之二風谷判決，承認阿依奴族享有國際公約之文化權，並以裁判先行方式影響立法作為[110]等例可資作為我國之借鏡。

可茲解決之方法，或許可從司法、立法、行政三個系統來加以尋求。以司法系統而言，欲解決原基法和野動法問題應依【司馬庫斯櫸木案】、【排灣族後膛獵槍案】由最高法院所作成指標性判決之精神為主軸，並體認刑法第 16 條之爭議問題，解釋上放寬刑法第 16 條之適用標準，以「違法性意識之可能性」作為法規範衝突時之調節閥裝置，由事實審法院具體個案進行審慎之判斷，或許可以在結構中撐起足以喘息的空間。但即便如此，原住民族之行為人均需歷經漫長之偵查與審判的程序，飽受程序上之不利益。

爰此，釜底抽薪之計，應是著眼於立法系統與行政系統，立法者應理解長期性的修法怠惰，放任法規範衝突則會造成原住民族誤罹刑章之風險，應盡速調整原基法與野動法之衝突，以現行法規範之架構下，無論是基於傳統文化或祭儀之目的，均仍需經申請得主管

衝突矛盾，且立法機關置之不理的話，則原住民族恐屢屢受到野動法之刑罰規範加以處罰，則原本用以保護多元價值觀點之法律規範，卻弔詭地變成促使行為人誤觸野動法的法網，並從誤觸野動法之過程中感知、理解所謂主流價值的遵法意識，則將侵害原住民族自我主體性、價值觀點與集體性人權，也無助於各族群間共存共榮、維護多元文化。

110 關於二風谷判決之影響，及如何以文化權之展開作為說服主流社會策略之詳細論述，請參照吳豪人，「文化權做為一種複合性權利：以日本阿依努族文化權發展史為例」，頁 1-29，台灣原住民族研究季刊第 4 卷第 3 期，2011 年。

airiti

機關之許可，從而若將非營利之「自用」規範於野動法第 21 條之 1 第 1 項與該管理辦法中，只要主管機關能適切地把關則應無違反野動法之立法目的。惟必須強調的是，並非僅是立法增訂「自用」後而無須任何配套措施，制定原民狩獵管理辦法之行政主管機關，應正視該管理辦法附表存在諸多疏失之處，例如：〇1、未給予野生動物休養生息之期間，與立法者所言及之原住民族狩獵屬於季節性活動的傳統智慧相悖，〇2、並未規範管理原住民族地區生態環境內野生動物之數量，以及〇3、欠缺明確規範低於多少數量之野生動物類型不得狩獵，或者雌、雄比例失衡造成物種多樣性難以維持時，不能對該物種進行狩獵的專業性認定說明等情形。是以，行政主管機關應就該管理辦法附表得狩獵之季節與可狩獵之野生動物類型，重新思考並與原住民族主管機關溝通並加以調整管理辦法，以期立法、行政系統相互地調整後，能解消原住民族因法規範衝突所帶來之刑罰風險，能夠真正地維繫法系統內部之多元價值觀。

airiti

參考文獻

一、中文文獻

王澤鑑，侵權行為法：基本理論之一般侵權行為，自版，2003 年 10 月。

甘添貴，「違法性認識與正當理由」，月旦法學雜誌第 1 期，1995 年 5 月。

古承宗，「第三人之禁止錯誤與資訊風險」，成大法學第 19 期，2009 年 12 月 7 日。

李建良，「淺說原住民族的憲法權利-若干初探性的想法」，台灣本土法學第 47 期，2003 年 6 月。

李震山，多元、寬容與人權保障-以憲法為列舉權之保障為中心，元照，2007 年 9 月。

余振華，刑法總論，三民，2013 年 10 月修訂二版。

吳豪人，「文化權做為一種複合性權利：以日本阿依努族文化權發展史為例」，台灣原住民族研究季刊第 4 卷第 3 期，2011 年

林山田，「行政刑法與行政犯之辯正」，法令月刊第 40 卷第 9 期，1989 年 9 月。林山田，刑法通論（上），作者自版，2008 年 1 月。

施正鋒、吳珮瑛，「原住民族的環境權」，台灣原住民族研究論叢，創刊號，2007 年 6 月。

施正鋒、吳珮瑛，「澳洲原住民族的漁獲權」，台灣原住民族研究學報第 1 卷第 2 期，2011 年。

倪貴榮，「自由貿易與環境保護之調和-兼論我國在該議題之地位與策略」，收錄於「貿易、環境與公共健康—全球治理與在地化需求之調和」，元照出版，2006 年 11 月。

張麗卿，「無法避免的禁止錯誤」，台灣本土法學第 73 期，2005 年 8 月。

陳貞如，「買賣奇珍異獸罰不罰」，月旦法學雜誌第 197 期，2011 年 10 月。

陳子平，刑法總論，元照，2008 年 9 月。

黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2012 年 3 月。

蔡志偉(Awi Mona)，「從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展」，臺大法學論叢第 40 卷特刊，2011 年 10 月。

裴家騏，「魯凱族的狩獵知識與文化-傳統生態知識的價值」，台灣原住民研究論叢第 8 期，2010 年 12 月。

Will Kymlica 著，鄧紅風譯，「少數群體之權利-民族主義、多元文化主義與公民權」，左岸文化，2004 年 10 月。

網路資料

立法院全球法律資訊網，http://glin.ly.gov.tw/web/nationalLegal.do?isChinese=true&method=

airiti

legalHtml&id=483，。
台邦・撒沙勒，「尋找失落的箭矢-原住民狩獵文化的思辨」，行政院原住民族委員會網站，http://ihc.apc.gov.tw/Journals.php? pid=606&id=629。
行政院農委會林務局網站，http://conservation.forest.gov.tw/ct.asp? xItem=60382&ctNode=193&mp=10。
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附表，行政院農委會林務局自然保育網，http://conservation.forest.gov.tw/ct.asp? xItem=60382&ctNode=193&mp=10。
謝世忠，「虛實之間的民族史-愛努人之『歷史』與歷史記憶」，http://ppt.cc/rpdb。

二、日文文獻

一原亜貴子，「違法性の錯誤と負担の分配㈠」， 関西大学法学論集 53 巻 6 号 2004 年 2 月。
一原亜貴子，「違法性の錯誤と負担の分配㈡」， 関西大学法学論集 54 巻 1 号，2004 年 6 月。
山口厚，「ケース＆プロブレム刑法総論」，弘文堂，平成 20 年 4 月 15 日。
山口厚，刑法総論，有斐閣，平成 17 年 2 月 20 日。
川端博，刑法総論講義，成文堂，平成 25 年 4 月 1 日第 3 版第 1 刷。
川端博，「責任論と責任主義についての覚書」，收錄於「立石二六先生古稀祝賀論文集」，成文堂，2010 年 7 月 20 日。
川口浩一， 「『鳥獣の保護及び狩猟の適正化に関する法律』罰則規定の注釈(上)」，関西大学法学論集第 57 巻 3 号，平成 25 年(2013 年)1 月。
石井徹哉，「責任判断としての違法性の意識の可能性」，早稲田法学会誌 44 巻， 1994 年。
平松 紘、申惠丰、Gerald Paul McAlin，「ニュージランド先住民マオリの人権と文化」，明石書店，2000 年。
西原春夫譯，イェシェック、ヴァイゲンド(Jescheck、Weigend)「ドイツ刑法総論」，1999 年 4 月 10 日。
安田拓人，「回避しえた責任無能力状態における故意の犯行について(2.完)」，法学論叢 142 巻 2 号，1997 年。
安田拓人，「錯誤論（下）」，法学教室 274 号，2003 年。
角田猛之、市原靖久、木村光豪，翻訳，「人類の伝統的価値観と人権」，関西大学法学論集，第 64 巻第 1 号，2014 年 5 月 10 日。
長井長信，「違法性の意識に関する一考察―その認識を中心として」，北大法学第 36 巻第 3 号，1985 年 10 月 15 日。
林 弘正，「相当な理由に基づく違法性の錯誤」，成文堂，2012 年 3 月 19 日初版第 1 刷。

airiti

松原久利，「違法性の錯誤と違法性の意識の可能性」，成文堂，2006 年 6 月 1 日。
松原久利，「違法性の意識」，收錄於川端博、浅田和茂、山口厚、井田良編，「理論刑法学の探究⑵」，成文堂，2009 年 6 月 10 日初版
重井輝忠，「違法性の意識と責任非難」，阪大法学 49 巻 1 号，1999 年。
重井輝忠，「違法性の意識における重層構造－百円礼模造事件を素材とし－」，阪大法学 49 巻 2 号，1999 年。
高山佳奈子，「故意と違法性の意識」，有斐閣，1999 年 4 月 30 日，初版一刷。
高橋則夫、伊東研祐、井田 良、杉田宗久，「法科大学院テキスト 刑法総論」，日本評論社，2007 年 10 月 25 日。
野林厚志，「台湾原住民族の狩猟方法-日本統治時代の資料から」，收錄於「開かれた系としての狩猟採集社会」，2002 年。
Niklas Luhmann 著，大庭 健、正村俊之譯，「信頼-社会的な複雑性の縮減メカニズム」，勁草書房，2007 年 6 月 15 日。

網站資料

日本環境省網站，http://www.env.go.jp/nature/choju/law/law1-2/index.html。
日本國會圖書館網站，http://kindai.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/787996/24。

三、英文文獻

Annemieke Verseveld, Mistake of Law, T. M. C. Asser Press, 2012(Aug 28, 2012).

airiti

Searching the cushion of norms conflict between The Indigenous Peoples Basic Law and Wildlife Conservation Act -Analysis from the possibility of consciousness of wrongfulness

Chih-Chiang Wu*

ABSTRACT

The protection of legal interest and human right are indispensable function in criminal law system. However, the seesaw of legal interest and human right doesn't merely be found in the typal crime of criminal law. It also be found in the norms conflict of the Indigenous Peoples Basic Law and Wildlife Conservation Act. Although, the Indigenous Peoples Basic Law Aritcle 19 implemented on February 5th, 2005 and Wildlife Conservation Act Aritcle updated 21-1 on February 4th,2004 are sufficient to demonstrate that the legislators want to maintain the survival and culture of the Indigenous Peoples through the enactment of such norms, the path of lawful hermeneutics in judicial system tight the purpose. "Based on traditional Aboriginal culture and rituals require the use of hunting wild animals managentment approach" enacted on June 6th, 2012 also have inconsistency betwwen the Indigenous Peoples Basic Law and Wildlife Conservation Act. The risk of norms conflict may sustain derivative criminal cases for indigenous peoples and the norms conflict cause indigenous peoples in helpless predicament. Thus, this article use the possibility of consciousness of unlawfulness an element of culpability to be the requlating valve of norms conflict which could hold more space of cushion. In order to find a chance for administrative system and legislative system to adjust existing norms conflict.

Keywords: consciousness of unlawfulness(das Unrechtsbe wußtsein / die Unrechtseinsucht / das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit), the possibility of consciousness of unlawfulness, ignorance of law, mistake of law, personal use, hunting, culpability, difference of capability

---

* Taiwan Hualien District Court judge.
A doctoral student of College of Law, National Taiwan University.