



新興法律問題學術研討會

原住民族基本法之司法實踐 －以刑法規範與文化衝突為中心

◀◀◀ 鄭皓文*

目次

壹、前言	四、臺灣高等法院高雄分院101年度選上更(一)字第11號判決
貳、判決簡介－以最高法院101年度台上字第5528號判決及其歷審判決為例	五、最高法院101年度台上字第5528號判決
一、臺灣高雄地方法院100年度選訴字第5號判決	參、判決評釋
二、臺灣高等法院高雄分院100年度選上訴字第32號判決	一、原住民文化與政治參與權
三、最高法院101年度台上字第1643號判決	二、原住民族基本法之適用可能
	肆、結論
	附錄

壹、前言

目前幾個原住民族人權被關心的領域為「土地權與原住民族國家簽訂的條約」、「強制遷離及文化滅絕問題」、「經濟及社會邊緣化及政治代議權」、「失業及貧窮問題」、「衛生環境、教育落後及民族教育問題」、「原住民族智慧及文化財產的保護」¹。

原住民族基本法於民國94年2月5日公布施行，其中第1條規定：「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，特制定本法」，同年6月憲法增修條文第10條第11項與第12項前段分別規定：「國

家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」（第11項）「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」²（第12項前段），皆對於原住民族權利保障予以明文化有很大的貢獻。

相較於憲法增修條文，原住民族基本法對於原住民族權利之保護與保障都更加的具體化。筆者以「原住民族基本法」為關鍵字，搜尋各級法院刑事判決，其結果³可知，主要涉及的案件還是以違反森林法（共8筆）、槍砲彈藥刀械管制條例（共7筆）、野生動物保育

* 法務部司法官訓練所第53期學員。本文曾發表於法務部司法官訓練所於102年3月28日舉辦之「新興法律問題學術研討會」，並經主持人林輝煌所長及與談人蔡志偉教授惠予指導，惟本文文責仍由作者自負。

1 高德義，《解構與重構--原住民族人權與自治》，〈從殖民、同化到自決--全球原住民族的危機與轉機〉，東華大學原住民族學院出版，頁17。

2 有關原住民族如何爭取原住民族條款入憲的始末，參見李建良，淺說原住民族的憲法權利--若干初探性的想法，台灣本土法學雜誌第47期。有關該條文入憲對於原住民族權利保障之現實義意的討論，參見林明昕，公法學的開拓線--理論、實務與體系的建構，〈原住民族地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？〉，元照出版。

3 搜尋結果見附錄。



法（共8筆）為主⁴。然而，這樣司法實務的發展，對於上述有關原住民族人權的重要議題，是否因相關法的制定而有所進步則有疑問。固然於上開三法的運用下應合理考量原住民之文化與習慣法⁵，然而應該認識的是，欲達成對於原住民族人權保障，不應以此為限。

刑法規範與原住民族文化衝突的部分，其實當然不侷限於上開幾個法領域的面向。其實就原住民族怎麼參與選舉活動，也有這個問題。原住民族特有分享喝酒的文化及殺豬文化⁶，常會因而與賄選牽扯不清⁷。然而國家用以規範選舉與被選舉之法律，即為公職人員選舉罷免法，在這樣一部看似非常中立之法律中，是否亦與原住民族文化有所衝突之處，實值探討。是以，本文嘗試以一則原住民違反公職人員選舉罷免法之判決為例，探討原住民族基本法有關的司法實踐程序中，其文化與政治參與權之互動關係為何，以期透過不同的角度，探討刑法規範是否與如何回應原住民族文化。

貳、判決簡介—以最高法院101年度台上字第5528號判決及其歷審判決為例

最高法院101年度台上字第5528號判決前後歷經臺灣高雄地方法院100年選訴字第5號判決，臺灣高等法院高雄分院100年選上訴字第32號判決，101年台上字第1643號判決，臺灣高等法院高雄分院101年選上更(一)字第11號判決。

一、臺灣高雄地方法院100年選訴字第5號判決

主 文

謝文明犯公職人員選舉罷免法第九十七條第一項之期約賄賂罪，處有期徒刑壹年柒月，併科罰金新台幣壹佰萬元，罰金如易服勞役，以新台幣參仟元折算壹日，褫奪公權肆年。未扣案之期約賄賂新臺幣伍萬元沒收入。

吳志強犯公職人員選舉罷免法第九十七條第二項之期約賄賂罪，處有期徒刑拾月，併科罰金新台幣伍拾萬元，罰金如易服勞役，以新台幣參仟元折算壹日，褫奪公權肆年。

在此一判決中，法院所認定的事實為：

謝文明、吳志強為表舅、外甥之親戚關係，且毗鄰而居，2人並分別於民國99年9月15日及同年月17日，登記參選縣市合併後之高雄市第一屆桃源區拉芙蘭里里長選舉（選舉投票日為99年11月27日，以下簡稱本屆里選舉），而於99年11月21日高雄市選舉委員會為候選人名單、競選活動期間及每日競選活動起迄時間之公告前，所為後述之行為時均具有該屆里長選舉之候選人資格。緣吳志強於99年9月17日登記參選之當日晚間，雖得知家族會議以吳志強與謝文明票源重疊為由，決議支持謝文明參選之結果，並由家族成員對吳志強進行勸退，而吳志強則自覺本身選情雖不樂觀，惟仍執意參選，又自揣可能落選，為避再支出競選經費，即未再積極從事競選活動，且為免登記參選時所繳納之保證金新台幣5萬元因落選而血本無歸，並期盼謝文明能彌補其所繳5萬元保證

4 其他有關以原住民為中心的司法統計資料，參見高德義，《解構與重構--原住民族人權與自治》，〈司法體系中的原住民--原住民族司法權初探〉，東華大學原住民族學院出版。

5 有關台灣原住民的文化傳統與森林法、野生動物保育法、槍砲彈藥刀械管制條例之犯罪問題，請參見王皇玉，刑罰與社會規訓--台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，第六章〈原住民犯罪的文化困境與除罪化〉，元照出版，頁224-243。

6 原住民賣票買醉？自由時報電子報，最後瀏覽日：2013/4/7http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/mar/2/today-o4.htm

7 原住民慶典殺豬是否賄選添勇：視時機而定。大紀元最後瀏覽日：2013/4/7http://www.epochtimes.com/b5/5/11/2/n1105604.htm

8 尊重原住民族文化，國政分析，最後瀏覽日2013/4/7http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/IA/092/IA-B-092-019.htm



金之損失。而於同年月20日下午2時30分許，偕同林清海至謝美芳住處，並出資500元讓謝美芳購買啤酒後，而與林清海、謝美芳、謝美齡、杜建國等人一同飲酒歡聚，吳志強於酒酣耳熱之際，並自行道出謝文明如果給他（指吳志強）5萬元，吳志強就不參選之想法。嗣後謝文明在得知吳志強曾遭家族勸退情事，且未再積極從事競選活動，竟為圖自己能順利當選，避免票源遭瓜分，遂基於對具有候選人資格期約賄賂而約其放棄競選之犯意，於99年9月30日上午6時30分許，在謝文明住家後方小巷內，表示不問其有否當選，願於選舉完畢後支付5萬元代價，以彌補吳志強為登記參選而繳納保證金之損失，而約使吳志強放棄競選，並請吳志強支持其於該次之競選，吳志強聽聞後隨即應允之，除未於99年10月29日參與候選人號次之抽籤外，復不曾從事任何競選活動，而以此方式放棄競選。

法院之見解：

就證據能力部分：

引用傳聞例外，原則上肯認證據皆有證據能力。

就論罪部分：

首先法院闡明公職人員選舉罷免法第97條第1、2項，將「候選人」與「具有候選人資格者」併列，二者在文義解釋上自有不同，就本條處罰對象增列「具有候選人資格者」是為貫徹防止金錢介入選舉「搓圓仔湯」等之弊端。而僅登記為候選人，但尚未經抽籤及公告程序完成前，應僅具有「候選人資格」，並非「候選人」，是以分別論謝文明犯公職人員選舉罷免法第97條第1項之對於具有候選人資格者，期約賄賂，而約其放棄競選罪；吳志強犯同法第

97條第2項之具有候選人資格者，期約賄賂，而許以放棄競選罪。

就科刑部分：

法院認為吳志強於本院審理時雖否認犯行，惟其曾於警詢中已自白犯行，是應依同法第111條第1項後段減輕其刑。

又被告兩人所犯雖為法定最低刑度均為3年以上有期徒刑，且應併科新台幣200萬元以上之罰金，然而雙方所為期約之賄賂金額僅5萬元，數額非但不高，且亦尚未更進一步達到交付賄賂階段，且被告2人彼此又具表舅、外甥關係，其中被告吳志強因礙於家族之決議結果，致被告2人一時失慮而觸法，及拉芙蘭里之選舉人數僅2百餘人，為屬一小選區，對選民選舉候選人之機會所生侵害之程度尚非鉅大，本院認被告2人犯罪之情狀在客觀上已足以引起一般同情，即予宣告法定最低刑度，猶嫌過重，故被告2人爰均依刑法第59條規定，酌量減輕其刑。

其後法院話鋒一轉，認為「公職人員選舉係民主政治之基石，乃國民意志之彰顯，是以民主國家無不立法嚴禁各種賄選舞弊甚或暴力介入之情事，期能藉公平選舉之制度性保障，體現民意……被告謝文明竟以5萬元代價與被告吳志強期約，作為吳志強不競選及支持之代價，渠等所為均不足取，其中被告謝文明犯後猶飾詞卸責，未見悔意」最後法院兼衡渠等2人智識程度、生活狀況、犯罪動機、手段及吳志強曾於偵查中自白犯行，及不但未能取回所繳之保證金外，更未因此而有何實際上之獲利等一切情狀，分別量處如主文所示之刑，並審酌被告2人身分、教育程度及期約之金額而就所科罰金部分各論知新台幣3,000元為易服勞役之折算標準。



二、臺灣高等法院高雄分院100年選上訴字第32號判決

主 文

上訴駁回。

謝文明、吳志強均緩刑貳年，均緩刑期間付保護管束；謝文明並應向國庫支付新台幣拾萬元，及向社區提供壹佰貳拾小時之義務勞動；吳志強應向國庫支付新台幣陸萬元，及向社區提供捌拾小時之義務勞動。

法院再次認定之事實：同一審

法院之見解：

就證據能力部分：

引用傳聞例外，原則上肯認證據皆有證據能力。

就論罪部分：

與一審判決持相同看法。

就科刑部分：

原則上與一審判決持相同看法，然而另論及謝文明、吳志強2人均無前科，又有親戚關係，所期約賄選之代價僅5萬元，數額不多，情節尚非嚴重。經此次偵、審程序及判刑教訓，當知所警惕而無再犯之虞，因而宣告緩刑2年緩刑期間付保護管束，謝文明應向國庫支付新台幣10萬元，及向社區提供120小時之義務勞動，吳志強應向國庫支付新台幣6萬元，及向社區提供80小時之義務勞動，以啟自新。

三、最高法院101年台上字第1643號判決

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

法院撤銷原判決之理由總結如下：

(一) 公職人員選舉罷免法第97條第1項、第2項，其中所謂「期約」，係指行賄者與受賄者雙方期望而為約定於一定期間內交付賄賂或不正利益，乃就候選人或具有候選人資格者，放棄競選或為一定之競選活動之意思已合致而

尚待交付而言。若該候選人或具有候選人資格者，因其他原因已然放棄競選或為一定之競選活動，縱事後雙方期約交付一定之金錢或利益，除另成立他罪外，尚難論以期約賄選罪。本件吳志強一再堅稱伊於99年9月17日登記參選當晚，即因家族召開緊急會議，反對其繼續參選，家族成員可能投票支持謝文明，伊聽從父母之建議，而保持低調，不再從事競選活動等語。則吳志強於召開家族會議後，有無從事與選舉有關之活動？是否確實已放棄競選？倘如原判決事實所認定，吳志強於與謝文明見面之前同年9月29日，即已未參加候選人號次之抽籤，事後亦未再從事任何競選活動，則其放棄競選，究係因聽從父母、家族成員之命？抑或因與謝文明期約交付賄賂有關？此部皆應予以釐清。

(二) 刑事訴訟法第156條第2項規定，被告或共犯雖經自白，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。本件原判決認定被告等成立犯罪，無非係依據吳志強於警詢或偵查時之自白作為唯一證據，雖證人謝美齡、謝美芳及林清海曾證述，吳志強於99年9月20日飲酒時，曾稱如謝文明給予五萬元，伊就不參選等語，惟至多僅能證明吳志強當時有此想法，不能證明上訴人等日後（即9月30日）確有期約交付賄選。況上開證人等對於吳志強有無提及其欲放棄競選活動，謝文明是否已允諾，甚或已交付5萬元予吳志強等情，彼此證述不一，且有時序上之矛盾。則吳志強片面之陳述是否確與事實相符，原判決並未說明有何其他補強證據可資參酌，僅以吳志強之陳述為唯一證據，認定其與謝文明有期約賄選之行為，自屬違反證據法則。



四、臺灣高等法院高雄分院101年度選上更 (一)字第11號判決

主 文

原判決撤銷。

謝文明、吳志強均無罪。

法院見解認為

(一)公職人員選舉罷免法第97條第1項、第2項其中所謂「期約」，係指行賄者與受賄者雙方期望而為約定於一定期間內交付賄賂或不正当利益，乃就候選人或具有候選人資格者，放棄競選或為一定之競選活動之意思已合致而尚待交付而言。若該候選人或具有候選人資格者，因其他原因已然放棄競選或為一定之競選活動，縱事後雙方期約交付一定之金錢或利益，除另成立他罪外，尚難論以期約賄選罪。

證人吳清吉即吳志強之堂叔於本院前審到庭證稱：吳志強是我們家族成員，吳志強是在登記參選最後一天（9月17日）才去登記的，吳志強的媽媽找我晚上緊急開家族會議，要制止吳志強參選，因為原住民里長選舉是家族選舉，在我們家族中，就算政見很好，都要尊重家族；（當天）晚上6、7點，當時吳志強答應這次競選里長不作任何競選的活動，也答應不選了，吳志強是無條件退選，並未提到保證金之問題，我們家族很小，如果吳志強出來的話，一定會落選，所以吳志強媽媽制止他參選，當天協調吳志強退選，謝文明並未參與，因為他不是我們家族的人，開會協調吳志強退選之事，開完會村里都知道了，謝文明也於開完會後知道此事。

另證人即吳志強家族長輩（堂叔）依曼·依斯理鍛於本院審理中到庭證稱：99年9月17日你們家族知道吳志強有去登記參選時，那天晚上我們在吳志強家裡開了家族會議，我們的決議是我們大部分耆老決定，還是一致決議推選謝文明參選里長，勸退吳志強不要參選；當天我們開家族會議時，吳志強他媽媽和他本人都

有在場，有明確的指示不支持吳志強參選里長；那時候我們家族會議討論結束後，他沒有任何的反應，他的意思只是他已經登記參選了，他也不會去做參選的活動，不做文宣、旗幟。當天開會的時候都沒有講到說要謝文明要給吳志強五萬元的事情；在我們原住民中，我們家族會議的約束力，比如說有爭議性的、論及婚嫁的，重大議決的事情，都是長老、耆老一起聚會討論這個事情作決議，在我們族群中約束力是非常廣泛，從以前的習俗都是這樣，只要家族會議決定的事情，大家都是依照決議去遵循，如果沒有照決議來做，在我們族群裡面，是會比較被排擠的，如果家族會議決議喪失他的權利的話，如果他希望和好的話，我們的習俗是他要宰一隻豬，告訴我們的長老、耆老，表示對決議順從，希望我們接納他，要不然他會永久被排除在族群社會中；那天我們討論的時候，開會到後面的時候吳志強有說他不做活動，不印文宣，不去拜訪，在競選期間他也是這樣。

證人即被告吳志強於原審審理中所證：伊母親有與家族內的人開會，因為家族的人可能會投票給謝文明而造成伊落選，所以聽從父母的意見，伊只是暫時保持低調，並沒有表示不出來選；伊是截止前最後1天即99年9月17日去登記參選，登記後家族就在伊家中開會，伊有參加，謝文明並未參加，開會當天晚上伊就決定保持低調；登記參選後伊都沒有從事競選活動，因為母親說伊與謝文明票源重疊，要伊保持低調；伊就將繳交之保證金當成是損失，因為如果真的從事競選可能損失更大，家族會議不支持伊，伊就知道一定會落選等情相符。

法院因而認為吳志強於家族會議後，確未從事與選舉有關之文宣、旗幟拜訪選民等競選活動，事實上已放棄競選；而其不再從事與選舉有關之文宣、旗幟拜訪選民等競選活動而事實上放棄競選，確係因99年9月17日晚上家族會議之勸退及不支持競選，與「期約交付賄賂」



無涉。

(二) 至於謝文明是否有於99年9月30日上午6時30分許，在住處後方小巷內，口頭告知將於系爭選舉結束後退還伊繳納之保證金5萬元部分，法院認為因證人前後供述不一，互核不符，已難遽信。且該部分事實不得僅以被告自白據以認定，故而認為謝文明、吳志強有公職人員選舉罷免法第97條第1項、第2項之期約賄賂而約放棄競選、許以放棄競選犯行部分，證據不足無法認定。

五、最高法院101年度台上字第5528號判決

主 文

上訴駁回。

法院見解：支持原判決之見解，認為本件上訴顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，應予駁回。

參、判決評釋

一、原住民文化與選舉

所謂原住民族係指其祖先在外來殖民者到來之前即住在該地，又於目前居住的社會非居於統治地位，其文化異於主流社會，且成員間具自我認同感，其身分由該族群自己決定⁹。

文化是有關人或與人相關或人所能想像的經驗知識、靈感知識或感覺知識、理智知

識、性智知識、性智知識的制合知識現象¹⁰。簡而言之，文化就是與人有關而發展出來的現象。文化可以與憲政有關¹¹，而有原住民族的文化權¹²，所指為原住民族在文化層面所享有的人權¹³。而文化層面可以分成廣義的狹義的，廣義的文化，可以指人類與自然有所不同的地方，包括社會關係、活動、知識、以及其他作為；而狹義的文化，是指人類最高的知識性成就，包括音樂、文學、藝術、以及建築。於此，本文所討論的「文化」是採取廣義的說法，並且著重在文化與其參與選舉在實務的運作下所呈現的面貌。

(一) 拉芙蘭里與布農族文化

本件判決中案件所發生的地點在高雄市桃源區的拉芙蘭里。拉芙蘭里是南橫公路進入玉山國家公園前的重要聚落，地處南橫公路106公里處，深藏在中央山脈山麓，里內不過三百餘人，為布農族部落，布農族語稱這兒為「拉芙蘭」(Lafulan)，指的是過去南投信義鄉雙龍村後山的老祖先居住地。拉芙蘭(舊名為「梅蘭」意指蘭花之意，此地多蘭花而定名)，位置散居於拉庫斯溪北側，總面積僅70平方公里，是桃源區境內第三大的部落¹⁴。布農人的聚落以家族為主，少則五、六十人，多則上百人，但平均每個聚落人數約13戶左右，是所有族群中規模最小的¹⁵。在這樣的社會結構下，布農族雖然被認為是相對平權且具有民主理念的民族，其領導人之選舉並不採世襲而是依個

9 參見高德義，《解構與重構--原住民族人權與自治》，〈從殖民、同化到自決--全球原住民族的危機與轉機〉，東華大學原住民族學院出版，頁1。

10 江山，文化與憲政，元照出版，頁11。

11 江山，文化與憲政，元照出版。另有文化差異與憲政設計，參見高德義，《解構與重構--原住民族人權與自治》，〈差異政治與憲政設計--論憲法原住民族專章的規畫〉，東華大學原住民族學院出版，頁185。

12 對文化權之相關介紹，參見參見高德義，《解構與重構--原住民族人權與自治》，〈發展中的原住民族權--國際組織、國際法與原住民族〉，東華大學原住民族學院出版，頁54。就「文化承認之政治」介紹，參見同書「司法體系中的原住民--原住民族司法權初探」，頁103-107。

13 參見施正鋒，台灣原住民研究論叢第三期，原住民族的文化權，民國九十七年六月，頁1-30。

14 有關拉芙蘭里相關資訊，可參見<http://kh.twup.org/kh377/?pn=vhistory>，最後瀏覽日：2013/2/17

15 黃應貴，《東埔社布農人的社會生活》，台北：中央研究院民族學研究所，1992年；靳菱菱，〈文化論述中的權力：從布農文教基金會的文化復振看布農族的權力觀〉，《台灣人類學刊》，第四卷第二期，2006，頁113-149。



人對於團體的貢獻程度的「民主」方式推選，然而其根本的思考仍是無法脫離以「家族」為中心的思考模式。對布農人來說，領導人以民主方式推選目的是為「家族的生存」，必需照顧每一個人生活的基本需求，不是個人自利思考的結果，而且在部落中只有長幼，沒有階級，每個人在家族中都有其任務與分工。領導人的產生是一種心悅誠服、大家都同意的公議過程，其間沒有折衷或讓步¹⁶。是以，要取得領導人位置必須獲得家族無異議認可。

(二) 原住民文化為量刑之因素

第一審法院認定的事實是：「吳志強於登記參選之當日晚間，雖得知家族會議以吳志強與謝文明票源重疊為由，決議支持謝文明參選之結果，並由家族成員對吳志強進行勸退，而吳志強則自覺本身選情雖不樂觀，惟仍執意參選，又自揣可能落選，為避再支出競選經費，即未再積極從事競選活動，且為免登記參選時所繳納之保證金新臺幣5萬元因落選而血本無歸，並期盼謝文明能彌補其所繳5萬元保證金之損失。」並且認定「謝文明在得知吳志強曾遭家族勸退情事，且未再積極從事競選活動，竟為圖自己能順利當選，避免票源遭瓜分，遂基於對具有候選人資格期約賄賂而約其放棄競選之犯意，在謝文明住家後方小巷內，表示不問其有否當選，願於選舉完畢後支付5萬元代價，以彌補吳志強為登記參選而繳納保證金之損失，而約使吳志強放棄競選」

一審法院在事實認定與論述的過程中，並未將吳志強曾遭家族勸退情事當成一個重要的事件，認為即使如此，吳志強還是「執意參選」，而是認為其後謝文明是否有交付5萬元之事實才是吳志強放棄選舉之重點所在。而有關「家族」的因素被考慮的點在於科刑的部分，法院認為「被告彼此具表舅、外甥關係，其中

被告吳志強因礙於家族之決議結果，致被告2人一時失虞而觸法，及拉芙蘭里之選舉人數僅2百餘人，為屬一小選區，對選民選舉候選人之機會所生侵害之程度尚非鉅大」因而酌減其刑。

(三) 原住民文化為「不法」認定的要件

上開見解一直得到支持，直到最高法院於101年台上字第1643號判決中，提到兩個關鍵點，一個是「家族會議」的不支持對於吳志明放棄參選其中的關連性到底多大，另外一個是到底有沒有交付5萬元這件事。即隱含有將原住民不同的文化要素考量在內之意思。

高院在受到最高法院如此之提點之後，101年選上更(一)字第11號判決就針對家族會議的影響力為何加以調查。這一次，法院大大地採信了幾個證人的證言，如：

「吳志強的媽媽找我晚上緊急開家族會議，要制止吳志強參選，因為原住民里長選舉是家族選舉，在我們家族中，就算政見很好，都要尊重家族；（當天）晚上6、7點，當時吳志強答應這次競選里長不作任何競選的活動，也答應不選了，吳志強是無條件退選，並未提到保證金之問題，我們家族很小，如果吳志強出來的話，一定會落選，所以吳志強媽媽制止他參選……謝文明並未參與，因為他不是我們家族的人」、「我們的決議是我們大部分耆老決定，還是一致決議推選謝文明參選里長，勸退吳志強不要參選……在我們原住民中，我們家族會議的約束力，比如說有爭議性的、論及婚嫁的，重大議決的事情，都是長老、耆老一起聚會討論這個事情作決議，在我們族群中約束力是非常廣泛，從以前的習俗都是這樣，只要家族會議決定的事情，大家都是依照決議去遵循，如果沒有照決議來做，在我們族群裡面，是會比較被排擠的，如果家族會議決議喪失他的權利的話，如果他希望和好的話，我們

¹⁶ 參見，靳菱菱，選舉政治與文化轉型：兩個原住民部落的比較研究，中山大學：中國政治學會年會暨學術研討會，2010年11月。



的習俗是他要宰一隻豬，告訴我們的長老、耆老，表示對決議順從，希望我們接納他，要不然他會永久被排除在族群社會中；那天我們討論的時候，開會到後面的時候吳志強有說他不作活動，不印文宣，不去拜訪，在競選期間他也是這樣」。

高院由是提出的見解也獲得最高法院的支持。

在此顯現法院所重視的，好像是一個「因果關係」的問題，主要探討的還是從吳志強客觀行為所表現出來的行為，以認定他是因為什麼原因而不參選。這樣的論述看似是完全中立的而不帶有任何民族色彩，而「家族會議」所扮演的角色，也只是一個可以被任何事件所替換的角色。然而本文認為，正是因為最高法院有了考量原住民文化的想法，所以才認為「家族會議」是是否成立犯罪的關鍵。如果只是單純中立的眼光，如同一審法院所代表的見解，會認為其實有無家族會議的支持與認可，對於參選意願的影響並不重要，既不重要，自然也不會就此一部分深入調查探討，也不會有對於因果關係的懷疑。

(四) 原住民文化與犯罪--違法行為或是其情堪憫？

犯罪為不法且有責之行為，是以行為人之行為除應為不法之評價，亦應為具有罪責之行為。除此之外，再考量整體情況為刑之衡酌。雖行為人之行為欠缺上述要件之一，即非刑法所處罰的對象，然而其不成立犯罪之原因卻彰顯不同之意義。行為被評價與欠缺不法性，表示該行為本身並非不法行為，是以該行為即使非為一個正義或正當的行為，亦非一個侵害法益的行為。行為被評價具有不法性但欠缺有責性時，代表該行為是一個侵害法益的行為，然而因行為人本身欠缺期待其不為此行為之可能性，因而不構成犯罪。亦有行為受評價為不法且具有責性，僅在整個刑法的綜合考量之下，依一般社會觀感，考量行為人的特殊因素，為

刑度之衡酌。

當吾人欲將原住民之文化納入刑法中考量，不使其因為其身為原住民而遭受在法律適用上的不利益。不使其因原住民之文化而影響其身為公民所可具有之參與選舉的權利。從上開判決之分析可知，原住民文化可以納入不法構成要件中為考慮，理論上也可以歸於是否具有期待可能性的部分討論，然而實務上多半是在量刑的部分才考慮。

然而本文以為，只在量刑部分納入考慮，所能考慮之範圍有限，且本質上還是認為該行為是一個不法行為，就其於社會上的宣誓作用，仍存有對於原住民文化的誤解，多少也顯示出一種多數的傲慢。雖就刑法理論中，可能認為在客觀、主觀構成要件及不法意識等「成罪要件」，應避免過度考量不具有統一色彩的他種文化脈絡，而依刑法體系的實證規範處理，以保持其一貫性。但是，在阻卻違法或罪責等事由的層次，因為不會直衝突到根本的體系，則可能可以在這個層次上考量原住民族文化的他種規範關係。然而，本文認為，原住民族文化如欲給予最大的尊重，又在多元文化的思考下，除非在採二階理論下，阻卻違法事由之存在本與構成要件是否該當在同一層次考量，如採三階理論而言，從阻卻違法事由去排除其因文化上的誤會而致生之犯罪，仍有主流與非主流之分別，仍存有多數霸凌之感。

二、原住民族基本法之適用可能

自上開搜尋判決之結果，可知原住民族基本法（下同）目前於司法實務中適用的範圍，多半集中在於其傳統生活方式下，對於森林、野生動物等利用的方式與現行法規範的衝突。然而對於其他部分的文化與生活方式就沒有這麼多的著墨。在本案件中，原住民（布農族）對於家族的重視，與家族會議中所做成的決議對於家族中個人的影響力，與非原住民（布農族），如有家族會議，其家族會議中所做成的決議對於家族中個人的影響力，一定有所不



同。因為重視家族的利益，與尊重家族的決議，為其內部推舉領袖時十分平常的作法，亦為其生活方式之一種。

在國家的選舉制度介入之前，競選頭目一事，本來就是透過內部的討論，與長老們決議，以達成共識。如證人所言：「在我們原住民中，我們家族會議的約束力，比如說有爭議性的、論及婚嫁的，重大議決的事情，都是長老、耆老一起聚會討論這個事情作決議，在我們族群中約束力是非常廣泛，從以前的習俗都是這樣，只要家族會議決定的事情，大家都是依照決議去遵循，如果沒有照決議來做，在我們族群裡面，是會比較被排擠的，如果家族會議決議喪失他的權利的話，如果他希望和好的話，我們的習俗是他要宰一隻豬，告訴我們的長老、耆老，表示對決議順從，希望我們接納他，要不然他會永久被排除在族群社會中」，對於不遵從決議者，透過族人的排擠以達到責罰的效果。然而當國家的選舉制度介入之後，原住民族受家族會議的拘束力不會因而減少，但又多了一個國家所制定法律之拘束力。本案件的情況便是，吳志強在登記參選之後，才發現自己不被家族所支持，並且即遵守家族會議之決議內容不為參選。但這樣的不為競選活動，接著就被質疑為是因為金錢之故而不為競選活動。

原住民族基本法第1條所示之立法目的，包含了「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」等目標，在原住民參與國家所舉辦的選舉活動時，這樣家族與國家之間的衝突，是否有法可用，本文將可能適用的部分分述如下：

第10條：「政府應保存與維護原住民族文化，並輔導文化產業及培育專業人才。」

雖然本條全文依其前後文義似乎著重在於保存與維持具有經濟、藝術意義的「文化」，然而不可否認的是，本條前段中明示政府有保存與維護原住民族文化的義務，而「以家

族為生活中心」，來自於其生活環境與其歷史傳承，也是原住民文化的一種，這樣的民族文化，應於刑事法的適用過程中加以考慮與重視。

第23條：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。」

本條提及原住民族選擇之生活方式、社會經濟組織型態、資源利用方式應予尊重。而尊重家族會議，依其決議決定生活中重大事件就是其所選擇之生活方式，就像現在的其他大多數人選擇了以個人為中心的生活方式一般。而透過選舉參與政治，是更為實際決定社會經濟與資源利用的一種手段。在我們希望最大程度的肯認原住民有自治的權利之際，其實也可以反省的是，在自治的另一面，也就是原住民參與政治時，有關其自治時的那些規則，在討論全體國民的政治參與時，即使不能即依他們的規則辦理，但對於他們的規則與全體有所扞格時，亦應予以尊重，而不逕認此為犯罪。

第28條：「政府對於居住原住民族地區外之原住民，應對其健康、安居、融資、就學、就養、就業、就醫及社會適應等事項給予保障及協助。」

原住民族地區須經政府核可，而居住於原住民族地區以外之原住民，無法主張其享有自治權，其「參與政治」自屬條文所稱「社會適應」，政府就這個部分應給予保障及協助。

雖就現行司法實務中，在原住民有違反公職人員選舉罷免法時，並無引用原住民族基本法為主張或抗辯之先例，然而這並不代表本法的制定與適用只能侷限於現有的部分。本文認為，就本法所揭示的種種遠大目的之下，日後司法實務的發展必有無限的可能性。



肆、結論

原住民族基本法於民國94年2月5日公布施行，然而其主要涉及的案件還是以違反森林法、槍砲彈藥刀械管制條例、野生動物保育法為主。至於有關原住民族如何參與選舉，係直接影響原住民怎麼透過民主機制以實現其主張，落實其權利保障的重要權利，在這方面其文化與刑罰之衝突則沒有被彰顯。本文嘗試以一則原住民違反公職人員選舉罷免法之判決為例，探討原住民族基本法有關的司法實踐程序中，其文化與刑法規範互動關係為何。

本文所選擇之判決涉及公職人員選舉罷免法第97條第1項、第2項如何適用之問題。地院之判決，認為該案件事實中有關原住民文化因素的部分，只涉及量刑的問題，然而這樣的見解並未受到最高法院之支持。最高法院認為有關家族會議的影響力為本案認定因為關係有無之重點，其中實已隱含將此種文化因素納入刑法構成要件討論。

從上開判決之分析可知，原住民文化可以納入不法構成要件中為考慮，理論上也可以歸於是否具有期待可能性的部分討論，然而實務上多半是在量刑的部分才考慮。

然而本文以為，只在量刑部分以納入考慮，其實仍對於原住民文化有所誤解，所顯示出的多數傲慢。且只將原住民族基本上侷限於上開三種案件類型，實有所不足。其他如同法第10條：「政府應保存與維護原住民族文化，並輔導文化產業及培育專業人才。」、第23條：「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。」與第28條：「政府對於居住原住民族地區外之原住民，應對其健康、安居、融資、就學、就養、就業、就醫及社會適應等事項給予保障及協助。」在本法所揭示的種種遠大目的之下，日後司法實務的發展必有無限的可能性。

附錄

以「原住民族基本法」為關鍵字，搜尋各級法院刑事判決，其結果如下：

最高法院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	101, 台上, 1491 (21K)	判決	1010329	違反貪污治罪條例
2.	99, 台上, 6852 (8K)	判決	991104	違反森林法
3.	98, 台上, 7210 (7K)	判決	981203	違反森林法

臺灣高等法院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	99, 上訴, 4376 (39K)	判決	1000906	貪污治罪條例
2.	98, 上更(-), 565 (17K)	判決	990209	違反森林法



臺灣高等法院 臺中分院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	101, 上訴, 1272 (21K)	判決	1010927	違反森林法
2.	100, 上訴, 1884 (18K)	判決	1001207	違反野生動物保育法
3.	99, 上訴, 405 (18K)	判決	990505	侵占

臺灣高等法院 臺南分院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	101, 上訴, 426 (37K)	判決	1010613	違反槍砲彈藥刀械管制條例等

臺灣高等法院 高雄分院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	100, 抗, 259 (10K)	裁定	1001214	聲請再審
2.	100, 抗, 171 (10K)	裁定	1000818	聲請再審
3.	100, 抗, 169 (10K)	裁定	1000818	聲請再審
4.	98, 上訴, 1438 (27K)	判決	990204	違反槍砲彈藥刀械管制條例等

臺灣高等法院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	101, 上訴, 104 (8K)	判決	1010528	違反森林法等
2.	100, 上訴, 252 (25K)	判決	1010323	違反野生動物保育法
3.	99, 上訴, 4376 (39K)	判決	1001020	違反野生動物保育法
4.	99, 上訴, 4376 (39K)	判決	1000131	野生動物保育法
5.	98, 上更, 565 (17K)	判決	990421	傷害致死

臺灣台北地方法院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	98, 訴, 2193 (34K)	判決	991029	貪污

臺灣宜蘭地方法院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	97, 訴, 160 (26K)	判決	971017	違反槍砲彈藥刀械管制條例等

臺灣高等法院 高雄分院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	100, 交簡上, 104 (12K)	判決	1001215	公共危險
2.	100, 竹東簡, 180 (3K)	判決	1001118	違反森林法
3.	100, 交簡上, 53 (10K)	判決	1000825	公共危險
4.	98, 訴, 226 (17K)	判決	990119	傷害致死
5.	96, 易, 4 (15K)	判決	960418	違反森林法



臺灣苗栗地方法院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	96, 苗簡, 941 (4K)	判決	961026	違反森林法

臺灣臺中地方法院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	101, 訴, 2000 (13K)	判決	1011017	違反槍砲彈藥刀械管制條例

臺灣南投地方法院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	101, 投刑簡, 172 (10K)	判決	1010518	違反野生動物保育法
2.	100, 訴, 329 (17K)	判決	1000802	違反野生動物保育法

臺灣嘉義地方法院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	101, 訴, 16 (35K)	判決	1010322	違反槍砲彈藥刀械管制條例等

臺灣高雄地方法院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	100, 聲再, 21 (8K)	裁定	1000928	聲請再審
2.	100, 聲再, 15 (9K)	判決	1000602	聲請再審
3.	100, 聲再, 13 (9K)	判決	1000602	聲請再審

臺灣花蓮地方法院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	101, 簡上, 56 (9K)	判決	1010918	毀損

臺灣臺東地方法院 裁判書--刑事類

序號	裁判字號 (檔案大小)	裁判	裁判日期	裁判案由
1.	101, 重訴, 5 (15K)	判決	1020107	違反槍砲彈藥刀械管制條例
2.	101, 重訴, 4 (18K)	判決	1020107	違反槍砲彈藥刀械管制條例
3.	100, 訴, 71 (20K)	判決	1000519	違反野生動物保育法
4.	100, 簡抗, 1 (9K)	裁定	1000303	聲請再審
5.	94, 訴, 75 (5K)	判決	940630	違反野生動物保育法

資料來源：法源法律網<http://fyjud.lawbank.com.tw/list.aspx>最後瀏覽日2013/2/15