

## 台灣法律史上的原住民族： 作為特殊的人群、地域與法文化\*

王泰升\*\*

〈摘要〉

自古在台灣依其固有法律而生活的原住民族，首遭荷蘭人與西班牙人依歐洲的國際法宣示主權，成為應服從荷蘭領主並受其保護的屬民。鄭氏政權

---

\* 本文的撰寫緣由，須追溯至 1996 年所執行的國科會研究計畫：「台灣原住民的法律地位」（NSC86-2414-H002-005），擬探究歷來政權對原住民族所採取的法律措施，當時自認所提出的相關見解仍不成熟，故其期末報告始終未正式發表，僅在撰寫《台灣法律史概論》時曾部分參考之。受行政院原民會委託而於 2003 年完成的《原住民保留地土地專屬法庭設置研究報告》，首度倡議應在法院內設置原住民專庭，終於在 10 年後的 2013 年為司法院所採納，但該報告中作為立論基礎的關於原住民身分認定、保留地、司法見解分歧等法律議題的論述，卻一直未完整地正式發表。就在整個學界及個人對相關議題所累積的研究成果已較多的情形下，再次嘗試概述歷來政權對原住民族的法律措施，且將同時觀察原住民族固有的法律，與國家法律相互之間的關係。在完成本文後，仍覺得對原住民族自身的法律，亦即一般所稱的原住民族傳統、習慣、習俗等的了解有限，而這恐怕也是現今原住民族相關法令甚或論著所普遍存在的問題，作者在另一文中曾就此闡述其成因及可能的出路。作為現階段的研究成果，在此呈獻給讀者，感謝臺大法學論叢匿名審查人的細心審閱及惠賜指教，一切文責仍由作者自負。本文內容亦曾於 2015 年 5 月 30 日，以英文發表於臺北教育大學教育經營與管理學系、輔仁大學法律學院基法中心、清華大學科技法律研究所主辦的「International Conference on the Prospect and Challenge of Indigenous Legal Institutions」，感謝與會者惠賜卓見，並於會後稍做修飾。

\*\* 國立臺灣大學法律學院教授，國立臺灣大學講座教授，中央研究院臺灣史研究所與法律學研究所合聘研究員。E-mail: tswang@ntu.edu.tw。

• 投稿日：11/27/2014；接受刊登日：06/22/2015。

• 責任校對：劉晏如、詹詠媛、曾子晴。

• DOI:10.6199/NTULJ.2015.44.04.01

基於漢族的觀念，將治下的原住民族特殊化為「番」，且以土牛為界阻隔不受其治理、「非人」的原住民族。作為中原天朝的清朝，將熟番納入版圖並設特區安置之，以與漢人隔離，其後允許漢人承租熟番地，但因一切悉依漢人之法，熟番地最終落入漢人手中、熟番亦被漢化。清朝另以土牛界線隔離處在境外的生番，至 1874 年後始欲治理之，自此生番即一直受漢化威脅。

日治時期進入現代型國家的統治。平埔族人與在台漢人同屬本島人。非平埔族的原住民族被稱為「蕃族」，包括住在蕃地的蕃地蕃人與住在普通行政區域的平地蕃人，且蕃地中僅一小部份是供蕃地蕃人生活的保留地，故高山族原住民族的生活空間及成員均被縮減。高山族原住民的法律紛爭或犯罪與否，除少數的平地蕃人可進入或使用法院外，都由理蕃警察為自由裁量，卻因警察可依習俗為裁斷，高山族原住民反而某程度得依傳統過法律生活。

戰後國民黨政權認為原住民族的特殊性僅是居住於山地，故稱「山地同胞」，在統治機構及統治原則上與台灣其他人群趨向於一致。並依日治時國家所為的身分認定，決定誰是山地同胞、平地山胞，但已不承認平埔族。國民黨一直限縮原住民族的成員資格及生活空間，其法律傳統也不為國家法所看見或尊重。1990 年代修憲後，原住民族成為政治及法律上主體，也有不少法律基於保障原住民族集體性權利而修正或制定，但在執行上仍有缺憾。唯有國家法能適度尊重或納入原住民族法律文化，法的統治才對其有意義。

關鍵詞：原住民族、荷蘭東印度公司、生番、熟番、高山族、平埔族、蕃地、蕃人、山胞、保留地

◆ 目 次 ◆

- 壹、緒言
- 貳、歐洲人殖民地上的臣民
- 參、漢人統治下的特殊人群
- 肆、清朝法律下特殊地域的特殊人群
  - 一、在「境外」的「生番」
  - 二、在版圖內特區的「熟番」
  - 三、熟番從特殊人群到視同漢人
  - 四、生番首度面臨漢化的威脅
- 伍、近代日本法下的同化與特殊化
  - 一、原住民族在國家法上的人群分類
  - 二、對高山族原住民為「特殊」統治的法制
  - 三、高山族原住民的法律傳統有限度的被延續
- 陸、中華民國法下長期以同化為基調
  - 一、從「山地同胞」到「山地山胞」與涵蓋平埔族的「平地山胞」
  - 二、縮小特別區域及減少特別措施
  - 三、原住民族法律傳統遭否定卻也未貫徹法治原則
- 柒、晚近國家法律轉趨承認原住民族主體性
  - 一、整體發展概況
  - 二、較具開放性的原住民身分認定法制
  - 三、原住民保留地制度以因循舊章為主
  - 四、原住民族法律傳統國家法化的可能性
- 捌、結論

## 壹、緒言

台灣作為一個以漢人為主、多元族群的國家，對種族文化上和屬漢族的福佬、客家、外省族群不同的原住民族，應否給予法律上差別／優惠待遇？最近台灣的大法官，雖肯定要求政府採購得標廠商應進用一定比例原住民之法律具有合憲性，但認為該項優惠待遇尚屬合理的原因，乃是「現今原住民所受之教育及職業技能訓練程度，通常於就業市場中之競爭力處於相對弱勢」<sup>1</sup>。這樣的說法忽略了國家給予差別／優惠待遇的關鍵因素在於，原住民族具有不同於漢族的**集體歷史經驗及文化**，而非僅因原住民個人是「經濟上弱勢者」。這項「忽略」實反映了包括法律人社群在內的整個台灣社會，長期以來對於以台灣為觀察上主軸的法律史，特別是與原住民族相關的部分，雖有歷史經驗，卻無歷史記憶。有鑑於此，本文擬概略但整體地建立該等**歷史記憶**，以作為當今在制定或解釋適用涉及原住民族的法律時，所應先具備的「歷史思維」<sup>2</sup>。也因此，在歷史論述上不免略古詳「今」：中華民國時期<sup>3</sup>。至於當今許多有關原住民族的法律議題，應如何為法制定或法適用，

---

<sup>1</sup> 2014年4月18日公布的司法院釋字第719號解釋的解釋文、理由書，協同或不同意見書，參見司法院大法官網站，[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=719](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=719)（最後瀏覽日：08/16/2014）。

<sup>2</sup> 不僅法律之制定，還包括法律之解釋適用，最終都涉及利益衡量與價值判斷，與法律相關的歷史經驗事實，能夠某程度正當化（證立）應以何種利益或價值優先，故應被納入法律／法學論證當中，筆者因而倡議「具有歷史思維的法學」。參見王泰升（2010），《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》，頁30-34，臺北：自刊。一般法律人較熟悉之將歷史經驗事實，運用於作為「法律解釋方法」之一的所謂「立法史解釋」或「歷史解釋」，只是法律史相關知識在法適用上可發揮的其中一種作用爾。

<sup>3</sup> 關於台灣歷史的分期，以及從1945年10月25日起進入「中華民國（法）時期」，參見王泰升、薛化元、黃世杰（2014），《追尋臺灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》，2版，頁267-270，臺北：五南。

宜讓其他更深入的專論來闡述<sup>4</sup>，非旨在概述原住民族在台灣法律史上處境的拙文所能講得清楚。

為尊重原住民族的主體性，在討論原住民族的「法律」時<sup>5</sup>，應兼顧到兩種性質的法律。其一是，台灣歷來的**外來政權**是以怎樣的**法律**，定義原住民族的人群屬性、劃定其居住區域、設置特定的統治機構、施以特定的法律規範。其二是，原住民族**固有的法律**——可稱為「原住民法」——，在遭到外來統治的情形下，是否被吸納入外來政權所施行的法律中？是否於原住民社群內部仍保有受其規範的共識？在此所稱的「外來政權」，將從 1624 年的荷蘭東印度公司開始談起，經鄭氏王國、清朝、日本帝國，以及 1945 年來台統治的中華民國（1949 年以後係「在台灣的中華民國」）。按此等「外來政權」均是從台灣以外的地域，將其既有的統治組織及人員移入台灣以遂行統治，不論對在台的原住民或漢人皆然<sup>6</sup>。雖然 1990 年代台灣的民主化，使得台灣政府已經是由包括原住民在內的台灣人民所選舉產生，故不宜再稱之為「外來政權」，但迄今尚未全然改變中華民國法制／法秩序原本來自中國的「外來性」<sup>7</sup>，法制本身猶有遭外來政權統治的遺留。

---

<sup>4</sup> 例如，筆者曾從不涉及法制定而僅為法適用的立場，透過對於台灣現行法律的解釋適用，來論證／正當化西拉雅族人在現行法上應具有原住民身分。參見王泰升、陳怡君（2013），〈從「認同」到「認定」：西拉雅族人的原住民身分認定問題〉，《台灣法學雜誌》，217期，頁12-25。該文亦刊於：王泰升、陳怡君（2013），《台灣原住民族研究學報》，3卷2期，頁1-20。

<sup>5</sup> 在此不以今日主權國家對法律的定義來界定所欲討論的「法律」，而是認為相當於當今的國家法律，亦即在特定時空下社會公認的政治權威將以強制力來執行的社會規範，即是在此所稱的「法律」。在這般定義下，原住民族擁有可稱為「原住民法」的法律，及其法律規範之內涵，參見王泰升（2013），〈在法學與國家法中看見原住民族法律〉，《政大法學評論》，134期，頁3-10。

<sup>6</sup> 鄭氏王國對於已在台灣受荷蘭統治的漢人、清朝對於已在台灣受鄭氏統治的漢人、中華民國對於已在台灣受日本統治的漢人而言，均屬外來政權，此三者對於原本居住於台灣的原住民當然更是外來政權。關於外來政權的定義及其與本土政權之間的異同，參見王泰升（2014），《台灣日治時期的法律改革》，修訂2版，頁31、44-46，臺北：聯經。

<sup>7</sup> 例如透過法律上宣稱國家領土仍及於中國大陸，維持了台灣人民與中國大陸人民同屬一個國家的「中國國族」／「中華民族」的立場，故仍易於認為原住民族為

以下將依時序，勾勒出一個整體的趨向。亦即，在台灣歷來政權的法律規制下，原住民族的**生存空間被壓縮**得越來越小，原住民族的**法律傳統**（固有法律規範的當代說法）越來越**被漠視**。正因「過去」這般的發展歷程，而有「現在」各式各樣的原住民族相關法令及個案裁判或處分。至於「未來」應否持續該走向，則由現在作為應然規範的法律，決定原住民族將不可逆地步入夕陽雖美麗、只是近黃昏，抑或長夜已盡、可期待晨曦的到來。由於本文的寫作目的在於：釐清歷來存在著哪一些法經驗事實，故僅於文末就此概要地提出「國家法應納入原住民族法律文化」的法政策上應然主張。

## 貳、歐洲人殖民地上的臣民

以描述台灣這塊土地上的法律發展為旨趣的台灣法律史，首先應討論的是「原住民族自治時期」的原住民法。在戰後台灣，談到歷史，向來是如同自中國遷來的故宮博物院所展示者，從漢族的「夏商周」說起。但是，若從了解存在於台灣這塊土地的歷史出發，則在有文字記載的「歷史時代」，最早居住於台灣島上的是，種族文化上屬於南島民族，而非漢族的一群人。不管這一群人曾經如何自己稱呼、或被外來的人所稱呼，於今基於其係現在台灣作為主流的漢族移入之前「原來」的居住者，而後設的稱之為「原住民族」（indigenous peoples）。且在外族或外來統治者進入台灣之前，這一群人大大

---

「中華民族的一支」，而忽視或壓抑其有別於漢族的獨特性。相對的，尚未為實證法所明白採納、不談「中華民族」的當今的台灣國族論述，例如1990年代興起的台灣「四大族群」的說法，則已認知並接受原住民族是構成台灣政治共同體當中的一個有別於漢族的種族或文化體。不過，現今台灣在討論原住民族法律地位時，例如前述司法院釋字第719號解釋，幾無提及法律形式上仍有效（並未「暫停適用」）之中華民國憲法第168、169條有關「邊疆地區各民族」的規定，而是適用憲法增修條文第10條第11、12項關於「原住民族」之規定。在台灣現行法律上，原住民族與蒙古族、藏族有其不同的法律上待遇，例如政府採購得標廠商未被要求應進用一定比例的蒙古族、藏族之人。就中華民國法制的未來問題，參見王泰升（2013），〈中華民國法制「去一中」的進展與侷限〉，《台灣法學雜誌》，225期，頁31-44。

體上是以部落自治的方式，根據其社會中的規範，包括那些於今可定義為「法律」者，來維持群體的秩序<sup>8</sup>。此即當時台灣人民的法律生活。

歷史的巨變發生於距今約 400 年前的 1620 年代，在遙遠歐洲的荷蘭人和西班牙人，經由大洋來到其稱為「福爾摩沙」(Ilha Formosa) 的台灣本島<sup>9</sup>，接觸了住在島上的「福爾摩沙人」，亦即前述定義下的原住民族之人，並建立歐洲人觀念中的殖民地 (colony)<sup>10</sup>。於 1624 年，獲荷蘭聯邦共和國給予壟斷東印度貿易特許狀的荷蘭東印度公司，在大員 (今台南安平) 築城建立統治據點，隔年其另與當地人互易而得赤崁 (今台南市區) 之地以發展市街，且依西方的國際法上「無主地先占」理論，主張對所占有之地擁有主權。1635 年之後，荷蘭東印度公司以武力征服一些原住民族的村落，並要求其簽署「條約」(treaty) 將主權讓渡與荷蘭國。西班牙人亦於 1626 年之後，依先占理論，主張對北台灣某些地域擁有主權，並於 1642 年因戰敗而將該主權移轉給荷蘭<sup>11</sup>。荷蘭人或西班牙人依據源自西方歷史的國際法，而

<sup>8</sup> 參見王泰升 (2012)，《台灣法律史概論》，4版，頁19-20，臺北：元照。

<sup>9</sup> 澎湖群島 (西方人稱為：Pescadores) 與在此所稱台灣本島不同，中國史上的元朝 (1271-1368) 即曾在澎湖群島設「巡檢司」，其後的明朝 (1368-1644) 雖曾廢該巡檢司，但後來仍視澎湖為其統治地域，相對的台灣本島則非其所治理 (係「化外之地」)；最明顯的是明朝於1624年不准荷人佔據澎湖，但不干涉其佔領台灣本島。於荷蘭人來到台灣本島之前，漢人和日本人在台灣本島已有打漁或交易等活動，但其所屬政府均未在此地設官治理，當時的漢人或日本人亦皆無西方的「主權」概念。參見黃秀政、張勝彥、吳文星 (2002)，《臺灣史》，頁32-40，臺北：五南。

<sup>10</sup> 將某地當作殖民地的殖民動作 (colonization)，經由殖民的作為而追求母國 (mother country) 最高利益的殖民主義 (colonialism)，乃至殖民地可能脫離母國而成為一個主權國家，都是西方人的概念，原本並不存在於17世紀及在此之前已居住於台灣本島的原住民，或當時已在台灣本島上活動的漢人、日本人的觀念當中。

<sup>11</sup> 參見鄭維中 (2004)，《荷蘭時代的台灣社會：自然法的難題與文明化的歷程》，頁5、14，臺北：前衛；王泰升，前揭註8，頁23。於1935年，荷蘭東印度公司軍隊與新港人聯手擊垮當地最強勢的原住民村落：麻豆村，鄰近的原住民村落也因此願意與荷蘭人同盟。荷蘭當局與麻豆村公開簽訂和平條約，宣布其已向荷蘭臣服；麻豆人帶著附有該村落土地土壤的檳榔與椰子樹苗，交給荷蘭當局作為移轉「主權」給荷蘭共和國的象徵。荷蘭軍隊接著再降服麻豆村以外幾個不服從公司的原住民村落。此後，同樣臣屬於荷蘭人的原住民村落，被要求不得相互征伐。

主張其在台灣本島擁有「主權」(sovereignty)，但這項概念，對於台灣原住民，乃至當時在台灣本島已有貿易等活動的漢人或日本人而言，都相當陌生。然而歐洲人即憑藉武力，依其關於「主權」的觀念，在台灣本島建立起具有移墾地意涵的「殖民地」，而**排斥**原住民族在台灣這塊土地上作為主人的地位。

一部份原住民因而從主人變成屬民。依荷蘭東印度公司在台灣殖民地的法律體制，荷蘭共和國與原住民村落是歐洲封建制度下「領主」與「封臣」的關係，前者統治並保護後者，後者對前者須服從及忠誠。惟原住民族大部分的村落，原是以部落會議的方式進行自治，非由首領決行並對外代表該村落。荷蘭統治當局為了建立**封建式**的統治關係，乃從各村落中選出「長老」，授予象徵著公司統治權威的藤杖，且有 1 年的任期（但可連任）。在此制度下，荷蘭聯邦共和國被視為領主，在台灣殖民地的長官則為其代表，長老們效忠長官，長官保護長老，長老則在村民（屬民）的認可下具有處理公眾事務的特殊身分。駐在大員的台灣長官以每年舉辦「地方會議」的方式，來落實前述政治安排，以讓原住民村人成為「我人最崇高至大領主」荷蘭聯邦共和國的順從**屬民**<sup>12</sup>。

上揭統治體制在法律的面向，有幾點值得注意。首先，在領主應保護封臣的觀念下，原住民村落仍相當程度保留對於土地的權利，若未知會他們，不能剝奪其土地。當漢人在原住民土地上伐木或耕種時，其必須支付費用給荷蘭東印度公司，以將這筆錢**補償**給原住民。公司因發放（給漢人）撈捕或狩獵執照，而收取的費用也用於補償原住民。1652 年當一群漢人移民揭竿而起，意圖將荷蘭人驅離台灣時，這些原住民村落選擇向荷蘭東印度公司效

---

1626年西班牙國王的艦隊到達今之基隆，嚇跑了當地的金包里與大雞籠村人後，即舉行佔領儀式，其後亦有一些原住民村落與西班牙人結盟或與之交戰。參見歐陽泰（著），鄭維中（譯）（2007），《福爾摩沙如何變成臺灣府？》，頁149-153、169-171，臺北：遠流；鄭維中（2004），《荷蘭時代的台灣社會：自然法的難題與文明化的歷程》，頁91-95。

<sup>12</sup> 參見歐陽泰（著），鄭維中（譯），前揭註11，頁341-355、361；鄭維中，前揭註11，頁83。



忠，協助鎮壓漢人，也就不令人意外<sup>13</sup>。其次，基於國家主權中的司法權威，荷蘭當局的司法機關可能適用荷蘭法律來審理涉及原住民的重大案件，不過原住民族村落內一般紛爭或犯罪行為，由村落的長老與公司指派的政務員處理，故誠然可能適用**荷蘭人**的法律，但在相當大程度內還是依從**原住民族**自身的法律<sup>14</sup>。再者，漢人移民通常被**排除**於彰顯「領主——封臣」關係的地方會議之外，即使出席也只能表現出係荷蘭東印度公司這一方的下屬；甚至荷蘭當局在地方會議中，公開勸誡原住民要留心「狡猾」的漢人<sup>15</sup>。這點有待如下進一步闡釋。

漢人移民在這個由荷蘭人開闢且統治的殖民地，係與原住民**不同**的一群人，乃是拿著**居留證**（似今所稱「綠卡」）的居民。在荷人來台，已有不少漢人一時性的來台灣本島漁撈、打獵、與原住民交易鹿皮等，但荷蘭人為開發台灣殖民地，而招來並協助漢人移居島上從事墾殖，包括提供耕牛等農作所需、就非原住民之土地授予所有權、甚至排除原住民對漢人開墾行為可能的干擾，成功地建立了**漢人墾殖區**；居住在大員、赤崁市鎮上的漢人，亦從事營建等各式各樣的行業，其人身安全及財產權受到一套市鎮法律體系保障<sup>16</sup>。因此可以說，荷蘭東印度公司讓漢人得以在台灣本島站穩移居的腳步，**開啟**往後數百年漢人移民史。不過荷蘭統治當局也一直對漢人懷有戒心，早在1626年即制定有關居留許可的法令，要求所有在原住民村落做生意的漢人須申請獲准居留，後來在監視之外再增財政上考量，而對所有在台漢人男丁徵收人頭稅，平常須持有該稅單以應官員臨檢。且荷蘭當局認為漢人居民從台灣殖民地獲取相當大的經濟利益，故應對其徵收更多的稅捐以增財源（對作為屬民的原住民則不要求其繳「年貢」），尤其是建立「贖」（pacht）制度，由漢人繳交一筆權利金而獨享與特定原住民村落交易、或在特定海域捕魚等等的權利。荷蘭當局透過稅捐及贖制從漢人手中取得財源，漢人卻藉

<sup>13</sup> 參見歐陽泰（著），鄭維中（譯），前揭註11，頁334、340。

<sup>14</sup> 參見王泰升，前揭註8，頁27。

<sup>15</sup> 參見歐陽泰（著），鄭維中（譯），前揭註11，頁347-348、363。

<sup>16</sup> 參見歐陽泰（著），鄭維中（譯），前揭註11，頁222-239。

此剝削原住民的資源，例如漢人賤商傾向於低價買入原住民的鹿皮鹿肉、高價賣予日用品等，讓原住民生活水準漸低落<sup>17</sup>。

荷蘭當局之借漢人貿易商之手剝削原住民，讓漢人受益、原漢間嫌隙加深，其為鞏固對殖民地漢人的統治，還讓漢人社區的頭人參與市級的評議會，因而有漢人與荷蘭統治階層「共構」(co-colonize) 殖民體制之說，但漢人根本沒機會參與最高決策<sup>18</sup>。不過，從西方人帶有移墾內涵的「殖民」概念而言，移居台灣這塊殖民地的漢人亦屬「殖民民族」<sup>19</sup>。原、漢雙方為求生存而生的種種矛盾，也從此不間斷。

### 參、漢人統治下的特殊人群

17 世紀荷蘭人在東亞海域逐利的競爭對手之一的福佬海商，讓台灣原住民族從歐洲人的殖民統治中解放，卻被編入漢族的天朝統治架構內。歐洲人稱「國姓爺」(Koxinga) 的福佬海商首領鄭成功，於 1661 年攻擊荷蘭人在台灣的殖民地，隔年鄭、荷雙方訂立和約，荷蘭將其對台灣的主權移轉給鄭氏王國，鄭成功接收了荷蘭東印度公司在台產業及權利<sup>20</sup>。就像荷蘭國對原住民族的「保護」相當虛假，原住民村落對其的「忠誠」也不會太可靠，

---

<sup>17</sup> 參見歐陽泰(著)，鄭維中(譯)，前揭註11，頁297-315、355-356；王泰升，前揭註8，頁26。

<sup>18</sup> 漢人移民靠著荷蘭東印度公司的許多保障墾殖的措施，方能在台灣本島站穩移民的腳步，荷蘭東印度公司則將漢人移民視為「福爾摩沙島上唯一釀蜜的蜂種」，可支撐殖民地的產業活動，創造營收。荷、漢間相互依賴，的確讓殖民地產生一段榮景。參見歐陽泰(著)，鄭維中(譯)，前揭註11，頁226-227、235、454-455。

<sup>19</sup> 漢族之移居、開墾台灣，從西方人的觀念而言，就是一種殖民行動。參見 Wen-Hsiung Hsu., *Chinese Colonization of Taiwan* (Aug. 1975) (unpublished Ph.D. dissertation, University of Chicago, Department of Far Eastern Languages and Civilizations) (on file with University of Chicago Joseph Regenstein Library), pp. 1-4, 133.

<sup>20</sup> 參見王泰升、薛化元、黃世杰，前揭註3，頁34-37；歐陽泰(著)，鄭維中(譯)，前揭註11，頁435。

在鄭軍優勢武力壓迫下，他們即把在地方會議時荷人所授予象徵權威的藤杖交給鄭成功，鄭成功亦舉辦了自己的「地方會議」，先前向荷人效忠的原住民村落轉而與鄭成功結盟，收下鄭方給予的「漢名」及官袍、官帽、玉帶等象徵效忠的物品<sup>21</sup>。與鄭成功結盟的原住民村落，從此脫離歐洲人的「領主——封臣」關係，卻進入這些物品所象徵的漢族天朝式統治秩序裡。

由鄭成功所帶來的第二個外來的統治體制，係奠基於漢族的天朝觀念。作為一種思想觀念，東亞大陸自秦、漢兩朝起，係由作為天之子的皇帝，支配稱為「天下」的一個存在著文明的地域或世界，其再分為內、外兩層。內層是由皇帝設置郡縣以統治，居於這個地域／世界中心，故稱「中原」或「中國」（有別於19世紀以後依歐洲的主權國家觀念所稱之「中國」），其上之人為「民」。外層則是在中原周邊的政治共同體，其君長接受在中原的皇帝的冊封或向皇帝為朝貢，此外層地域被稱為「化外」，其上之人被稱為「夷（人）」「番人」。在天下的外層之外，即不屬於「天下」、為人的理性所無法認知的世界，所居住者「非人」，故天子／皇帝不需要支配該地域<sup>22</sup>。

在這樣的天朝秩序觀底下，原住民族與漢族依然被視為有所不同，但卻已「主客易位」。上述天朝觀當中的「文明」與否，是從漢族文化出發及為判斷。按鄭成功並未自立朝廷，而是以明朝（永曆）皇帝底下「延平郡王」之名號召天下，欲將「化外」的滿人逐出中原，故其亦視那些歸順的原住民村落之人為「番人」，而未與漢人接觸的原住民族則根本是「非人」。在依帝制中國郡縣制所設的承天府及天興、萬年兩縣（後來稱「州」）管轄下，荷治時期既有或隨鄭成功而來的漢人稱為「民」，被編成「社」之已歸順原住民村落之人則稱為「番」<sup>23</sup>。當鄭治時期人數大增的漢人移民，在台灣本島西部從南到北從事墾殖時，不免進入原住民族採集食物的領域，而遭致原住

<sup>21</sup> 參見歐陽泰（著），鄭維中（譯），前揭註11，頁430-431。

<sup>22</sup> 參見甘懷真（2007），〈導論：重新思考東亞王權與世界觀——以「天下」與「中國」為關鍵詞〉，氏編，《東亞歷史上的天下與中國觀念》，頁26-28、31-33，臺北：國立臺灣大學出版中心。

<sup>23</sup> 1664年鄭經掌權時，承天府與兩州底下管轄居住著漢人的4坊24里以及居住著原住民的社。參見黃秀政、張勝彥、吳文星，前揭註9，頁56。

民族的攻擊。從漢人的眼光，此輩係「非人」的「番」，為防止其所帶來的「番害」，乃築「土牛」為界以阻隔，台灣之有「土牛番界」即肇始於此<sup>24</sup>。換言之，從漢人所建的鄭氏政權之角度，漢人移民是一般臣民，原住民倒成了**特殊**的人群。此與之前荷蘭殖民主義者所持立場，剛好相反。

異於荷蘭東印度公司因執政者有任期且採集體議決，故詳加紀錄各項施政過程<sup>25</sup>，鄭氏王國著重個人權威式領導，且尚欠缺穩定的官僚體系，以致其治台期間的法律運作實況難以從文獻中發現。因此鄭氏政權對於原住民族固有法的態度及作法是什麼，於今不太清楚。惟鄭氏王國治台僅 22 年（1661-1683），領台初衷在於逐鹿中原，且鄭經確曾「反攻大陸」，故對於介入原住民族各社內部事務興趣不大，從而其轄下原住民族自身的法律仍有很大的發揮空間。

尤要者，與荷蘭或鄭氏政權「結盟」、但分別被依照歐洲人或漢人觀念視為「歸順」的這些原住民村落／社，主要是居住於台灣本島西南部平原地帶者。因此就 17 世紀的台灣而言，**多數**的原住民族**並未**遭到外來政權統治，故仍持續運作**固有**的原住民法。此一局勢於兩個世紀後被翻轉，未遭外來統治而可保有固有法者變成是原住民族當中的少數，此由來於下述台灣史上的清治時期（1683-1895）。

## 肆、清朝法律下特殊地域的特殊人群

### 一、在「境外」的「生番」

由滿族入主中原所建立的清朝，為確保其對中原的統治不再受到威脅，於 1683 年出兵攻擊領有澎湖及台灣本島西部的鄭氏王國，最後鄭克塽依天

---

<sup>24</sup> 參見盛清沂（1980），〈明鄭的內治〉，黃富三、曹永和（編），《臺灣史論叢第一輯》，頁145-150，臺北：眾文。

<sup>25</sup> 荷蘭東印度公司在台統治活動，被記載於許多檔案內。參見鄭維中，前揭註11，頁1-3。

朝體制向清朝投降稱臣，鄭、清之間不像歐洲人那樣用「條約」談「主權」的問題<sup>26</sup>。這也意味著，台灣原住民族將再面對法律觀念與前一個相近的第三個外來政權——清朝，按滿族出身的清朝皇帝入主中原後，為伸張其統治漢族的正當性，而自命為中原文化的維護者，故仍維持漢人政權之視台灣原住民族為「番」的態度。況且清朝統治台灣（台澎）的212年間，派駐斯土的廳縣主官絕大多數是漢人<sup>27</sup>，其自然傾向於以漢族／中原文化為尊。

討論法律面向的議題一開始，須先說明漢族傳統的法律觀。在秦漢以後的傳統中國法（或稱「帝制中國法」），具有最高權威的皇帝通常以成文（書寫下來）的規定，指令文武官僚應如何處理政務，特別是對百姓的何種行為應課以何種處罰。以清朝而言，這就是以《大清律例》為主，還包括會典、六部則例、省例等所構成的「官府規定」<sup>28</sup>。相較於今之現代法，清朝的官府規定可謂具有「非規則（non-rule）」的型態，亦即這些成文的指令不具有普遍適用性，並不必然被援用於處理同類案件，而可能針對某特定個案，在官府規定之外再參酌民間習慣或情理，以做出符合「情法（罰）之平」的裁斷<sup>29</sup>。以現代的語彙來說，清朝政府並未絕對遵從如下所述的官府規定來處理原住民族事務，今所稱「依法統治」實非其施政上追求的目標（姑且不論妥當與否）。

由於清朝至1874（同治13）年為止僅是「為防台而治台」，不同於荷蘭人之追求殖民地繁華以獲利，故其延續鄭氏王國先前對原住民族之有限的治理，採取「隔離民番」的統治政策。以中原政權自居的清朝，已表明其不欲

<sup>26</sup> 參見王泰升、薛化元、黃世杰，前揭註3，頁44-45。

<sup>27</sup> 參見張勝彥（1993），《清代台灣廳縣制度之研究》，頁273、278，臺北：華世。

<sup>28</sup> 參見王泰升，前揭註8，頁35-36、44-46、56。

<sup>29</sup> 寺田浩明教授認為清朝的律例具有「非規則」性質，整個清代中國法可說是「非規則型法」。換言之，這些稱為「國法」的官府規定，並不具有於今作為法所蘊含的普遍適用性，而僅是可供參考的準則爾；是以，縱令個案事實符合該等規定所述的情事，也可變通地不採用該等規定所述的方式處理。參見寺田浩明（著），王亞新（等譯）（2012），《權利與冤抑：寺田浩明中國法史論集》，頁323-393，北京：清華大學。

統治或理會在版圖之外、從漢人的觀點係「非人」的「番」<sup>30</sup>；而作為版圖之界線，就是鄭治時期即有的「土牛」，線外即屬「境外」。為統治政策而服務的官府規定，在《大清律例》兵律關津門的「私出外境及違禁下海」條，有一例規定：「凡民人偷越定界，私入臺灣番境者，杖一百……」（此例於 1875〔光緒元〕年刪除）。且《兵部處分則例》亦表示：「臺灣南勢北勢一帶山口，生番熟番分界，勒石界以外，聽生番採補。如姦民越界墾地搭寮，抽藤釣鹿，及私挾貨物，擅出界外者」，官員將受罰<sup>31</sup>。綜上可知，稱為「民人」的漢人移民不得跨越土牛線，進入由「生番」所居住的「番境」為墾耕、伐木、獵鹿或交易，蓋此地域已不在天朝所治理的版圖內。換言之，被清朝法律稱為「生番」的那些台灣原住民族，居住於不受清朝統治的「境外」，且繼續依其固有的法律（原住民法）而生活。

## 二、在版圖內特區的「熟番」

與「生番」分界、在土牛界線內的「熟番」，被清朝法律認為是在**版圖內**，受清朝政府統治。清治時期所稱的「熟番」，係指自荷蘭治台時即曾透過「暎社」等制度與漢人有往來，或在鄭治時期被納入管轄，或因種種原因而漸受漢化的原住民族。可能因其居住於**荷、鄭**兩政權最早開發的台灣本島西南部和北部的平原地帶，故亦被漢人稱為「平埔族」。從清朝官方的立場，這些經荷、鄭統治而「較成熟」的「熟番」，已被編入版籍，須納糧（今稱

<sup>30</sup> 例如清朝官員藍鼎元曾針對生番，表示：「此輩雖有人形，全無人理，穿林飛箐，如鳥獸猿猴，撫之不能，勦之不忍，則亦未如之何矣。（底線為作者所添加）」其認知實來自前述的中原文化中心論，視生番為不在「天下」之內的「非人」。見藍鼎元（1958），〈復呂撫軍論生番書〉，氏著，《東征集》，4卷，頁59-60，臺北：台灣銀行經濟研究室。亦可參中研院漢籍電子文獻網站，<http://www.sinica.edu.tw/~tdbproj/handy1/>（最後瀏覽日：05/15/2010）。

<sup>31</sup> 薛允升（著），黃靜嘉（編）（1970），《讀例存疑重刊本》，3冊，頁505，臺北：美國亞洲學會中文研究資料中心。此一例係於1729（雍正7）年議准，而在1724（雍正2）年已先准「各番鹿場間曠地方，可墾種者，聽各番租與民人耕作」，亦即開放漢人可墾耕熟番之地。參見臨時臺灣舊慣調查會（1910），《臺灣私法》，1卷上，頁345-346，臺北：臨時臺灣舊慣調查會。

「繳稅」及應差（即服勞役），若不在版圖內但有納糧等表示服從的作為，則僅是「歸化生番」（「化番」），且官方認為是生番者可能後來變成熟番，熟番也可能復歸生番<sup>32</sup>。這種身分上的**不確定**，某程度可從前述清朝法律之「非規則」性來理解。按清治時期並非依據具普遍適用性的基準，令符合基準者必定擁有某身分，不符合者即無該身分，反而是可臨案斟酌身分之歸屬，以致前揭編籍、納糧及應差的身分獲取條件只不過僅供參考（非規則），故熟番、化番及生番的身分顯得不明確、可流動。此與後述的現代法制下，依特定的規則（rule）認定身分，恰成對比（姑且不做優劣之評價）。

值得注意的是，由於獨尊漢族文化，**熟番**在清朝統治下被視為文化較「劣等」的**特殊人群**。同樣延續自鄭治時期，熟番的村落被稱為「番社」。《大清律例》戶律婚姻門「嫁娶為律主婚人罪」條有一例，載明：「福建臺灣地方民人，不得與番人結親，違者離異，民人照違〔按：比照違反該條而予以處罰〕。……其從前已娶生有子嗣者，即安置本地為民，不准往來番社，……」（此例於1875〔光緒元〕年刪除）<sup>33</sup>。此規定即禁止稱「民人」的漢人與稱「番人」的台灣原住民結婚，之前已因通婚所生之子，只能為「民」，且不能到「番社」感染熟番風俗。在前述「私出外境及違禁下海」條有另一例，明定漢人若與生番通婚應受罰，若改從原住民族習俗則處罰更重<sup>34</sup>。在此情況下，立足於平埔族生活環境及價值觀的原住民法，不可避免地被清朝統治階層所鄙夷，馴至平埔族自己亦**不再延續**其原有的法律文化。例如可謂母系社會的平埔族固有的家產母女相承的作法，即漸次失傳<sup>35</sup>。

<sup>32</sup> 參見王泰升，前揭註8，頁57。

<sup>33</sup> 薛允升（著），黃靜嘉（編）（1970），《讀例存疑重刊本》，2冊，頁314，臺北：美國亞洲學會中文研究資料中心。

<sup>34</sup> 該例規定：「……有散髮改裝，擅娶生番婦女情事，即照臺灣無籍游民獷悍不法犯該徒罪以上例，酌量情節輕重，分別充軍。其僅擅娶生番婦女，並無散髮改裝情事者，杖一百，徒三年。」薛允升（著），黃靜嘉（編），前揭註31，3冊，頁520。

<sup>35</sup> 台灣俗諺稱「有唐山公、無唐山媽〔按：指祖母〕」，即指漢人移民仍與在地平埔族婦女通婚。通婚後漢人男子得以耕作其平埔族妻所承繼得來的土地，接著卻可能是改依漢族父子相承的法律傳統，由夫妻所生之兒子，而非女兒，來承繼土

熟番所居住的番社，也成為清朝設官治理的版圖內的**特殊地區**，帶有類似今日所稱「保留地」的性格。荷蘭政權允許漢人移民於付費後墾耕平埔族的土地，或經由「贖社」制度而與其進行交易，嗣後鄭氏政權亦沿襲荷制<sup>36</sup>，故漢人移民與平埔族人的往來並未被阻隔。然而，攻取台灣（台澎）的清朝康熙皇帝，卻視台灣為潛在的叛亂地區，但求無事，故禁止漢人墾耕熟番土地，以免民番衝突生亂或民番合作威脅中原皇權<sup>37</sup>，違者以「盜耕」問罪<sup>38</sup>。於是在版圖內，形成相互**隔離**的民人／漢人居住區與熟番居住區，前述民番禁婚亦是出於阻斷兩者往來之目的。惟如前所述，傳統中國法於「官府規定」之外，原本就有「民間習慣」的運作空間，故漢人移民沿襲荷、鄭時期的在地經驗，依源自原鄉、概念不甚明確的「租」、「典賣」等民間習慣，與熟番締約，以墾耕其地<sup>39</sup>。雍正皇帝曾於 1724（雍正 2）年准許「各番鹿場間曠地方，可墾種者，聽各番租與民人耕作」，**開放**對熟番地的「租」（開墾），但仍不准「典賣」，惟並未嚴格執行。乾隆皇帝還是堅持採隔離政策，於 1738（乾隆 3）年要求在台地方官查明漢民與熟番所耕地界，倘有越墾強占熟番地者，應「全數歸番」，「永不許民人侵入番界購買番業」，並立石為界<sup>40</sup>。嗣後形式上仍維持上揭禁令，但就違禁購買的熟番地，或以「該番不

---

地。平埔族的土地亦因此流入漢人之手。

<sup>36</sup> 鄭氏王國延續荷蘭東印度公司的「王田」及贖社之制，成書於清治時期的《諸羅縣志》云：「贖，俗音僕，謂散收眾社之銀物，而包納其餉也。」但在王田之外，鄭氏政權亦允許文武各官開墾「無主地」。參見盛清沂，前揭註 24，頁 138-139、147。

<sup>37</sup> 參見王泰升，前揭註 8，頁 55-56。

<sup>38</sup> 清朝康熙年間《戶部則例》規定：「臺灣奸民私墾熟番埔地者，依盜耕本律問擬；於生番界內私墾者，依越度關塞問擬，田仍歸番」。可見在清朝官府的眼中，熟番地與生番地的屬性不同，前者為版圖內，後者則非，但民人仍不得進入版圖內的熟番地開墾。不過事實上，這項禁令未能阻止漢人移民取得熟番土地以進行墾耕。參見黃富三（1980），〈清代臺灣漢人之耕地取得問題〉，黃富三、曹永和（編），《臺灣史論叢 第一輯》，頁 197-203。

<sup>39</sup> 清朝 1722（康熙 61）年設立土牛界線，禁止民人越界佔墾，然清朝官員承認當時「民人私向生熟番黎，租贖田地耕種，**價輕者**謂之租贖，**價值稍重者**謂之典賣」。臨時臺灣舊慣調查會，前揭註 31，1 卷上，頁 344。

<sup>40</sup> 今台北「石碑」地名之由來，即因乾隆年間地方官曾經在當地豎立一塊石碑，載



能自耕」為由，許漢民租贖其地、並交付番租，即所謂「番業漢佃」，或認為既經賣斷，就由漢人為該地業主並須繳納賦稅<sup>41</sup>。換言之，清朝在法律上**特別**劃定了應由熟番為業主（今稱「地主」）的「熟番地」，惟在該地域上仍依漢人之法，而非原住民之法。

清朝於是依族群之分佈，大體上將台灣劃分為漢人區、熟番區、生番區。清朝於 1722（康熙 61）年對大規模民變——朱一貴事件——為善後時，曾於入山處豎立界石，作為前述的土牛線，亦即區隔版圖內外的（生）番界。然而在並不絕對貫徹官府規定之誠命（亦即前述「非規則」性格）的漢族法律傳統底下，這條區分境內、境外的番界線的權威性相當有限（或因而被理解為具有流動性）；按官府亦與界外的化番有所接觸，而漢人移民為謀生更不斷越界至**境外**，墾耕**生番**的土地。其後，清朝官府曾**重劃**番界，並使熟番**間隔**於生番與漢民之中，企圖斷絕三者之往來。於 1790（乾隆 55）年，清朝在平定另一民變林爽文事件後，認為漢人賊匪聚於界外番地（越界墾耕相當普遍），須加以管理，故在較接近山地處再劃定新的番界（版圖界線），並將新舊番界之間土地確立為「熟番區」，隔開漢人與生番，且由為清朝服勞役的熟番防守邊境，以阻止生番「侵擾」，導致同屬原住民族的熟番與生番相互**敵視**。於是在台灣本島西部，形成從大洋到內山的**三個區塊**，分別是版圖內的漢人區、熟番區，以及屬「境外」的生番區<sup>42</sup>。

前述依漢人之法（傳統中國法）所為的特定區劃分，並不能遏止原住民族之逐漸**流失**其對土地的控制。在設定為生番區的土地上，漢人仍可設隘開墾土地。例如，1835（道光 15）年由客家人與福佬人合組的「金廣福大隘」，

---

有：「奉憲分府曾批斷東勢田南勢園歸番管業界」，亦即以該石碑為界，界外土地歸熟番管業（擁有土地），漢人不得侵耕。參見王泰升、薛化元、黃世杰，前揭註3，頁54。

<sup>41</sup> 參見臨時臺灣舊慣調查會，前揭註31，1卷上，頁346-350。

<sup>42</sup> 參見王泰升、薛化元、黃世杰，前揭註3，頁54、62。1790年以熟番設屯，主要是為了防禦生番，當時被編入屯內的番社，大部分為熟番社，尚有2、3個化番社，初設屯時，共有93個社。參見戴炎輝（1979），《清代臺灣之鄉治》，頁467-469，臺北：聯經。

所開墾的新竹北埔一帶土地，即座落於在此所稱三層制底下的生番區<sup>43</sup>。清朝在治台末期改採積極的「開山撫番」政策（見後述），1886（光緒 12）年在台主政的劉銘傳，往中央山脈的方向挺進而設隘之一線，以阻隔生番<sup>44</sup>，等於是再減縮了生番區的範圍。

在熟番區的原住民族，也因前述「番業漢佃」之故，逐漸失去對該等熟番地的掌控。按依清制，熟番為業戶的土地免納田賦，但熟番須納番餉，故漢人移民固然被官方禁止典買，但也不一定設法買斷而自為業戶，因為如此就須繳田賦了。反之，漢人移民可依官方所許，向熟番「租」地後，自負工本開墾成田，以持續收益；雖須交租穀給熟番，但不必向官府繳田賦。尤要者，依在台漢人的民間習慣，承「租」的佃戶若係自負工本開墾成田者，可成為實質控制土地的業主（地主），亦即後來發展成「大小租」關係底下，雖非律例上業戶，但已成為社會公認為業主的「小租戶」。漢人業戶都不能免於最終成為僅享有收租（大租）利益的大租戶，熟番業戶恐更快就成為只能收租（番租）而無力掌握土地的人。熟番地之普遍存在著番業漢佃現象，使得熟番地的多數土地最後竟由漢人實際上掌控。縱令有些熟番向漢人習得耕作技術而自擁土地，這些人也可能已放棄固有的生活方式及文化<sup>45</sup>。總之，就在上述以漢人之法為準的法律運作下，原住民族的生活空間漸縮，尤以熟番為甚。

### 三、熟番從特殊人群到視同漢人

清朝領台之初，既然視熟番為特殊的一群，乃以不同於漢族的方式統治之。清朝政府於 1684（康熙 23）年正式將台灣納入版圖、設置一府三縣以治理之，且就官方為處理賦稅及治安而為的最基層行政區劃，維持前任漢人（鄭氏）政權所採的民、番有別。亦即在漢人居住地域設置里（南部）或保

<sup>43</sup> 參見周婉窈（1997），《台灣歷史圖說》，頁85、94，臺北：中央研究院臺灣史研究所籌備處。

<sup>44</sup> 參見王泰升，前揭註8，頁57。

<sup>45</sup> 更詳細的論述，見王泰升，前揭註8，頁79-82。

(堡，北部)，其下還有街、莊(庄)、鄉等，府治所在則分坊、段，段下再分街、境；但在熟番居住地域，一律設置社。在各社，亦沿襲荷、鄭時代的長老、土官之制，設有土官(後稱「土目」)，由社番公舉，經官予以驗充，另設有辦納番餉及科差役的通事，其實際權力凌駕於土官之上<sup>46</sup>。清朝更進一步在較高的行政層級，以「漢番分治」來**特殊化**熟番的法律上地位。自1767(乾隆 32)年起，以中原正統自居的清朝仿照廣東理番同知之制，在台灣設置南北兩路理番同知，處理前揭隔離政策下各項與番人有關的政務，北路管轄淡水廳、彰化縣及諸羅縣，南路管轄臺灣、鳳山兩縣下的各番社。按理番同知係清朝通常在邊疆或少數民族居住地所設置的直隸廳，不受臺灣府的管轄，而是**專管番社**的特殊官署，亦即在台的漢人由府、廳縣的主官管轄，熟番卻由理番同知管轄，僅熟番的征正供、番丁銀仍歸廳縣辦理<sup>47</sup>。不過，1812(嘉慶 17)年新設噶瑪蘭廳時，由通判兼理廳下熟番，已不再堅持漢番之分治了。

清朝於 1874 年，受日本出兵台灣的牡丹社事件影響，治台政策從消極的為防台而治台轉為積極的治理，故在法制上有諸多變革，包括**放棄**了上述基於隔離政策、彰顯熟番特殊性的「漢番分治」措施。因此 1875(光緒元)年，北路理番同知改為中路理番同知，移到新設的埔里社廳，南路理番同知改為南路撫民理番同知，移置於新設的卑南廳，且埔里社、卑南兩廳已**隸屬**於新設的臺灣府(同時設臺北府)之下，亦即裁撤前述的直隸廳，改由知府統轄在台漢人與熟番，朝「漢番合治」方向前進。至 1888(光緒 14)年，甚至裁撤了理番廳(埔里社、卑南兩廳)，番社一切事務歸縣辦理，完成了漢番合治；且就北部地區改革番社組織，將原充通事或土目一律示革，重新諭充**頭目**，由其統轄社務，又合數社置董事一名，以監督頭目<sup>48</sup>。至此，熟番大體上已被納入治理漢人的法政體制中。

<sup>46</sup> 其詳細情形，參見戴炎輝，前揭註42，頁215-217、361、366-367、371-374。

<sup>47</sup> 參見戴炎輝，前揭註42，頁363-365；張偉仁(1983)，《清代法制研究》，1輯1冊，頁169，臺北：中央研究院歷史語言研究所。

<sup>48</sup> 改制為設置頭目，僅施行於當時的淡水、新竹、苗栗三縣而已，在其他地方，番社通事仍舊存在。參見戴炎輝，前揭註42，頁365、370、379-385、391-393。

這項官府治理機制的改變，意味著經清朝超過 200 年的統治，以及如前所述熟番土地的流失、文化可滋長之空間一再減縮，清朝官方已認為熟番被**同化／漢化**，故不必再採特別統治方式。又如 1887（光緒 13）年年底，台灣巡撫劉銘傳在清查屯務時，就將原為防生番而任屯丁的熟番「編籍為民」<sup>49</sup>。把熟番編入「民人」，等於是宣告這些平埔族原住民已被漢化了。

#### 四、生番首度面臨漢化的威脅

1874 年牡丹社事件對台灣原住民族的影響相當重大，其不但促使清朝終止功效本來就有限的熟番「保留地」措施，還讓清朝一改先前對生番的統治態度。1871 年有琉球漁民遭難漂流至台灣南部東海岸牡丹社附近，被當地的原住民殺害。1873 年日本要求清朝為此事負責時，清朝官員基於向來的天朝觀念，表示殺人者皆屬生番，為「化外之民」，是否加以討伐由貴國自行決定。日本明治政府於是基於源自歐洲的國際法觀念，認為清國主權不及該等生番之地，並於 1874 年 4 月出兵攻打牡丹社等番社；清朝政府見狀乃改口稱：「生番地方本係中國轄境」，且「久隸中國版圖之內」。最後中日兩國議和條款中，表示日本出兵係「保民義舉」，形同承認日本對琉球的主權，但記明「該處生番，中國自宜設法妥為約束」，等同於承認中國對生番擁有統治權力，且事實上清朝政府也開始積極的統治生番。在這項依歐洲人的國際法所進行的外交折衝中，實居住於清朝版圖外且（依天朝觀念）被稱「生番」的原住民族，無從為自己發聲，蓋其當時不被認為是可作為國際法上主體的「文明國」<sup>50</sup>。

清朝於治台晚期曾進行所謂「開山撫番」，此處的「番」意指「生番」，亦即欲將官府統治力量伸進原屬「境外」的生番區。漢人因此在官府支持下至生番區開發土地，使原住民族的生活空間遭到進一步的擠壓<sup>51</sup>。且漢人獲

<sup>49</sup> 參見莊金德（1960），〈臺灣屯政之興廢〉，《臺灣文獻》，11卷4期，頁98。

<sup>50</sup> 其詳情，參見王泰升（2011），〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心〉，《臺大法學論叢》，40卷1期，頁12-14。

<sup>51</sup> 自1874年啟動開山撫番政策後，對臺灣情況不熟悉的清朝官員，為進入生番地遂行統治，不能不借重於台灣在地的漢人土豪，清治末期劉銘傳即積極的和林維源、

准墾耕熟番地而逐漸同化熟番的歷程，似乎在生番地又要開始重演。前述的「生番」以下亦以「**高山族**原住民族」稱呼之，因其在不同時代的法制上有不同稱呼（例如後述的「蕃人」、「高砂族」、「山胞」），故為歷史敘述時先不受各該法制所採名稱拘束，而基於其至清治末期為止，與同屬原住民族的「平埔族」處於不同的統治體制、擁有相異的歷史經驗，尤其是未曾受外族統治，而**相對**地稱之為「高山族」，其固然有很多是居住於高山地帶，但也有居住於台灣東部沿海平原者<sup>52</sup>。雖採取如上用語，但並不排除未來在法律上，應統稱為單一的「原住民族」，不必再區分高山族與平埔族<sup>53</sup>。

回到歷史，這些高山族原住民族原本因清朝「不屑」統治，而得以維持自治、援用固有法以營生，但自清朝在台政府「開山撫番」後，即不能不面對人口眾多的漢人的**同化**壓力，且經歷如後所述日本及中華民國的統治而持續迄今。

## 伍、近代日本法下的同化與特殊化

---

林朝棟等台灣土紳合作，這些協助清朝官府的在地漢人則不無藉以從中獲利之意。參見林文凱（2014），〈晚清臺灣開山撫番事業新探：兼論十九世紀臺灣史的延續與轉型〉，《漢學研究》，32卷2期，頁139-174。

<sup>52</sup> 當今台灣中央行政部門所認定「原住民族」，雖絕大部分係屬高山族，但其中的噶瑪蘭族乃平埔族之一。另一屬平埔族的西拉雅族是否為中華民國法上的原住民族，仍在爭議中。

<sup>53</sup> 以現行法而言，此議題的關鍵在於國家應否認定平埔族亦是「原住民族」，若採肯定見解，則國家法上就只有「原住民族」一種概念，不必再區分高山族、平埔族；但在歷史論述上，因兩者有不同的歷史境遇，仍有區分必要。這就像本省人與外省人的概念，在1990年代初於法律上不再登載個人的「省籍」，並就國家考試廢除因省籍不同而有不同待遇的規定之後，就可以說沒區分意義了；但在探究戰後台灣的歷史發展時，由於兩者各有日治台灣及民國中國的歷史經驗，且戰後外來的國民黨政權原由外省人掌控，故仍有區分的必要。

## 一、原住民族在國家法上的人群分類

日本於 1895 年領有台灣，使得國家法改從源自近代西方社會的現代法（modern law）<sup>54</sup>，原住民族與在台漢人同樣須面對新的國家法律運作方式。現代法除了視法（law）為一種具普遍適用性的規則（rule）之外，在內涵上還以維護近代西方個人主義、主權國家、資本主義等價值的法規範為準。在現代法制下，對每個個人（individual）的身分，首先須依西方的「國籍」觀念，確認其有無作為「國民」（即「帝國臣民」）的資格。按日本取得台灣主權所根據的日、清兩國「下關條約」（清朝中國稱為「馬關條約」），有台灣住民得選擇國籍之條款。日本政府延續其自 1874 年牡丹社事件以來的立場，認為該條約所稱「台灣住民」是指原本服從清國主權之住民，亦即在台漢人以及稱為「熟番」的平埔族原住民，故其在兩年選擇猶豫期間屆滿的 1897 年 5 月 8 日後取得日本國籍，但不包括原不服從清國主權之稱為「生番」的高山族原住民，彼等因而未依下關條約而取得日本國籍；須至 1915 年日本大致上業已憑藉武力鎮壓而將之納入統治後，這群「已歸順蕃人」始成為日本國民<sup>55</sup>。換言之，同屬台灣原住民族的平埔族和（非平埔族的）高山族，從日本國家法律而言，成為國民的法律根據及時間並不相同，而此仍根源於清治時期即有相異的法律地位。

1895 年日本政權來到台灣時，即定位高山族原住民族居住地為需要施予特別統治的地域。日本政權起初將台灣的人群與土地較簡化地認知為兩個部分：居住在「既開地」的「土人」（指在台漢人），以及居住在「番地」的「番人」。1896 年 3 月 31 日以敕令 93 號發布，自同年 4 月 1 日（即進入「民政時期」）施行的《臺灣總督府撫墾署官制》，把清治時期天朝觀念下屬「境外」的生番地，其具體界線以在台漢人於清未日初時所認定者為準，稱為「蕃

<sup>54</sup> 關於現代法（modern law）之源自近代西方社會，參見王泰升，前揭註 8，頁 101-106。

<sup>55</sup> 「理蕃五年計劃」結束後的 1915 年，日本統治當局已可控制大部分的「蕃地」，至 1920 年「北蕃」全部平定，1922 年之後，除高雄州旗山郡布農族外，「蕃地」已幾無反抗。詳細的論述，參見王泰升，前揭註 50，頁 17-22、48-50。

地」<sup>56</sup>，視為主權國家領土內的行政特區，而與漢人所居住的「普通行政區域」相分離，並由撫墾署治理「蕃人蕃地」，同時認為蕃地係**官有地**（相對的普通行政區域內土地可私有）<sup>57</sup>。於日治初期還延續漢人的隘勇制度，設置必要時使用通電的鐵絲網所架構的隘勇線，分隔蕃地與非蕃地<sup>58</sup>。

日本的國家法在人群的分類上，係將平埔族原住民置於漢人這一邊，而與高山族原住民**不同類**。按在上述的法律架構下，於1902年，依日本統治當局的認知，台灣的原住民族有三類。亦即（一）「進化」到與漢族同一程度、在普通行政區域內、事實上為帝國臣民的熟番；（二）已「半漢化」、但在普通行政區域之外（亦即在蕃地）、事實上未完全處於帝國臣民狀態的化番；（三）「進化屬劣等」、在普通行政區域之外（亦即在蕃地）、完全無服從日本帝國主權之事實的生番。並於1903年，確定作為「理蕃」對象的「蕃人」，主要係指生番，並及於化番，但**不包括**熟番，在法律上熟番與漢人同屬「本島人」（即日治台灣社會所稱「台灣人」，包括屬漢族的福佬人和客家人）<sup>59</sup>。換言之，日本的國家法「認定」平埔族原住民，已被漢人**同化**。不過日本政權似乎仍認為有將平埔族視為某一特定人群的必要，故從1905年實施「第一回臨時臺灣戶口調查」開始，多次人口調查、國勢調查，在人群分類上一直維持著漢人、熟番、生番的**族群邊界**，直到日治晚期為推動皇民化才有所改變<sup>60</sup>。

於日本統治之後，高山族原住民族的生活空間及成員持續地**縮減**。或因沿襲清治時期實際上番界線具流動性且漸次縮減生番地範圍，在日治時期的

<sup>56</sup> 台灣總督府於1903年依府議決定，蕃地之界定，依從來之慣例，亦即依從來居住於蕃地鄰近之本島人（含已漢化的平埔族人）稱呼蕃地之習慣，區分其為蕃地與否。參見林佳陵（1996），《論關於台灣原住民土地之統治政策與法令》，頁54，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

<sup>57</sup> 參見詹素娟（2004），〈日治初期臺灣總督府的「熟番」政策：以宜蘭平埔族為例〉，《臺灣史研究》，11卷1期，頁46-47、58-59；王泰升，前揭註50，頁25。

<sup>58</sup> 參見林佳陵，前揭註56，頁54；李崇僖（1996），《日本時代臺灣警察制度之研究》，頁181-183，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

<sup>59</sup> 參見詹素娟，前揭註57，頁48-49、65。

<sup>60</sup> 詹素娟，前揭註57，頁73。

國家法上，上述「蕃地」有轉化為普通行政區域之可能，亦即在符合「1. 蕃情穩定；2. 蕃人無異於本島人；3. 智能理解力發達、解土語、解貨幣之價值、能遵守官衙的訓示命令」的條件下，可被編入普通行政區域。例如，世居新竹、苗栗一帶的賽夏族，或恆春的排灣族，於清治時期即被認為係化番，在日治初期因被認為符合上述要件，而將其居住地改編為普通行政區域。換言之，當化番「進化」，亦即放棄固有文化，以致所居地被編入普通行政區域，即不再稱之為「蕃人」，而應與熟番一樣視為本島人<sup>61</sup>。從此，日治國家法亦不再承認化番可作為一項人群類別，且相對於普通行政區域增廣、本島人數目增多，蕃地面積趨於縮小、蕃人數目減少。

與化番之例不同的是，「平地蕃人」的出現，雖亦來自蕃地被編入普通行政區域，但其原有的「蕃人」身分**仍在**，故未減少蕃人的總人數。在東台灣的台東廳、花蓮港廳，不同於西部之漢、番界線明顯，而呈現漢、番混居，且以屬於阿美族或卑南族的原住民居多數，日本統治當局在無法將其明確劃分開來的情形下，於大約 1914 年時，一概納入普通行政區域<sup>62</sup>。此不同於前述化番因「進化」而為蕃地改編、擺脫蕃人身分，故以這些阿美族或卑南族居住於花東縱谷和東部海岸線平坦地帶而稱為「平地蕃」。其後在法律上即以「平地蕃人」，稱這些居住於普通行政區域的生番／高山族原住民，一直到日治結束<sup>63</sup>。總之，日本政權一方面將平埔族排除於具有特殊性的人群之外，減少異質者的人數，另一方面將該具特殊性的群體再加以分化，從早期的生番、化番之別，到始終有蕃地蕃人、平地蕃人之別，**削弱**該異質團體的整體性力量。

日本國家權威基於現代意義的個人主義法制的要求，已將每一個「個人」在人群分類上的**身分**，予以明確化、固著化。日治時期總督府於 1905 年首度實施「第一次臨時戶口調查」（第三次以後稱「國勢調查」），其調查項目

---

<sup>61</sup> 參見黃唯玲(2012)〈日治時期「平地蕃人」的出現及其法律上待遇(1895-1937)〉，《臺灣史研究》，19卷2期，頁110-114。

<sup>62</sup> 參見王泰升，前揭註8，頁161-162。

<sup>63</sup> 參見黃唯玲，前揭註61，頁114-118。



之一的「種族」別，將「生番人」與「內地人、本島人、外國人」並列，而在「本島人」底下的分類，將「熟番人」與「福建人、廣東人、其他漢人」並列。且自 1906 年起，針對生番，另以「種族／部族／村社」為著錄單位，做成「蕃社戶口」；換言之，官方已不理會熟番的「種族／部族／村社」別，蓋其**整個**成為本島人中的一類。1935 年對戶口調查簿記載項目為大幅修改，刪除了「種族」欄，但長期以來所登錄的舊表並未抽出，與新表同為家戶資料的一部份；故 1935 年的國勢調查，只將種族調查項目的稱呼，從生番、熟番，改為高砂族、平埔族<sup>64</sup>。是以在日治時期戶口調查簿上，**每一位**原住民都明確地被國家認定為係生番或熟番（已無化番之分類），且就生番，再細分為屬於哪個**種族**。

且蕃地從 1920 年起，在行政區劃上已全被納入州廳。按 1920 年地方制度改革之前，各支廳的行政區劃僅及於普通行政區域，涵蓋了漢人、平埔族、平地蕃人，而不包含蕃地。惟在該項改革之後，蕃地也被編入州廳，但可能不像普通行政區域那樣設置街、庄或區<sup>65</sup>。此後即確立所有高山族原住民族的居住地，均被劃入地方行政組織（州廳）內，而**未以特定種族**為單位進行行政區劃，故同一州廳內可能有多族、同一族可能散佈於多州廳。

值得注意的是，日本殖民主義者為開發資源，曾對蕃地進行過多次調查，進而**劃定**居住蕃地的高山族原住民族的活動疆界，使其賴以生存的空間再遭**壓縮**。為了延續始自 1898 年之旨在確定土地業主歸屬的土地調查事業，1910 年開始的林野調查事業將涵蓋的範圍擴及山林原野<sup>66</sup>，連帶地調查到蕃地。例如曾就台東、花蓮港兩廳管轄內林野進行調查，且曾讓個別的蕃人擁有業主權，惟這些認定蕃人為業主之地，很可能即前述之嗣後編入普通行政區域者，至於仍屬蕃地者，則以其為無主地而歸國有<sup>67</sup>。1925 年開啟的

<sup>64</sup> 參見詹素娟（2010），〈「族系未詳」再思考：從「國勢調查」到「戶口普查」的人群分類變遷〉，《臺灣風物》，60卷4期，頁77、81-82、87。

<sup>65</sup> 參見王泰升，前揭註50，頁44-45。

<sup>66</sup> 參見王泰升、薛化元、黃世杰，前揭註3，頁118。

<sup>67</sup> 1911年11月間曾有「關於臺東、花蓮港兩廳管內林野調查施行之決定」，1912年5月間總督府內曾有決議讓個別的蕃人擁有私的土地業主權。參見林佳陵，前揭

「森林計劃事業」，將蕃地分為「要存置」、「不要存置」及「準要存」林野，其中「準要存置林野」再分四類，當中有兩類分別是「為蕃人的生活保護而必要保留」、「為理蕃上蕃人的移住獎勵而有必要保留」，與蕃人生活空間有關，而被稱為「蕃人所要地」。是以蕃人所要地僅是蕃地中的一部份，尚有為軍事或公安等目的而存在的土地。1930 年又開始「蕃地開發調查」，更細緻的調查蕃人所要地及蕃人移住地，以如日方所言「確保蕃人的生活安定」，或實為日本企業之進入該地尋找可能性。1936 年到 1939 年還有以追求經濟利益為目的的「山地開發調查」，對部分經上述森林計劃事業調查的土地重新調查，其所再確認的準要存置林野，主要是作為「高砂族保留地」<sup>68</sup>。然而，日治晚期這些保留給高山族原住民族使用的土地，竟僅占日治之初所稱「蕃地」的約 15% 爾<sup>69</sup>。在國家法的規制下，高山族原住民族已不能使用其「傳統領域」內大部分的土地。

## 二、對高山族原住民為「特殊」統治的法制

日治時期雖是由各個地方行政機關掌管轄下的蕃人蕃地事務，但執行理蕃任務者卻是警察系統，而非一般文官體系。於日治前期，僅於 1896 年時仿清朝舊制在總督府民政局下置撫墾署，以及 1909 年至 1915 年時為了「討伐」蕃人在總督府民政局設立蕃務本署，係將蕃人蕃地事務全部統轄於殖民地中央層級的特設機關，其餘的大部份時間，幾乎都由地方縣廳管理轄下蕃人蕃地事務。但較為特殊的是，從 1903 年之後，即確立蕃人蕃地是警察系統的專責事務，故係由中央的總督府民政局警察本署，以及地方政府內警務

---

註56，頁58-60。按蕃地自始被視為國有地，在普通行政區域內方存在私有地，再觀察到1914年台東花蓮的「平地蕃」居住地被編入普通行政區域，則很可能這些原在蕃地、但經土地調查事業查定為私有地者，已被日本當局編入普通行政區域，以符法制。不過，尚無直接證據足以證明這項推論為真實。

<sup>68</sup> 參見林佳陵，前揭註56，頁58、61-64。

<sup>69</sup> 日治初期屬於蕃地的範圍約在166萬甲至173萬甲之間，但1928年劃設的蕃人保留地約為26萬甲，1942年劃設的高砂族保留地亦僅約為27萬甲。參見顏愛靜、楊國柱（2004），《原住民族土地制度與經濟發展》，頁207、212-213、223-224，臺北：稻鄉。

課管轄，**不同於**內地人或本島人是由總督府及地方政府內各單位分工管理。於 1920 年實施地方分權後至日治結束，不問平地蕃人或蕃地蕃人，均被置於前述之由地方州廳警察部門掌管、中央警務單位監督的體制內<sup>70</sup>。換言之，漢人和平埔族原住民可接觸到現代式政府組織及其作為，而在現代化過程中某程度接納日本文化；高山族原住民則只能接受**蕃警察**所給予特別的「保護與教化」<sup>71</sup>，實即「日本化」。

更具根本性的差異是，日本帝國對高山族原住民族的統治，連「形式法治國」原則都置之度外。日本帝國針對台灣地域、以 1896 年「六三法」為核心所形成的統治體制，在法理上仍是依從明治憲法上各項法治原則所建構的<sup>72</sup>，但其僅僅規範在台的日本人、漢人（含漢化的平埔族），而**不及於**高山族原住民<sup>73</sup>，形成「一島兩制」。日本統治當局於 1896 年時，即面臨應否以國家權威及日本現代式法律，強力介入高山族原住民法律生活的難題。1897 年曾草擬具有部份現代刑法色彩、不顧及原住民族傳統規範的《生蕃刑罰令》，但最終基於現實上無力執行而不制定該令，卻又認為可適用日本的《刑法》，且就個案可「臨機處分」。這般不「特別立法」，但可「特別執法」，其實已顯示不受明治憲法上法治原則拘束的態度。接著總督府由於不願見到法院全然依一般刑法審斷高山族原住民刑案，竟於 1900 年以「內訓」<sup>74</sup>，明白規定：「起訴蕃人犯罪事件，檢察官應向臺灣總督申請且受其

---

<sup>70</sup> 於 1920 年地方制度改革後，居住最多平地蕃人的花蓮港廳及台東廳，仍設置支廳，而支廳長以警視或警部充任，使得警察官直接擔任下級行政官員，故對於居住在普通行政區的平地蕃人，一般行政官僚的權限依舊被警察所取代。參見王泰升，前揭註 8，頁 162；王泰升，前揭註 50，頁 37-38、50。

<sup>71</sup> 總督府對於蕃人兒童的教育，除了由文教局主管的公學校外，還有由警務局主管的教育所，這些教育所往往與警察之駐在所併置一處。於 1931 年，教育所的數目已是公學校的 3 倍多，可知警察在蕃人教育上扮演著重要角色。參見李崇儋，前揭註 58，頁 184-187。

<sup>72</sup> 就此之詳細說明，參見王泰升，前揭註 8，頁 127-132。

<sup>73</sup> 日本在台殖民政權就其對高山族原住民族的統治稱為「理蕃行政」，以相對於在六三體制下所為的「普通行政」。黃唯玲，前揭註 61，頁 102。

<sup>74</sup> 臺灣總督對於下級官署，為指揮其行使職權，而發布的職務上命令，即是「訓令」。又稱「通牒」、「通達」，下級官署於行使職權時須受此命令拘束。關於人事之

指揮」。此不但排除依法獨立審判原則，且法規的形式上僅出以行政機關對內所發布的「行政規則」，而非立法機關的「法律」或在台灣具法律效力的「律令」，無視於明治憲法上法治原則。1906 年日本統治當局在關於生番之國法上地位的討論中，即以高山族原住民不具法律上人格，合理化對彼等之不必依法統治。同樣在 1906 年，總督府以行政機關的「通牒」表示，「蕃人犯罪案件」應先徵求警察本署長之意見，才可再徵求檢察官意見，再次排斥明治憲法上所要求的「法律的支配」；實務上此一通牒確立了蕃人刑事及民事案件，均由警察為行政上的處分<sup>75</sup>。

在高山族原住民族業已服從日本國家權威之後，日治初期所形成的不適用憲法上法治原則，並未被揚棄，雖對其中平地蕃人的法律上處置稍有改變。1920 年總督府曾以內訓表示，1900 年內訓所要求之蕃人刑案起訴與否須經總督指揮，對於平地蕃人之犯罪不再適用；其後在法院亦有屬平地蕃人的花蓮港廳阿美族人被告適用一般刑法之例，且法院在 1920 年之前即已允許平地蕃人就民事事件做成公證書。然而在此同時，日本統治當局於 1922 年曾表示，對於平地蕃人的犯罪暫時不適用一般法律處理。換言之，理蕃警察就涉及平地蕃人的刑案仍可自為處置，僅一旦其決定將刑案移送法院內檢察官偵辦，檢察官不必再受總督指揮。至於在蕃人中占多數的蕃地蕃人，則不適用憲法上法治原則的情狀毫無改變。直到日治最後一年的 1945 年，日本統治當局才宣稱 10 年後將終結理蕃行政，對高山族原住民「適用一般法令」，但日本隨即戰敗離台了<sup>76</sup>。總之，高山族原住民成為日本帝國內，不適用明治憲法上法治原則的「特殊國民」。

只有在欲對高山族原住民族事務為特別的處理，因而須對本島人或內地人加以規範時，才在法規形式上改用在台灣具有法律效力的律令，或由總督府發布屬行政命令的府令。總督府於 1900 年曾針對蕃地，以律令規定：「非

---

處理或其他屬機密之事項而發布者，稱之為「內訓」。長尾景德、大田修吉(1934)，《臺灣行政法大意》，新稿版，頁58，臺北：杉田書店。

<sup>75</sup> 其詳，參見王泰升，前揭註50，頁22-40。

<sup>76</sup> 其詳，參見王泰升，前揭註50，頁50-56。

蕃人」不論以何種名義，均不得占有以及為其他權利之目的使用蕃地，除非依特別規定經總督許可。另依府令，於 1917 年規定，與居住蕃地之蕃人依買賣、互易、贈與等而有金錢物品的授受時，所定的品目、數量及金額，須得郡守或支廳長許可；再於 1927 年規定出入蕃地，須得知事或廳長許可，於蕃地經營事業或設住家事務所等，須向郡守或支廳長報備；違反上述規定者，將受罰金、拘留、甚或有期徒刑 1 年的處罰<sup>77</sup>。亦即日本統治當局視蕃地為國有地而可自由支配，不過盡量將該地之使用「保留」給蕃人，故**有限度的開放**漢人（含平埔族人）、日本人之進入、開發、居住該地，且**監視**彼等不得從高山族原住民處獲得暴利。

從歷史的角度，日本政權之對待生番及其土地，猶如清朝政權之對待熟番及其土地。清朝的熟番政策最終造成熟番被同化／漢化，日本的蕃人／高砂族政策也朝著同化／日本化前進，只不過日本治台的時間較短完成不了該進程<sup>78</sup>。

### 三、高山族原住民的法律傳統有限度的被延續

就像清治時期一樣，外來政權對原住民族所採取之特別的「隔離」、或官方所說的「保護」措施，可**減緩**原住民族被外族同化的速度，或者說拉長被同化所需之時間。上述高山族原住民族不適用憲法上法治原則，以致對其「可排除一般法律之適用」，就使得日本政權帶入台灣之源自近代西方的個人主義、資本主義法制，**並未**大規模的被施行於高山族原住民。這樣反而讓原住民族**固有法**有較大的施展空間，雖該空間的大小仍繫於警察的裁斷。如前所述，涉及平地蕃人的刑案雖然通常由理蕃警察逕為行政處分，但少數案件係由法院內檢察官與判官依現代刑事訴訟程序，或由警察官主導的犯罪即決程序，依照現代式刑法為裁判；涉及蕃地蕃人的刑案，則幾乎都無此待遇，

<sup>77</sup> 參見長尾景德、大田修吉，前揭註74，頁258-259；李崇億，前揭註58，頁183-184。

<sup>78</sup> 二次大戰後開啟的是另一個「中國化」的進程，於今能否因台灣自為自由憲政國家、原住民族主體性等思想的昂揚，而阻斷被他族同化之途，則有待後面的說明與討論。

以致其相對的受現代法的影響更小<sup>79</sup>。不過，縱使未依現代的實體及程序法為裁判，理蕃警察為行政處分時仍可能考量到現代法制或法理，故日治下高山族原住民的法律生活，究竟能在多大的程度內維持固有的法律傳統，有待如下詳述。

首先宜澄清的是，日本統治當局**不曾**將高山族原住民的「民事」法律傳統，轉化為現代法制上作為法律事務唯一準據的**規則**。由於對時稱「本島人」、「台灣人」的漢人及平埔族人，在法律形式上須依帝國的憲法統治，故須在國家法律中確定其民事事項將一律依何種規則（rule）處理，而非如清治時期傳統中國法那樣依個案之需選擇依官府規定、民間習慣或情理為裁斷。此時若一律遵從日本的現代式《民法》（1898年7月16日施行），可能台灣的社會條件尚難配合，故日本前期規定本島人的民事事項一律「依舊慣」，亦即司法或行政機關須先就漢族法律傳統，「發現」本島人具有「法之確信」的「習慣法」是什麼，再將該「法」（規則）適用於個案以做成司法裁判或行政處分，日治後期則限縮至本島人的親屬繼承事項一律「依習慣」<sup>80</sup>。這樣的法律適用方式，因對「蕃人」不依憲法統治，而**未延伸**至日治下高山族原住民族的民事法律生活。於是，理蕃警察就高山族原住民的民事事項，可能是參照其「舊慣」。例如就居住於普通行政區域的阿美族人與本島人因婚姻所生子女，曾依阿美族「母系社會」的法律傳統／習慣，本於妻／母係阿美族人而使該子女具阿美族身分，但當夫／父是阿美族人時，則依雙方特約或地方習慣決定子女身分。不過也曾根據日本的《民法》，例如關於「失蹤」的規定，來處理蕃人的民事關係，故對高山族原住民的民事事項根本沒單一的準據法<sup>81</sup>。

<sup>79</sup> 參見王泰升，前揭註50，頁47。

<sup>80</sup> 在此僅做簡略說明，詳細的論證及法律條文等，參見王泰升，前揭註6，頁311-326。

<sup>81</sup> 1932年總務長官曾就阿美族人與本島人因婚姻所生子女的種族別，如何登載於戶口簿，指示：「一、本島人男子與入籍生蕃人家之女、或與生蕃人的養女因婚姻所生子女，記載為生蕃人。二、生蕃人男子與入籍本島人家之女、或與本島人的養女因婚姻所生子女，依照夫婦間的特約或該地方的舊慣，所生子女屬父者為生蕃人，屬母者為本島人。……」按戶口簿上登載必須反映當事人民事法上身分關係，故從上述指示，可知婚姻所生子女是依母系定其身分，迥異於漢人習慣或日

日治時期對高山族原住民惡行所為的制裁方式有三種。較少出現的是，僅適用於平地蕃人且在少數情形下，準據現代意義刑法所為的刑罰，此時並不考量原住民族的法律傳統。不過，大多數的制裁是來自理蕃警察的「臨機處分」，以及後述的依社內規約所為處罰。按警察機關所為的裁罰又稱「官罰」，各州廳自有其理蕃警察法規，但大體上理蕃警察所為的臨機處分，已**考量**、但不一定依從被稱為「習慣」的原住民族法律傳統。例如轄內有阿美族、排灣族等的台東廳，於日治之初，即由理蕃警察本於習慣為而臨機處分。但該廳於1908年發布《蕃人懲罰內則》，在肯定蕃人頭目可依習慣處罰其社內成員的同時，受廳長監督的各地方理蕃警察得排除蕃人習慣，而課以包括現代刑罰在內的制裁。並於1921年表示不依前揭懲罰內則處理居住蕃地的蕃人，亦即對該廳內的**蕃地蕃人**仍原則上依其習慣為臨機處分。1930年時又表示對該廳內的**平地蕃人**，僅在不適宜進行普通司法程序（依現代刑法）處理時才依前揭懲罰內則，以減少其頭目依習慣為處罰的機會。花蓮港廳則於1917年針對轄內蕃地上的泰雅族和布農族（而不及轄內普通行政區域上的阿美族），表示關於（蕃地）蕃人的處罰，由頭日向派出所申告，派出所就其適合與否加以精查，且矯正從來之弊習；從而只要高山族原住民族的法律傳統未被認為是「弊習」，即可被尊重。再者，台中州理蕃機關曾表示，需考量蕃人風俗習慣而為適切處分。台北州理蕃機關亦提及，做成處罰時，不可全然無視舊慣，但應打破那些應改善的習俗<sup>82</sup>。

高山族原住民族以「社內規約」為名，可在一定程度內**維持**其法律傳統。於1907年，台東廳內的阿美族和卑南族，即在地方官監督下設置「蕃社役場」，以其「習慣」為基礎，由「頭目例會」協商議決出部落內懲罰惡行、或解決紛爭的規約，具有「自治」的意涵。不過這些阿美族人或卑南族人的居住地若被劃入普通行政區域，則其後如前所述，已漸次受現代式法律影

---

本民法，實依阿美族習慣之故也。1931年警察機關亦曾認為，可依日本民法之規定，處理失蹤的「蕃人」；但此僅表示就該特定事項，民法恰巧被認為是較妥當、可準據的法規範，非謂國家機關非依民法不可。參見王泰升，前揭註8，頁304。

<sup>82</sup> 參見王泰升，前揭註50，頁57-67。

響。於 1923 年，居住相當多排灣族的高雄州，參考對漢人所施行的保甲制，在高山族原住民族的部落，創設了「社內規約」，由受郡守之指示的社內頭目，徵詢有勢力者之意見後，對社之成員處以過怠金或勞役。台南州轄下的鄒族，亦設有與之相似的部落規約機制。惟這些社內規約的運作，跟漢人的保甲一樣實由警察控制。於日治末戰爭時期，理蕃機關將社內規約改造為「自治會會則」，還明言其目的在於為編入普通行政區域做準備，故其內涵已與原住民族法律傳統漸行漸遠。整體而言，在官罰與依社內規約處置併行之下，高山族原住民族的法律傳統僅能獲得部份的保留，某些現代法的觀念或制度已隱晦而悄悄地進入其法律生活<sup>83</sup>。

## 陸、中華民國法下長期以同化為基調

### 一、從「山地同胞」到「山地山胞」與涵蓋平埔族的「平地山胞」

二次大戰後，由當時統治中國的國民黨（正式名稱為「中國國民黨」，以下同）政權接收台灣，並施行中華民國法制。國民黨在來台統治之前，對於台灣原住民族的整個情形並不了解，其在來台前夕所擬訂的《臺灣接管計劃綱要》，共計 82 條，僅在「內政」項下有 1 條涉及高山族原住民族，且簡單地表示將使其能「自決自治」<sup>84</sup>，但後來並未如此辦理（參見後述）。國民黨政權於 1945 年接收台灣後，即以日治晚期曾用過的「山地」一詞轉譯日治法上的「蕃地」，而以「平地」，轉譯日治法上的「普通行政區域」<sup>85</sup>；

<sup>83</sup> 參見王泰升，前揭註 50，頁 67-81。

<sup>84</sup> 按《臺灣接管計劃綱要》於 1945 年 3 月 14 日定案，該綱要第 18 條規定：「對於蕃族，應依據建國大綱第四條之原則扶植之，使能自決自治。」見張瑞成（編）（1990），《光復臺灣之籌劃與受降接收》，頁 109、111，臺北：國民黨黨史會。當時在中國協助國民黨擬訂台灣接管計劃的台灣人，都是漢人，沒有一位是原住民。

<sup>85</sup> 參見詹素娟（2005），〈臺灣平埔族的身分認定與變遷（1895-1960）：以戶口制度與國勢調查的「種族」分類為中心〉，《臺灣史研究》，12 卷 2 期，頁 152。例



對於日治時期指稱高山族原住民族的「高砂族」，則起初易以「高山族」，但1947年6月28日台灣省政府民政廳以「通報」定調為「山地同胞」<sup>86</sup>。此稱呼係在「中華民族」（即中國國族）概念下，認為住在「山地」的這群人僅是居住地域不同的「同胞」，似有意淡化其在種族文化上的獨特性。也因此，在統治機構內，並未如日治時期般設置專責管理山地同胞的部門<sup>87</sup>。

然而於戰後初期，居住在山地者已不一定是高山族原住民，還有漢人。按國民黨政權延續日治時期的作法，凡「山地籍同胞住居在山地行政區域以內者」原則上免稅，而「遷居山地行政區域之平地同胞及在地之法人」仍應繳納各項稅捐，但由於「山地同胞」的認定不明確，故住在山地鄉的漢人經常假借山胞名義企圖逃漏稅。此外，1951年6月14日省政府教育廳通令省立專科以上學校，「臺灣省山胞學生可酌予從寬錄取」，但哪一些人具有「山胞」身分呢？尤要者，1950年4月14日頒行的《臺灣省各縣市實施地方自治綱要》，就縣市議員名額，規定「山地鄉每鄉選出議員一名」，但未釐清住在山地鄉的漢人可否參與山地鄉議員的選舉，故該綱要於1952年11月4日，對此增列「但以山地同胞為限」，惟山地同胞的身分應如何認定依舊不明。1953年8月22日頒行的《臺灣省臨時省議會組織規程》，就山胞議員亦規定其以山地同胞為限，但山胞身分之認定同樣困擾著選舉人名冊的編造。中華民國法令因此不能不面對種族文化上原漢有別的事實，且援引了過去日本政府所為的認定。1954年2月9日台灣省政府令先承認「現住山地

---

如1946年8月8日台灣省行政長官公署通令各縣市政府「高山族同胞減免稅捐標準」，曾謂：「查本省高山同胞，過去居住山地（行政區域外）者不課賦稅，居住平地（行政區域內）者，照課賦稅」。葉高華（2013），〈排除？還是放棄？平埔族與山胞身分認定〉，《臺灣史研究》，20卷3期，頁181。可見戰後之初的「山地」即是日治時期的「蕃地」。

<sup>86</sup> 其詳細情形，參見葉高華，前揭註85，頁180-182。

<sup>87</sup> 有別於日治時期之由理蕃警察全權負責，中華民國時期關於原住民族的行政、教育、衛生醫療、物資交易等事務，已分歸各有司行政機關掌理。台灣省政府僅從1949年4月起，在民政廳內設置「科」級單位，職司聯繫已由各廳處局主管的「山地行政事務」。直到1980年代後期，才應原住民族運動團體的要求，在中央政府的內政部內民政局設置「山地行政科」。參見王泰升，前揭註8，頁168。

行政區域內十二萬餘人口中有三萬三千餘之平地人」，再界定「山地同胞」為「凡原籍在山地行政區域內而其本人或父系直系尊親屬（父為入贅之平地人者從其母）在光復前日據時代戶籍簿種族欄登載為高山族（或各族名稱）者（底線為筆者添加，以下同）」<sup>88</sup>。

延續自日治時期，高山族原住民也不必然居住於山地，還有住在平地者。前述 1950 年的縣市議員選舉，在選區劃分上即出現「山地鄉」及「居住平地的山地同胞」之分類，以反映在山地、平地都有山地同胞之事實<sup>89</sup>；就該項選舉，1952 年規定：「居住平地之山地同胞在五百人以上不滿五千人者，選出議員一名，滿五千人者，每加五千人增選一名」，但居住於平地的山地同胞與漢人應如何區別仍未明定。又，從 1951 年起的臨時省議會議員選舉，有 1 個名額給「居住平地之山地同胞」，兩個名額給「山地鄉」的「山地同胞」，故選務上對於「山地同胞」須再為二分，但仍無如何區分的明確標準。省政府曾於 1955 年 2 月 10 日發布《臺灣省政府輔導平地山胞生活計劃》，故此時中華民國法令上已有指稱「居住平地之山地同胞」的「平地山胞」一詞<sup>90</sup>。1956 年 10 月 3 日台灣省政府終於訂定《臺灣省平地山胞認定標準》，明確地規定「1. 凡日據時代居住平地行政區域內，其原戶口調查簿記載為「高山族」者，為平地山胞。2. 確係平地山胞，而原戶口調查簿漏失，無可查考者，得檢具足資證明文件及平地山胞二人之保證書，向鄉鎮市區公所申請登記為平地山胞。3. 平地山胞之身分，不因與山地山胞或平地人結婚（包括入贅）而變更。4. 平地山胞與山地山胞或平地人結婚所生子女之身分，從父系，其係入贅所生子女身分，則從母系。……5. 凡符合第一點規定之平地山胞，應於命令到達公告後，向當地鄉鎮市區公所申請為平

<sup>88</sup> 參見葉高華，前揭註85，頁183-186。

<sup>89</sup> 參見詹素娟，前揭註85，頁152。

<sup>90</sup> 在語意上，既然是住在「山地」的「同胞」，怎麼又有居住於「平地」者？在以「山地」轉譯日治時期「蕃地」的情形下，「山地同胞」一詞本來就不能涵蓋日治時期包括蕃地蕃人與平地蕃人在內的「蕃人」。

地山胞之登記，……前項登記期間，自公告日起，至四十五年〔按：1956年〕十二月三十一日止」<sup>91</sup>。

於是中華民國法上，高山族原住民被稱為「山胞」，非山胞者則稱「平地人」，再就山胞區分為「山地山胞」與「平地山胞」，其分別相當於日本政府在戶口調查簿上所認定的「蕃地蕃人」與「平地蕃人」。山地山胞與平地山胞在身分認定要件上，或其他的法律上待遇，因而可能有所不同。就上揭《臺灣省平地山胞認定標準》之條文而言，凡日治時期居住於普通行政區域且戶口調查簿上已登載為「高山族」者，即為「平地山胞」，只不過「應」，亦即有義務，在相當短的登記期間內申請為平地山胞之登記，但並未規定違反該申請登記義務的法律效果是什麼。不過省政府一再表示，當事人如不願申請登記為平地山胞，無強予登記之必要。其言下之意是，不願申請登記者，就不必給予平地山胞之身分；以致將「申請登記」，當成是認定為平地山胞的要件之一。這般多增加一項身分認定上要件，使得原日治時期的「平地蕃人」，較原「蕃地蕃人」難以在戰後取得作為「特殊人群」的「山胞」的身分。但實務上似乎曾以集體登記的方式，讓其實沒提出申請登記之人亦取得平地山胞身分，以避免因大量的否定彼等之平地山胞身分而引發反彈<sup>92</sup>。

1980年4月8日台灣省政府整理了既有見解，而發布《臺灣省山胞身分認定標準》。其規定「山地山胞」係「本省光復前原籍在山地行政區域內，戶口登記簿登記其本人或直系血親尊親屬為山胞各族名稱者」，「平地山胞」係「本省光復前原籍在平地行政區域內，戶口登記簿登記其本人或直系血親尊親屬為山胞各族名稱，經當地鄉鎮縣轄市區公所申請登記為平地山胞有案者。」值得注意的是，在此已針對平地山胞的身分認定，明確增添了「須經申請登記有案」之要件，讓成為「特殊人群」一事增加困難度。該認定標準又規定「山胞」與「平地人」通婚時，山胞女子因跟從平地人之夫而喪失山胞身分（若招贅婚則不喪失），但平地女子卻不因跟從山胞之夫而取得山胞身分，所生子女（含非婚生子女經認領）的身分從父（若招贅婚則從母）；

<sup>91</sup> 參見葉高華，前揭註85，頁184-187。

<sup>92</sup> 參見葉高華，前揭註85，頁187-188。

且山胞因被平地人收養而**喪失**山胞身分，但平地人被山胞收養卻**不取得**山胞身分。還規定山地山胞與平地山胞之間有婚姻或收養關係時，一概從夫（若招贅婚則從妻）或從收養者的身分。且在整個「漢化」的大環境下，山胞可拋棄其山胞身分，一經拋棄即不得恢復，暗寓「化番」之不可走回頭路<sup>93</sup>。之所以需要做如此詳盡的規定，正因身分上係山胞或平地人、山地山胞或平地山胞，在國家法律上有**相異**的待遇（詳見後述），且亦顯示**原漢通婚**已相當普遍，態樣複雜。這項認定標準**吝於**將山胞的身分給予原漢通婚或收養者，但喪失山胞身分則顯得相對容易，如此的「無得有失」似乎是延續國民黨政權自戰後即採取的同化政策，有意**限縮**「山胞」此一特殊人群的範圍。中華民國法的這項規範態度，須至 1990 年代方有所調整，此有待下一節再述。

與日治時期不同的是，高山族原住民與日治時期的台灣人／本島人，在中華民國法上的人群分類上**同屬**「本省籍」，以相對於另一稱為「外省籍」的人群。國民黨政權於 1945 年接收日治末期國勢調查資料後，依中華民國體制**轉換**成一份「統計提要」，當中將日治時期的「本島人」稱為「本省人」，其下區分「來自福建」、「來自廣東」、「來自他省」，以及「平埔族」與「高山族」等共五類<sup>94</sup>。此項轉譯在觀念上，已將高山族原住民與日治時期的「台灣人」（含福佬人、客家人、平埔族）視為同樣是「本省人」。中華民國法上的人群分類，應待 1956 年進行的戶口普查，始較為正式的確立。該次普查的實施方案，就調查項目規定：「臺省籍人口，……另填其祖籍，山地同胞填其族系。」且關於普查的「填表須知」上載有：「『祖籍』限臺灣省籍者填寫，……。山地同胞在『祖籍』下填其族系之名稱」，且即列舉出日治時期包括蕃地蕃人與平地蕃人在內的「九族」之名稱<sup>95</sup>。此已確認：由山地山胞與平地山胞構成山地同胞，其與福佬人、客家人同屬「本省籍」（平埔族待

<sup>93</sup> 詳細的條文規定，見 1980 年 4 月 8 日發布的「臺灣省山胞身分認定標準」第 2 條至第 4 條。亦可參見王泰升、楊志航、林佳陵（2003），《原住民保留地土地專屬法庭設置研究》，行政院原住民族委員會委託研究報告，頁 11-12。

<sup>94</sup> 參見詹素娟，前揭註 64，頁 86。

<sup>95</sup> 參見葉高華，前揭註 85，頁 190-191。

後述)。不過由於日治時期欠「同類意識」，戰後高山族原住民與台灣福佬人和客家人的一體感似仍有待培養。

在原住民族史上更值得注意的是，戰後外來的國家法律**不再承認**「平埔族」的存在。在尚未確立「平地山胞」這項分類的 1954 年，台灣省政府於辦理臨時省議會議員選舉時，曾認為「居住於平地之平埔族應視為平地人，列入平地選民名冊」<sup>96</sup>。這項見解可謂是，跟隨日治時期之視平埔族人為本島人／台灣人。1956 年在進行戶口普查時，雖在訪查時上允許在「祖籍」欄填上「平埔」，但 1959 年 10 月出版普查結果時，關於本省籍之祖籍或族系已無「平埔」這項分類；原填寫為「平埔」的 27,009 人已明確表達其平埔族認同，卻被粗暴地列入「**族系未詳**」；此外還有更多的平埔族人在訪查時填寫為福佬人、客家人或高山族原住民，放棄了平埔族認同<sup>97</sup>。從此，平埔族一詞**消失**在國家教育中，真實的原住民族血淚斑斑的歷史經驗，在台灣一般人的歷史記憶中竟是一片空白。

排斥平埔族認同的國民黨政權，擬改變鄭氏、清朝及日本等政權兩百多年的作法，讓平埔族人與高山族原住民**同類**，但事實上平埔族人因而成為「山胞」者**甚少**。按 1957 年 1 月 22 日台灣省政府曾做成解釋，表示：「日據時代居住平地行政區域內，而戶籍簿種族欄記載為「熟」，於光復後繼續居住平地行政區域者，……應依照『平地山胞認定標準』……，經聲請登記後，可准予登記為『平地山胞』。」同年 3 月 11 日省政府民政廳再次確認：平埔族人得經聲請登記而成為平地山胞<sup>98</sup>。從鄭氏政權統治熟番而不理生番，到清朝政權甚至以熟番對抗生番，再到日本政權將熟番排除於「理蕃」之外，這是外來政權首次視平埔族原住民與高山族原住民為同一類，亦即「山胞」，而非與漢人同類。然而當時平埔族人本於之前的歷史，而與高山族原住民各

<sup>96</sup> 參見葉高華，前揭註85，頁184。

<sup>97</sup> 參見葉高華，前揭註85，頁190-195。

<sup>98</sup> 參見葉高華，前揭註85，頁188。

有自己的認同，且對於上述經登記後可成為平地山胞之規定也不見得知悉，故當時平埔族內只有極少數的人，據此規定聲請登記而被認定為平地山胞<sup>99</sup>。

## 二、縮小特別區域及減少特別措施

國民黨政權接收台灣後，起初延續日治時期視蕃地為國有地、普通行政區域內為私有地的作法，並將該具有特殊地域性格的蕃地稱為「山地」，在地方行政區劃上稱為「山地鄉」，而居住於該地之人稱為「山地同胞／人民」（此時尚未有包括平地山胞在內的「山胞」概念，參見前述）。就屬於國有的山地，再劃分為「山地保留地」以及林班地或政府用地。台灣省政府於 1948 年 7 月 15 日發布《臺灣省各縣山地保留地管理辦法》，第 1 條即揭示設置目的為「安定山地人民發展山地經濟」，而非保障或尊重原住民族的權益；第 2 條之定義山地保留地為「日治時代因維護山地人民生計及推動山地行政所保留之國有土地及其地上產物」。從法條上文字即可知，此乃沿襲日治後期的「蕃人所要地」、「高砂族保留地」制度，故仍舊僅僅將法律上屬「國有」之山地的一部份，「保留」給所居住的高山族原住民族使用<sup>100</sup>，且後來在山地陸續出現了比日治時期更多的非原住民「占用者」<sup>101</sup>，以致居住於山地的高山族原住民族的生活空間又遭到壓縮了。至於日治時期已居住於普通行政區域的高山族原住民（即平地蕃人），則因根本沒居住於山地，故未從這項山地保留地措施獲益。

<sup>99</sup> 詳細的討論及相關數據，參見詹素娟，前揭註 85，頁 155-160；葉高華，前揭註 85，頁 196-200。這麼少的平埔族人依循該規定而成為平地山胞，固然可能是因這項經登記即可成為平地山胞的訊息，並未廣泛地傳達給多數平埔族人知悉，也可能平埔族人緣自日治時期經驗，本就有不同於「高砂族」／「山地同胞」的認同，故不願成為「平地」的「山地同胞」。亦參見葉高華，前揭註 85，頁 202。

<sup>100</sup> 參見顏愛靜、楊國柱，前揭註 69，頁 235-239。

<sup>101</sup> 從戰後初期設置山地保留地，到 1980 年代為止，國民黨政權曾將日治時期部分蕃人所要地劃為國有林班地、河川水源地、水庫用地、文化園區用地、核能廢料場、救國團用地、觀光事業保留地、國家公園預定地、軍事用地、退輔會用地、台糖公司用地、台電公司用地。參見林佳陵，前揭註 56，頁 86-87。此外，尚有後述之漢人非法占用保留地被「就地合法化」之情事。

即令是在山地保留地上，這些「山地同胞」能享有的山林資源仍十分有限。按「國有」的精神，貫穿整個山地保留地管理制度。例如山地保留地之林產物和副產物，主要是由政府機關採伐及批售，山地人民僅於為自用之目的、經鄉公所許可，方可採伐林產物，因生活上之必要，方可自行採取副產物並自由販賣（第4～8條）。保留地上的山地人民則被允許個別自行栽種產物或從事獵獲，以自由取用販賣，並被鼓勵開墾土地而為耕種，同時將逐漸限制平地人民承租山地保留地（第14、18、22條）。惟該管理辦法同時規定：「山地人民不得將保留地及其地上物作為買賣抵押，或交換贈與之標的」（第23條），以示高山族原住民僅能「使用」保留地（國有地），而未對土地甚至地上物擁有完整的民法上所有權<sup>102</sup>。

此外，自1949年即有《臺灣省平地人民進入山地管制辦法》，仿效日治時期管制「非蕃人」出入蕃地之例，就山地鄉中被劃定為管制區者，平地人民須得許可始能進入<sup>103</sup>。這項措施有助於居住山地的高山族原住民族的生活領域不受外人過度干擾，然而如下所述，山地保留地的使用，卻漸次向幾乎等於是漢人的平地人開放。

承襲上揭山地保留地政策，台灣省政府再於1960年4月12日發布《臺灣省山地保留地管理辦法》。此時同樣強調「山地保留地內可資墾耕之土地」，應「獎勵山地人民自行開墾」，且該山地人民「應自任耕作」，鄉公所對於「霸佔土地不加利用」者得收回以分配給其他山地人民（第7條）。山地人民原則上亦可為自用而採伐林木等（第22～27條）。不過，在管理辦法

---

<sup>102</sup> 該辦法之全文，參見王泰升、楊志航、林佳陵，前揭註93，頁273-276。該辦法第28條規定「山地保留地因行政區域之劃分，劃入平地行政區域者」應如何如何，可見山地保留地雖是戰後延續日治時期的蕃地而來的，但嗣後山地保留地已不全然座落於山地了。

<sup>103</sup> 參見臺灣省政府秘書處法制室（1950），《臺灣省單行法規彙編 第一集》，頁812-813，臺北：臺灣省政府秘書處。1952年1月12日由國防部公布「臺灣省戒嚴時期平地人民進入山地管制暫行辦法」取代1949年的管制辦法，其後臺灣警備司令部於1959年2月15日公布施行的「臺灣省戒嚴時期山地管制辦法」，亦採取類似的管制措施。參見王泰升（1997），《台灣原住民的法律地位》，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，頁300。

第 11 條已明文規定：「平地人民非經**呈准**，不得**使用**山地保留地；……平地人在山地設有戶籍者，准予租用房屋基地。」尤其是依第 13 條之規定，「平地合法公私營工廠、農林、漁牧等事業機關團體或個人」，只要「不妨害山胞墾殖及山地行政」，即可經由政府核准，「為**開發**山地資源」而**租用或使用**山地保留地。在上述兩種情形下為租用或使用，不得轉租或轉讓（第 14 條）。前揭規定讓一般**漢人**，尤其是經濟上強勢者，得以合法地進入高山族原住民族居住地，進行各種**開發行為**，使得山地保留地原漢混居。按清治時期承認漢人可合法租用熟番土地後，即民番混居，終致平埔族**流失**其土地，誠不知高山族原住民族會不會重蹈覆轍？該管理辦法第 16 條重申「山地保留地屬於國有」，故山地人民或租用的平地人民和事業機關「僅有使用收益權，不得將山地保留地及其土地改良物作為買賣、抵押、交換、贈與、租賃之標的」。這項規定使漢人資本家不易憑藉在山地保留地的財物獲得融資，但一般山地人民亦遭同樣的不利益<sup>104</sup>。

1966 年 1 月 5 日發布的修正後《臺灣省山地保留地管理辦法》，除延續既有的規定外，首次將過去僅施行於平地的個人主義**所有權**制度，引進居住於山地的高山族原住民，亦即山地山胞的社會中，**縮減**了其相對於台灣其他人民而具有的特殊性。1966 年的管理辦法第 3 條，先對本辦法所稱之「山地人民」，定義為係指**山地山胞**。再將山地保留地的「地權」，區分為兩種情形。其一是尚未辦理土地總登記，亦即日治時期以來還沒辦妥土地調查的土地台帳未登錄地<sup>105</sup>，山地人民對之有「**無償使用收益之權**，但不得將所使用之土地及其上建築改良物或其權利作為典賣、質押、交換、贈與、租賃之標的」（第 6 條）。其二是「地籍測量完竣地區」，使用山地保留地的山地人民，

<sup>104</sup> 該辦法之全文，參見王泰升、楊志航、林佳陵，前揭註 93，頁 277-283。在本辦法發布之前，確實已有向鄉公所租耕使用山地保留地的平地人，但 1948 年的管理辦法第 22 條曾明白表示其立場為「逐漸限制平地人民承租山地保留地」。

<sup>105</sup> 日治時期曾於 1898 年為土地調查，1910 年為林野調查，經調查完畢之土地即登錄於土地台帳。惟至 1945 年 1 月 1 日止，全台灣的土地中，已登錄地有 1,327,938 甲，其中私有地占 93.7%，僅極少數為國有地，但未登錄地仍多達 2,379,719 甲，其係國有地。見張金土（1953），《臺灣地籍整理之沿革》，頁 51、54，臺北：地政局地籍測量人員訓練班。



就農地登地**耕作權**，登記後繼續耕作**10年**時，無償取得土地**所有權**，就建築用地登記**地上權**，繼續無償使用，將來隨前揭農地一併無償移轉，就林地得聲請**租地**造林，租期不得超過**10年**，所植木竹為國家與造林人共有，就牧地得**承租**經營，租期不得超過**10年**（第7條）。且據此所取得或使用之土地或權利暨基地林地上之土地改良物，除繼承或贈與於得繼承之人外，**不得**讓與轉租或設定其他負擔；於取得所有權後如有移轉，「其承受人以能自耕之**山地人民**或供工業用或供建築用者為限，違者其土地所有權之移轉無效」（第8條）。這項規定應是為避免原住民族之土地流入**他族**之手，但仍可能因供工業用或建築用而轉手至非原住民的企業或個人。另在保留地係國有的概念下，訂定每人使用土地面積之最高**限額**，鄉公所應收回超額之土地（第9~10條）。且公私營企業或個人「為開發礦產、採取土石、施設交通、發展觀光事業、開設工廠所需土地或合法團體所需建築用地」，得經政府核准而租用或使用山地保留地（第33條）。於是山地保留地不全然是國有，尚有部份係**私有地**，且山地山胞已在一定程度內被**納入**資本主義經濟中。台灣省政府於1974年10月9日曾修正本辦法，但基本上仍維持上述格局<sup>106</sup>。

### 三、原住民族法律傳統遭否定卻也未貫徹法治原則

國民黨政權領台後，在國家法上即刻全面地將現代的民刑事法律，施行於對之相當**陌生**的高山族原住民族。如前所述，日治末的1945年，日本政權為使高山族原住民族能逐步融入日本這個現代型國家，曾表示10年後將對其適用包括現代的民刑事法律在內的「一般法令」。孰知就在同一年，接續統治的國民黨政權，為使台灣人民馬上融入中國這個現代型國家，立即將繼受自西方、具有現代性的中華民國刑事法律施行於高山族原住民族。此殊異於在台漢人從日治之初即開始逐步接觸現代民法的概念，經20餘年後才適用來自西方的現代財產法，且民事身分法還繼續適用立基於漢族法律傳

---

<sup>106</sup> 1966年1月5日及1974年10月9日所發布之「臺灣省山地保留地管理辦法」全文，參見王泰升、楊志航、林佳陵，前揭註93，頁284-308。

統的習慣法<sup>107</sup>。高山族原住民族在日治時期僅部份（亦即平地蕃人）曾在少數情況下適用過現代民法，卻突然、全面地被國家法律要求依現代民法經營其法律生活。此外，在台漢人自日治之初即在國家法上適用現代意義刑法及民刑事訴訟程序<sup>108</sup>，經過約半個世紀後，於 1945 年政權轉替之際，較易於適應同屬歐陸法的中華民國刑法及民刑事訴訟程序，但高山族原住民於日治時期並無相同的經驗，卻被同等視之。其根本的原因，恐怕是來自中國內地、猶具傳統天朝／漢族優越觀念的國民黨威權政府，並**不在意**高山族原住民族的感受。

看似「德政」之與漢人適用相同法律，對於高山族原住民族反而不利，就是因為這些法律**未曾**參酌原住民族**固有**的法律傳統。由於一概適用現代法制，故高山族原住民族的法律事務，**不再**如日治時期之由理蕃警察參酌原住民習慣進行裁斷<sup>109</sup>，而是由警察及司法機關依法律處理。問題是，在繼受近代西方法的中華民國法制中，漢族或原住民族的法律傳統，僅能於民法上以「習慣法」作為補充法源，或以「事實上習慣」解釋或補充當事人的意思表示或法律行為，於刑法及民刑事程序法或一般的行政法上，則幾無棲身之處，故漢族法律傳統也只有少數的如祭祀公業、合會等為民事法院所承認<sup>110</sup>。立足於運用在地資源自給自足之部落生活方式的原住民族法律傳統，在法律觀念或規範內涵上與現代的資本主義民法的**差距甚大**；然而這個差距從來不被稱為中華民國的這個國家的民事法所看見，遑論承認其法律效力。戰後中華民國政府的《臺灣民事習慣調查報告》，全然**欠缺**關於原住民族習慣的記載<sup>111</sup>，法院從而**不曾**以習慣法或事實上習慣之名、承認原住民族法律

<sup>107</sup> 參見王泰升，前揭註6，頁311-323、325-326。

<sup>108</sup> 參見王泰升，前揭註6，頁91-92、95-100、103。

<sup>109</sup> 從1945年的行政長官公署時代開始，「山地行政」就不再由警察專管，而改由一般民政人員處理。其詳細情形，參見王泰升，前揭註103，頁294-295。

<sup>110</sup> 關於此一論點，已於他文詳述。參見王泰升（2015），〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》，44卷1期，頁1-69。

<sup>111</sup> 於1950年代所做成的《臺灣民事習慣調查報告》，主要是參考日治時期的法院判決或法學論著，而如前所述，日治時期對於高山族原住民之民事事件不必由法院依法審判，故並無這類民事判決，以致戰後中華民國政府在台灣進行民事習慣調

傳統在國家民事法上發生效力。在屬於公法的刑法、訴訟法、行政法等法律領域，當然更無納入原住民族「習慣」的空間。因此，除非特別考量到原住民族社會實況或法律傳統，並將該項考量轉化成法條上文字，否則原住民族社會實況或法律傳統都進不了中華民國法的視野內。

於戰後初期，性質上屬行政規則的《臺灣省各級警察機關辦理山地案件應行注意事項》，曾表示「刑事案件，凡依法可以調解者，得……依據山地風俗習慣，在不抵觸法令範圍內，邀同當地人士，儘量予以調解……。」<sup>112</sup>顯然此時的中華民國警政當局已了解到對「山地案件」，有必要配合原住民習慣、探詢原住民部落領導階層意見，以進行「非法律解決」的調解。不過於戰後，警察機關的處置已不可違反如《刑法》等法律之規定，偏偏這些法律如上所述並未特別顧及原住民族。

前述有關原住民身分之認定或保留地之管理，的確已以條文加以明定，但戰後國民黨政權卻同時沿襲日本政權因不依法統治而僅以**行政命令**加以規範的作法。亦即該項有利於原住民的山地保留地制度，僅係出於行政機關的命令，並未以法律直接明文規定或授權行政機關為之。按中華民國法制已採納作為法治國最起碼的「法律保留原則」，依《中央法規標準法》之規定，人民之權利、義務，應以法律定之（第5條），關於原住民身分認定或保留地管理，涉及人民之權利義務，係屬應以法律規定之事項，即「不得以命令定之」（第6條），卻僅僅以「辦法」，而非稱為「法、律、條例或通則」的法律（第2條），來加以規範。據此，前揭山地保留地管理辦法，恐將因違反法律保留原則而無效，使原住民依此辦法可獲得的使用上利益全然落空。台灣的法院於1990年代之前，曾否採取該項不利於原住民的見解尚待考證<sup>113</sup>，但在法制上確實存在這項風險，或至少已表現出對原住民權利的輕

---

查時，僅僅提及漢族習慣，而未記載任何關於原住民族的習慣。亦參見王泰升，前揭註5，頁29、35。

<sup>112</sup> 見該「注意事項」第4點，臺灣省政府民政廳（1954），《臺灣省山地行政法規輯要》，頁190-191，臺北：臺灣省政府民政廳。

<sup>113</sup> 台灣法院於1990年代，確曾出現以山地保留地管理辦法違反法律保留原則為由而拒絕適用之判決。參見王泰升、楊志航、林佳陵，前揭註93，頁54-57。如果在

忽。由於山地保留地的管理被視為係行政權支配之事務，行政機關竟從 1958 年至 1985 年，曾六度藉「清理」等之名，以行政命令將原漢間私下讓售或轉租保留地之非法使用「就地合法化」，而非由政府依當時的保留地管理辦法收回，以致讓更多的保留地流入漢人之手<sup>114</sup>。

## 柒、晚近國家法律轉趨承認原住民族主體性

### 一、整體發展概況

從 1980 年代中期開始，具有民族主體性的「原住民族」概念出現於台灣。於 1970 年代與 1980 年代，在國際組織內及國際法的實踐上逐漸產生以「原住」(indigenous) 民族作為權利主體的觀念<sup>115</sup>。在原本僅有「山胞」、「少數民族」概念的台灣，1984 年 12 月由政治異議人士所成立的「台灣原住民權利促進會」，首度引進居住於台灣的南島民族是於今作為主流的漢族移入之前，這個土地原本的主人的「原住民族」概念，藉以像前述國際法上發展一樣，彰顯原住民族係政治及法律上主體<sup>116</sup>。就在 1990 年代台灣為推動政治民主化而展開數次修憲的時代氛圍下，1991 年及 1992 年的憲法增修條文，保障時稱「山胞」之原住民的公民與政治權利，接著 1994 年的憲法增修條文將「山胞」正名為「原住民」，尤要者，1997 年的第四次修憲，確立

---

相對較重視包括原住民在內的一般人民之權益的 1990 年代，都曾出現這種不利於原住民的司法實務見解，則在此之前的年代出現這類見解的機率恐怕更高。

<sup>114</sup> 參見顏愛靜、楊國柱，前揭註 69，頁 357-359。

<sup>115</sup> 至 2007 年聯合國通過「原住民族權利宣言」，原住民族權利正式進入國際法體系。參見蔡志偉（2011），〈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》，40 卷特刊，頁 1508-1512。

<sup>116</sup> 於 1983 年 5 月一群就讀臺大的原住民學生，曾發行一本創導「高山民族自覺運動」的刊物，此時尚沿用「高山民族」的稱呼。1984 年 12 月 29 日「臺灣原住民權利促進會」成立時，即發起將「山胞、番人、山地人」正名為「原住民」的「正名」運動。參見田哲益（2010），《台灣原住民社會運動》，頁 15-17、244，臺北：台灣書房。

原住民族條款(即今之憲法增修條文第 10 條第 11、12 項)的**集體權**的地位。並於 1996 年在行政院成立中央部會層級的原住民族事務**主管機關**，等於承認原住民族是不同於漢族、具獨特性的民族<sup>117</sup>。

從 1990 年代中期起，國家已陸續制定以保障原住民族的權利為目的法律。在前述 1994 年將「山胞」改為「原住民」之後，《姓名條例》也修改為：原住民的「姓名登記，依其文化慣俗為之；其已依漢人姓名登記者，得申請回復其傳統姓名」<sup>118</sup>。本於 1997 年憲法增修條文所承諾的「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」，1998 年出現了第一部原住民族專屬**法律**：《原住民族教育法》，以保障原住民族教育文化權，且不再如過去之僅以行政命令規範原住民族事務。2000 年台灣首度中央政府政黨輪替，中華民國法制相對於之前的從「國家發展」的角度，之後比較是奠基於國家與原住民族的「新夥伴關係」，來形塑原住民族的**集體性權利**。為保障原住民族狩獵文化權，2001 年修正《槍砲彈藥刀械管制條例》第 20 條，完成原住民族獵槍除罪化。為尊重原住民族傳統祭儀的文化權，2004 年修正《野生動物保育法》第 21 條之 1，藉由程序上的審核，賦予原住民族「基於其傳統文化、祭儀」之必要而獵捕野生動物的權利。為保障原住民族基本生存權利及其傳統經濟生產方式，2004 年修正《森林法》第 15 條，原住民族得依其生活慣俗需要，在其傳統領域土地內採取森林產物。前兩者法律均涉及「傳統領域土地」實際上所涵蓋的範圍，行政院原民會亦自 2002 年開始展開調查<sup>119</sup>。最具有意義的是，2005 年為落實現憲法增修條文第 10 條第

<sup>117</sup> 參見蔡志偉，前揭註 115，頁 1512。

<sup>118</sup> 其後《姓名條例》又修改為原住民傳統姓名可用羅馬字來書寫。然而實際上，原住民個人的「正名」，進展有限。於 2005 年，亦即 1994 年修改後 10 年，原住民正名者不滿 1 千名，且申請恢復族名後、再申請漢名者超過 50 名，原因是漢族社會對原住民族姓名的認識與尊重程度過低，且改名登錄手續不方便。參見若林正丈（著），洪郁如、陳培豐（等譯）（2014），《戰後臺灣政治史：中華民國臺灣化的歷程》，頁 399-400、443，臺北：國立臺灣大學出版中心。

<sup>119</sup> 從歷史考察的角度，高山族原住民族的「傳統領域土地」，應指日治之初所稱的「蕃地」，惟該等土地在日治時期僅少部分被劃為原住民族保留地，戰後亦大體上延續此制，已如前述。

12 項規定而制定的《原住民族基本法》；尤其值得注意的是其第 4 條表示「政府應依民族意願，保障原住民族之平等地位及自主發展，實行原住民族自治」，明白揭示與過去「同化」政策大相逕庭的「自治」目標<sup>120</sup>。另外，2007 年制定《原住民族傳統智慧創作保護條例》，確認了「原住民族傳統智慧創作專用權利」的集體性權利，等於是保障其傳統文化的經濟價值。

在台灣，上述憲法及法律上的改變，跟國際上原住民族的處境一樣，存在著口惠而實不至的「執行落差」現象。例如《原住民族基本法》雖然列出各種原住民族的基本權利，但在規範內容上賦予國家行政機關、立法機關乃至司法機關相當大的裁量權限，一定程度限縮了作為「權利」的屬性<sup>121</sup>。造成這些賦予原住民族權利的條文未能落實的原因，經常是國家法律仍舊**不承認**原住民族依其**法律傳統**（從國家壟斷法之形成的現代法觀點，稱為「習慣」或「生活慣俗」等），已形成特定的秩序狀態。例如《槍砲彈藥刀械管制條例》允許原住民擁有獵槍「供作生活工具之用」，然而在司法實務上，充滿對現代生活之想像的法院，大多以當事人的經濟狀態來判斷是否作為生活工具，而忽略傳統狩獵祭儀與活動對原住民族所具有的文化意涵，亦即無視原住民族依其固有觀念所形塑的自然資源利用制度。又如原住民依《野生動物保育法》所得合法獵捕者，不包括保育類野生動物，但國家在認定保育類野生動物與否時，並未納入原住民族傳統自然生態知識與文化系統的監測機制，以致符合原住民族法律傳統的行為在國家法上卻屬「非法」。《森林法》底下原住民族採集森林產物的權利，同樣可能因國家機關未考量原住民族基

---

<sup>120</sup> 參見蔡志偉，前揭註 115，頁 1512、1526、1528-1529。晚近台灣在進行地方行政區劃之變革時，也刻意維持原住民所聚居的「山地鄉」的自治性格。按 2014 年 1 月 29 日，《地方制度法》修正公布，增訂第 83 條之 2，明定直轄市之區由山地鄉改制者，稱「直轄市山地原住民區」，為地方自治團體，設區民代表會及區公所，分別為山地原住民區之立法機關及行政機關，依法辦理自治事項。在新北市轄區內的烏來區，因此恢復為具有公法人地位的地方自治團體，享有相當於鄉鎮市的地方自治權，為新北市轄域內唯一可由區民選舉區長及區民代表的市轄區。不過，這種地方自治的觀念，與以民族為主體的「原住民族自治」不盡相同。

<sup>121</sup> 參見蔡志偉，前揭註 115，頁 1527-1528。

於與土地及自然資源的相互依存關係所形成之山林使用規範，而限縮了國家法上可「合法」採集之物的範圍，大大減損修法以賦予原住民族權利的意義<sup>122</sup>。

惟無論如何，隨著原住民族的政治及法律上主體性獲得確認，原住民族之族數已增多。中華民國政府於 1954 年時所認定的「山胞」僅有屬高山族原住民族的「九族」，於 1990 年代原運風起雲湧之際，已有「還我族名」或爭取認定平埔族為原住民族的訴求。國民黨政府於 1997 年同意將原屬該九族的曹族，正名為「鄒族」。民進黨政府從 2000 年到 2008 年執政期間，陸續將原被列入九族之一、但要求自成一族（亦即「還我族名」）的 5 個族，認定為原住民族，使原住民族之族數達 14 族<sup>123</sup>。其中噶瑪蘭族從歷史文化的觀點係平埔族之一，但某些族人卻未被認定為原住民<sup>124</sup>。此外，亦屬平埔族之一的西拉雅族，則根本未被認定為原住民族。正因為不承認緣自荷治以來歷史的「平埔族」係國家法上「原住民族」，故原住民族族數的增多並沒有使原住民（個人）的總人口數大增<sup>125</sup>。在中華民國的國家法上，哪一族係屬原住民族，目前實務上是依《原住民身分法》（見後述）第 11 條第 2 項之規定，由行政院依其發布的行政命令，亦即《原住民族別認定辦法》而為認定<sup>126</sup>，故尚欠缺關於原住民族「民族認定」的立法<sup>127</sup>，且國家在認定原住

<sup>122</sup> 相關的案例及說明，參見蔡志偉，前揭註 115，頁 1530-1534。

<sup>123</sup> 這 5 個族，依認定之時序為：邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族、撒奇萊雅族、賽德克族。參見田哲益，前揭註 116，頁 68-80、253-255。

<sup>124</sup> 噶瑪蘭族之被認定為原住民族之一，係因某些戰後被登記為阿美族的平地原住民，原本是從宜蘭移居到花蓮的噶瑪蘭族人，其要求改以「噶瑪蘭族」作為其族名。但是，還有一些原本未被認定為原住民的噶瑪蘭族人，例如仍居住在宜蘭的噶瑪蘭族後裔，在現行法上並未因此而獲得原住民身分。此造成作為民族之概念的「原住民族」，與作為族人／個人之概念的「原住民」，相互脫節的不合理現象。參見詹素娟、張素玟（2001），《臺灣原住民史——平埔族史篇（北）：北臺灣平埔族群史》，頁 82-86，南投：臺灣省文獻委員會。

<sup>125</sup> 平埔族人當中，只有 1950 年代後期及 1960 年代前期曾申請登記為平地山胞者，方可被現行法制認定為原住民，僅此非常有限的程度內原住民（個人）的總人口數增加。

<sup>126</sup> 行政院原住民族委員會（編），《原住民族法規彙編 九十四年十二月版》，頁 63-64，臺北：行政院原住民族委員會。

<sup>127</sup> 原住民的身分認定是就「個人」決定其身分，原住民族的民族認定則是對特定「民

民個人身分的法定程序中，不問所屬民族本身關於成員資格的法律傳統，忽視了原住民族的主體性<sup>128</sup>。2008 年國民黨再次中央執政，且與民進黨不同的是，其可掌握立法院多數席次，然仍未積極的以法律、適當地處理此項民族認定問題。2014 年國民黨執政下的行政院再認定從原九族分出的兩族為原住民族<sup>129</sup>，於今國家所認定的原住民族共計 16 族。

## 二、較具開放性的原住民身分認定法制

在前述原住民族法制改革風潮中，中華民國法上關於高山族原住民之身分認定，於 1990 年代已修正了過去一些不當的認定標準。1991 年 10 月 14 日內政部發布《山胞身分認定標準》，基本上延續既有之關於「山地山胞」與「平地山胞」的定義（僅條文上將日治時期戶口登記簿登記為「山胞各族名稱」改為「山胞種族」），但當山胞與「非山胞」（不再稱「平地人」）結婚時，山胞女子或贅夫不再因而喪失山胞身分，惟非山胞之女子依舊不因而取得山胞身分，所生子女（含非婚生子女經認領或撫育）的身分在維持從父的原則下，例外地允許「母無兄弟，約定從母姓」者〔按：係配合《民法》的

---

族」的屬性為認定。參見林修澈（2001），《原住民的民族認定》，行政院原住民族委員會委託研究報告，頁21。據此，關於原住民身分認定的法律僅能就作為原住民的個人之「民族別」授權行政機關認定，而不能對整個民族是否屬於原住民族的「民族認定」有所置喙。固然若不能確認某民族屬於「原住民族」，即不能認定屬於那個民族的個人是「原住民」，但如此更顯現，在法律保留原則底下，應先以法律來規範原住民族的民族認定，才進而以法律來規範原住民的身分認定。

<sup>128</sup> 按《聯合國原住民族權利宣言》第9條規定：「原住民族與原住民個人有權依據相關社群或民族的傳統及習俗，隸屬該原住民社群或民族……」，該宣言第33.1條也規定：「原住民族有依其習俗與傳統決定其自我認同與成員身分的權利」，故國家不應單方面的以立法或行政措施進行原住民身分認定，而排除各民族本於其法律傳統對成員資格的發言權。感謝臺大法學論叢匿名審查人之一提供上述資料及論點。

<sup>129</sup> 2014年6月26日行政院核定拉阿魯哇族及卡那卡那富族為原住民族第15族及第16族。參見原住民族委員會網站，<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=35AE118732EB6BAF&DID=0C3331F0EBD318C24FC97240085684A9>（最後瀏覽日：10/24/2014）。



增修]，取得山胞身分；山胞被收養已不再喪失山胞身分，而非山胞被收養時，在維持不取得山胞身分的原則下，例外地允許「養父母無子女者，其養子女以一人為限，得取得山胞身分」。又，山地山胞與平地山胞結婚不影響其原有身分，所生子女之身分亦維持從父之原則。不過，1992年8月7日即有修正，刪除上述非山胞被收養得取得山胞身分的但書規定，似以提防漢人藉此取得山胞身分為最優先<sup>130</sup>。有鑑於1994年憲法增修條文以「原住民」取代1956年所確立的「山胞」一詞，1994年10月24日發布新的身分認定標準，將前揭法令的名稱及條文中的「山胞」兩字改為「原住民」，其餘均不變。

自2001年1月1日，亦即21世紀的第一天，開始施行《原住民身分法》<sup>131</sup>。這是首度以立法機關的**法律**，而非行政機關的命令，規範原住民的身分認定，且在內容上也有一些創新。該法就「山地原住民」、「平地原住民」的定義，仍維持向來之依原籍在「山地」或「平地」而做區別，且其本人或直系尊親屬在戶口調查簿上須登載為「原住民」<sup>132</sup>，不過平地原住民尚須向鄉鎮市區公所申請登記在案（第2條）。就原住民與非原住民（幾乎等於是漢人）間發生婚姻關係，則規定各自保持原有身分，不再一律規定原住民女子喪失或不喪失原住民身分，而改以尊重個人**意願／認同**，亦即不論結婚者是原住民的男子或女子都不喪失原住民身分，但可申請喪失原住民身分（惟不影響其直系血親卑親屬之原住民身分），婚姻關係終止後還可申請

<sup>130</sup> 「山胞身分認定標準」第2條、第3條。參見王泰升、楊志航、林佳陵，前揭註93，頁12-14。

<sup>131</sup> 不過該法係2001年1月17日公布。

<sup>132</sup> 原本在「原住民身分認定標準」係規定：「且戶口調查簿登記其本人或直系尊親屬為原住民種族」，「原住民身分法」則將最後的「種族」兩字刪除，只剩「原住民」。然而第2條係規定「本法所稱原住民，……其身分之認定，依下列規定」，而在規定身分認定之要件時，又出現「原住民」，則就「要件」而為規定時所稱之「原住民」，應非經認定後得出之「本法所稱原住民」。況且日治時期的戶口調查簿上，當然不可能出現「本法所稱原住民」的這種登記。在山胞／原住民身分認定標準，稱戶口調查簿登記為「山胞各族名稱」或「原住民種族」，是指日治時期的蕃人／高砂族各族，在此只剩「原住民」三字，變成是指各個人而非各族，似有不妥。

回復身分（第 3、9 條）。尤要者，原住民與非原住民結婚所生子女的身分，採父母**雙系主義**，「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分」，且由原住民單親所撫養的子女可取得原住民身分；同時也強調對個人**意願／認同**的重視，故是否從原住民之父或母之姓或原住民傳統名字，「未成年時得由法定代理人協議或成年後依個人意願取得或變更」，不受《民法》相關規定之拘束，等於是可自主決定是否擁有原住民身分（第 4、7 條）。非婚生子女及經認領者，亦大體比照上述婚生子女的身分認定方式（第 6、7 條）。較特別的是，山地原住民與平地原住民結婚，得約定變更為**相同**之「山原」或「平原」身分，其子女身分從之，若未為該項約定變更，其子女可自主擇一身分（第 10 條）；此似可解讀為，在尊重意願／認同的前提下，期望同一家之人在分類上趨一。就原住民與非原住民間發生收養關係，比照前述婚姻關係，被收養的原住民**不喪失**原住民身分，但基於尊重個人意願／認同而允許其申請喪失原住民身分（惟不影響其直系血親卑親屬之原住民身分），收養關係終止後亦可申請回復；向來頗有爭議之被收養人為非原住民時，在一定的年齡限制且收養人無子女之情形下，允許其**取得**原住民身分（第 5、9 條）。既有之可拋棄原住民身分但不得恢復的規定，也因具有個人自主決定的形式而被維持（第 9 條）。整體而言是更重視個人主義，且朝著讓**更多人**具有原住民身分而為規範，而非過去的盡量限縮。

### 三、原住民保留地制度以因循舊章為主

1990 年後的原住民保留地制度，略有調整。行政院於 1990 年 3 月 26 日發布《山胞保留地開發管理辦法》，大體上沿襲以往的規定，只不過增加原住民**使用**保留地的機會。受 1980 年代後期開啟的原住民族「還我土地」運動影響<sup>133</sup>，在此所稱「山胞保留地」還包括「劃編、增編供山胞使用之保留地」（第 2 條），不再局限於日治時期的蕃地概念，故納入某些在**平地**行政

---

<sup>133</sup> 於 1988 年至 1990 年間，「台灣原住民族還我土地運動聯盟」力推「還我土地」運動。參見田哲益，前揭註 116，頁 19-20。

區域內之土地<sup>134</sup>。是以「**山地保留地**」亦改稱為「**山胞保留地**」，其上的使用者包括山地山胞及平地山胞（第 3 條）。依此項辦法，山胞於保留地得擁有特定內涵的耕作權、地上權、承租權或無償使用權，但不得任意轉讓或出租；且仍維持山胞於取得所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以山胞為限（第 7～19 條）。本辦法增列山胞得因經營工商業而租用、興辦宗教建築設施而無償使用保留地；並優先輔導山胞進行保留地內礦業、土石、觀光遊憩及工業資源之開發，許其租用保留地，且相關權利移轉時受讓人以山胞為限（第 13～14、23～24 條）。山胞在依此等規定而更可使用保留地的同時，將更融入資本主義經濟活動，而對固有生活方式及文化產生一定的衝擊<sup>135</sup>。1995 年 3 月 22 日發布新的保留地管理辦法，只將法令名稱及條文中原稱「山胞」者改為「原住民」。新的《原住民保留地開發管理辦法》嗣後經數次修正，但基本規範方向與前述 1990 年版相同<sup>136</sup>。

不過，該開發管理辦法能否符合法律保留原則的要求仍有疑義，原住民在此等保留地所擁有的權利仍有陷於不確定的風險。前揭 1990 年的《山胞保留地開發管理辦法》，與先前不同的是，一開始就表明其係經法律授權而發布的命令，故稱「本辦法依山坡地保育利用條例第三十七條及農業發展條例第十七條第二項制定之」（第 1 條）。不過於 1990 年代，法院對於原住民保留地開發管理辦法是否符合憲法上法律保留原則，見解不一。曾有法院具體指摘，《山坡地保育利用條例》並未就原住民保留地之地上權的轉讓有所規定，其授權本旨亦無授權該辦法就此有所規範，故該辦法本身已增加法律所無授權之轉讓限制，進而影響人民之權利義務，有違法律保留原則，故不

<sup>134</sup> 在法制上，係將平地山胞承租之公有土地依其意願劃編為山胞保留地，並輔導其取得土地權利。參見顏愛靜、楊國柱，前揭註 69，頁 260。

<sup>135</sup> 1990 年的保留地開發管理辦法之全文，參見王泰升、楊志航、林佳陵，前揭註 93，頁 309-315。

<sup>136</sup> 歷次修正及現行規定，參見法務部網路，全國法規資料庫，<http://law.moj.gov.tw/Law/LawSearchResult.aspx?p=A&t=A1A2E1F1&k1=%E5%8E%9F%E4%BD%8F%E6%B0%91%E4%BF%9D%E7%95%99%E5%9C%B0%E9%96%8B%E7%99%BC%E7%AE%A1%E7%90%86%E8%BE%A6%E6%B3%95>（最後瀏覽日：10/12/2014）。

予援用<sup>137</sup>。按原住民身分認定制度已改以法律定之，徹底解決關於法律保留原則之疑義，但原住民保留地制度卻依舊以行政命令定之。民進黨執政時期，曾於 2002 年 1 月 17 日經內政部法規委員會審查通過一份「原住民族保留地開發管理條例草案」，但迄今一直未經立法院審議通過。在司法實務上，原住民是否因國家的立法怠惰以致不能援用原住民保留地開發管理辦法，轉而須受《民法》等其他法律的拘束，仍有待未來觀察。

#### 四、原住民族法律傳統國家法化的可能性

在民主化之後的台灣，民法典已較接納社會中的習慣規範，原住民族的法律傳統亦可藉此成為國家法的一部份。在中華民國《民法》中，不違反公序良俗的習慣，除了可作為法律未規定事項的法源外，還可因法條明定「依其習慣」等，或作為解釋或補充當事人意思表示或法律行為的基準，而被納入國家法中。民進黨中央執政時，因 2003 年發生鄒族頭目搶奪蜂蜜案引發原住民族不滿，而開啟國家對原住民族習慣的調查，這些調查結果將有助於法官在適用《民法》時，納入被稱為習慣的原住民族法律傳統。尤其是 2009 年《民法》物權編修正後，可依習慣創設物權、共同共有人權利義務關係可依其共同共有關係所由成立的習慣定之，在擴大習慣之運作空間的同時，讓原住民族關於土地及山林資源利用的法律傳統，有更多機會在民事法領域裡國家法化<sup>138</sup>。

在逐漸改變過去以行政命令處理原住民族事務的趨勢下，未來也可能直接以立法方式將原住民族法律傳統國家法化。按國家法對於漢族的法律傳統，例如內涵上有違憲法上兩性平等規定的祭祀公業，都於 2007 年，在對傳統為有限度修正的情形下，制定出《祭祀公業條例》<sup>139</sup>。那麼依憲法第 5 條所揭示之各民族一律平等，向來被國家機關所忽視、原住民族緣自生活方

<sup>137</sup> 參見王泰升、楊志航、林佳陵，前揭註 93，頁 57。

<sup>138</sup> 較詳盡的說明及法律論證，見另一文的討論。參見王泰升，前揭註 5，頁 28-31。

<sup>139</sup> 參見王泰升，前揭註 110，頁 50-51。

式／傳統所生的土地及自然資源的制度，亦可由民意機關以立法方式改造後，成為法律的內涵。

晚近台灣法院已設置原住民**專業法庭或專股**，希冀提升涉及原住民族事務之司法案件的審判品質。早在民進黨中央執政的 2003 年，就有在法院設置原住民專業法庭的提議，以在不修法的情況下，有限度但立即的改善原住民族在司法上的困境，但未被採行<sup>140</sup>。再次執政後的國民黨於 2012 年，讓此方案復活<sup>141</sup>，且不待被選定之專庭（股）法官已受過特別培訓，馬上從 2013 年 1 月 1 日起在 9 所地方法院民刑事庭開始實施，以保障原住民族之司法權益（《原住民族基本法》第 30 條第 2 項）<sup>142</sup>。司法院於 2014 年 9 月 3 日再設置 17 個原住民族專業法庭專股，所新增設者除了既有的地方法院層級，還擴及高等法院層級，以及審理行政訴訟事件的高等行政法院<sup>143</sup>。

之所以由專業法官審理原住民案件值得期待，乃因涉及原住民族的現行法律有多種解釋可能性，究竟採取何者端視法官的利益衡量或價值選擇，故期待**法官**對原住民族的文化價值有更多的**理解**，再獨立做成判斷。台灣高等法院 2010 年 2 月 9 日關於司馬庫斯倒木案的刑事判決，充分說明承審法官所扮演的關鍵性角色。按該案第一審判決竟對《森林法》剛修正賦予原住民族採集權隻字未提，第二審判決則無視於《原住民族基本法》立法目的，認

---

<sup>140</sup> 參見王泰升、楊志航、林佳陵，前揭註 93，頁 98-100。

<sup>141</sup> 2012 年 5 月 15 日司法院曾召開「評估設置原住民族專業法庭之可行性」座談會，筆者於會中主張有設置之必要，且宜透過司法人員研習所來培育對原住民族法律具有專業知識的法官，故此時已開始考慮，但尚未決定設置原住民族專業法庭。

<sup>142</sup> 原住民專業法庭（股）審理案件之範圍為：1. 被告為原住民之刑事案件；2. 兩造當事人為原住民、部落、原住民族之民事案件；3. 一造當事人為原住民、部落、原住民族之特定類型，或該特定類型之外經聲請獲准之民事事件。參見司法周刊（10/11/2012），〈司法院指定 9 地院 102.1.1 設原住民族專庭或專股〉，1615 期，頁 1，亦可參司法院網站，<http://www.judicial.gov.tw/jw9706/pdf/1615-1.pdf>（最後瀏覽日：10/25/2014）。

<sup>143</sup> 依司法院 2014 年 6 月 13 日發給臺北高等行政法院的「院台廳司一字第 1030016784 號」函，高等行政法院原住民族專業法庭（股）審理案件之範圍為：1. 原住民保留地、原住民身分及原住民族基本法等事件；2. 一造當事人為原住民、部落、原住民族之特定類型事件。

為該法第 19 條允許原住民所為的「採集」應符合《森林法施行細則》內有關國有林區之規定。所幸最高法院引用《原住民族基本法》第 1 條所揭示之保障原住民族基本權利，建立共存共榮之族群關係的理念，駁回原二審判決；再由更二審法院依該意旨，根據習慣調查報告及部落耆老證詞為事實認定，做出有利於原住民被告之判決<sup>144</sup>。在台灣已有法學者認為，原住民可能受其法律傳統影響而不認同奠基於現代法觀念的國家法，以致要求其遵守國家法實欠缺期待可能性，故可依《刑法》第 16 條免除其刑事責任<sup>145</sup>，或原住民因而對於財產犯罪，只負過失責任，故在僅僅處罰故意犯的情形下即屬無罪<sup>146</sup>。大概也只有對原住民族歷史經驗及文化有所認知的法官，才會慎重考量在司法個案應否採納如上的法律論證。從最新的司法實踐來看，原民專庭法官已展現出對原住民族較為友善的態度<sup>147</sup>。

國家法在酌採原住民族的法律文化／法律傳統的同時，也應省思改變過去為了將原住民同化為漢人、日本人、中國人，不斷壓縮其生存空間，所延續下來的法制。例如國家對於原住民族的認定，一直是以從嚴的態度，以限縮原住民族的民族規模。於今雖已認定了 16 族，但大體而言只在 1980 年代的「九族」範圍內分割出新的族名爾，仍舊排斥往昔被漢人稱為「熟番」、從日治時期起被摒棄於「特殊人群」之外的平埔族。就此，誠然還有民族認定應有的法定程序、判定基準、乃至同為原住民族但可依情況有別而為不同對待等問題需考量，但基於對歷史的理解而為的轉型正義，應進行關於原住民族認定的立法，以議題化這項歷史所遺留的課題。同樣的，過去現代型國家無視於原住民族的整體性、主體性，而採取蕃地／山地與普通／平地行政區域的劃分，以致迄今猶存的「山地」原住民與「平地」原住民之分類，應

<sup>144</sup> 參見蔡志偉，前揭註 115，頁 1533-1534。

<sup>145</sup> 參見王皇玉（2009），《刑罰與社會規訓：台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，頁 273-278，臺北：自刊。

<sup>146</sup> 參見許恆達（2012），〈規範、良知與文化衝突：從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題〉，發表於：《第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》，行政院原住民族委員會（主辦），花蓮。

<sup>147</sup> 例如參見自由時報電子報（03/06/2013），〈原民法庭 首判原民持私槍無罪〉，<http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/659171>（最後瀏覽日 10/26/2014）。

否**取消**？取消後形成內部均質的原住民族，即更有理由要求國家為這個民族設置自治區，以改變 1920 年以來之將原住民族納入地方州廳或縣級政府管轄。

## 捌、結 論

悠游於台灣島上的原住民族，原以自治方式，依從固有的原住民法，經營其法律生活。於 1620 年代，來自西歐的荷蘭人及西班牙人依其歐洲的國際法，宣稱對台灣本島擁有「主權」，並建立具有移墾地意涵的「殖民地」。荷蘭東印度公司因此依外來的國家權威的法律，定義台灣島上人民的屬性、劃定行政區域，並決定如何對待原住民族的固有法律。當時一部份被稱為「福爾摩沙人」的原住民，從而成為應服從荷蘭領主並受其保護的**屬民**，其與在台灣持居留證、參與殖民地經營的漢人移民雖有往來，但兩者之間不免存在著利益衝突。在國家法上，由荷蘭當局派駐台灣殖民地的長官，通過每年在大員舉辦的「地方會議」，將統治權賦予其從原住民村落所選出的「長老」行使。原住民族村落內一般紛爭或犯罪行為，即是由長老與公司指派的政務員處理，此時當然可能適用荷蘭人的法律，但相當大程度仍依從原住民族**固有法律**。

原向荷蘭人「效忠」的原住民村落，於 1661 年後改由來自中國大陸沿岸的鄭氏政權統治。鄭氏政權從漢族的天朝觀念出發，之前經歷荷治的原住民**反而**被「特殊化」為不屬於「民」（漢人）的「化外」之「番」，甚至未曾與漢人接觸的原住民被視為係「天下」之外的「非人」，故鄭氏政權以土牛為界阻隔之，不予理會。1684 年後清朝首次將台灣納入中原政權之版圖，治理漢人移民及被稱為「熟番」之已部分漢化的原住民族，且同樣不理會居住於土牛界線外、屬於「境外」之地的「生番」。在清朝「為防台而治台」的政策下，熟番雖在版圖內，但被認為是文化落後的特殊人群，其一方面須與漢人相隔離，以免合流抗清，故設置熟番特區，漢人只准租、不准買熟番地，另一方面熟番被要求防範生番之「侵擾」，導致兩者同為原住民族卻相

互敵視。然而，在一切法律事務均依從**漢人之法**的情況下，熟番地最終大量流入漢人之手，且熟番不可避免的日趨漢化，故清朝從起初的民番分治逐步走向合治，清治晚期之將擔任屯丁的熟番「編籍為民」，無異是宣告漢化之已完成。經過清朝統治 212 年，原住民族在台灣整個規模已大幅**縮減**矣。1874 年牡丹社事件使生番居住地的國際法上地位成為爭議焦點，但生番自身對此無從置喙，結果還導致清朝政府開始積極開發該地，讓生番**自此**面臨漢化威脅。

日本是**第一個**統治原住民族的現代型國家。延續清治末期的態勢，日本在國家法上，將原住民族一分為二，屬於平埔族（熟番）者被納入與漢族的福佬人、客家人同一人群分類的「本島人」，等於是在法律上**終結**平埔族作為「**特殊**人群」之地位。至於非平埔族的原住民族，則稱為「蕃人」，成為「理蕃」的對象，且將清治晚期的**生番地**稱為「**蕃地**」，依現代法的觀念認為全係官有地，有別於普通行政區域。不過日本當局在進行人口調查或國勢調查時，仍維持著漢人、熟番、生番的族群邊界，故平埔族人還具有可辨識性。值得注意的是，清治時期所謂的「化番」，於日治初期因其居住地已從「蕃地」改編為普通行政區域，而與熟番同樣視為本島人，**不再**屬於「蕃人」。換言之，高山族原住民族的生活空間及成員又**再縮減**了。不過，某些在台東、花蓮的高山族原住民族，雖居住地亦被劃入普通行政區域，但仍**維持**「蕃人」的特殊身分，而稱之為「平地蕃人」，以相對於「蕃地蕃人」。日治時期就在來自西歐的現代法制底下，每一位原住民都明確地被國家**認定**為是生番或熟番，生番再細分其種族別。且蕃地從 1920 年起亦被編入州廳管轄，故平地蕃人或蕃地蕃人均被劃入一般地方行政組織內，並未以特定種族為單位進行行政區劃。且蕃地中僅僅一小部份被劃為蕃人保留地，以致居住於蕃地的原住民族的生存空間遭到壓縮。

日治時期國家亦對高山族原住民，進行「特殊」的統治。就涉及蕃人蕃地的理蕃事務，在行政組織上係由**警察**部門統籌負責，理蕃警察扮演著蕃人的管理者、保護者，乃至懲戒者的角色。按關於高山族原住民各類法律紛爭或犯罪與否，除了少數的平地蕃人有機會進入或使用法院外，都由理蕃警察



依自由裁量而為處分，不受明治憲法上法治原則之拘束。弔詭的是，正因不必準據那些繼受自西方的一般法律，高山族原住民反而有一定的空間依其**固有傳統**過法律生活。不同於日治前期國家法須將本島人的「舊慣」轉譯成習慣法再適用於個案，國家就高山族原住民的法律事務，不必從其社會中的習慣找出可普遍適用於個案的規則，但理蕃警察在做個案裁斷時，卻可以**參酌**這些原住民族習慣，自由決定採用與否。例如對原漢通婚所生子女的身分認定，即曾依從阿美族源自母系社會的習慣。在警察機關所為的裁罰中，則大體上僅參考不違背現代法理念的「舊慣」。此外，依高山族原住民族「社內規約」而由頭目等所為裁斷，固然以依從習慣為主，但仍須受警察機關審查。

二次大戰後，改由來自民國時代中國的**另一個**現代型國家統治台灣，但就國家法律應如何定位原住民族，似乎**延續**者比更動者來得多。新來的中華民國政府以「山地」轉譯日治時期的「蕃地」，且為了將台灣在地人納入中國國族的想像內，認為原住民族只是一群在居地地域上特殊的人群，故稱為「山地同胞」，在統治機構及統治原則上與台灣其他人群趨向**一致**。然而在山地內，於日治時期即有**漢人**居住，故須進行個人身分的認定，以避免這些漢人享有山地同胞在稅捐、就學、選舉上的特殊待遇。台灣省政府因而於1954年明定：「山地同胞」為原籍在山地行政區域內，且其本人或父系尊親屬在日治時期戶籍簿上登載為高山族，亦即以前一個現代型國家所做的個人身分認定**為準**。但是，高山族原住民於日治時期即有很多並非居住於蕃地，故有所謂「居地於**平地**之山地同胞」。於1956年乃文規定，「平地山胞」係指日治時期居住於平地行政區域內，原戶口調查簿記載為高山族者，且應申請為平地山胞之登記。於是中華民國法上的山地山胞、平地山胞，基本上即**對應**到日治法上的蕃地蕃人、平地蕃人。戰前、戰後在人群歸屬或身分認定上的**差異**是，高山族原住民在戰後已經與福佬人、客家人同屬「本省籍」，以相對於「外省籍」之人，且戰後不久在國家法律上**不再承認**有「平埔族」這樣的人群分類，既有的平埔族人被迫改變其族裔認同，僅少數依國家法之規定經申請而成為平地山胞。

對原住民族採同化政策的國民黨政權，一直對原住民族的範圍及生活空間抱持盡量**限縮**的態度。1980 年發布的《臺灣省山胞身分認定標準》，除延續向來之依日治時期戶口登記簿上記載認定山地山胞及平地山胞之外，已明確地就平地山胞的身分認定**添加**「須經申請登記有案」之要件。尤其是該認定標準就原漢通婚或收養，規定山胞女子因從（平地人）夫而喪失山胞身分、平地女子卻不因從（山胞）夫而取得山胞身分；山胞因被平地人收養而喪失山胞身分、平地人被山胞收養卻不取得山胞身分。這般易於喪失、難以取得山胞身分，顯示山胞的身分是不被祝福、應儘量**減少**。戰後初期，國民黨政權延續日治時期國家法制之視「山地」為國有，並劃出一小部分作為專供山地山胞使用的「山地保留地」，但該等保留地遭非原住民占用的情形比日治時期更嚴重，高山族原住民族的生存空間再受擠壓。依 1948 年做成的規定，山地山胞在這些被「保留」的土地上，限於自用或生活上必要時可獲取林產物或副產品，但得自行栽種產物或從事獵獲，並被鼓勵開墾土地而為耕種，不過並未對土地或地上物擁有所有權。至 1960 年時，允許**平地人或企業**為開發山地資源，而租用或使用山地保留地，令人擔心重演清治時期熟番地，因開放漢人承租而終致流入漢人之手，且確已發生漢人非法占用保留地竟獲就地合法化之事。不久後，1966 年的管理辦法就保留地中尚未為土地調查者，賦予山地山胞無償使用收益之權，而就其中已為土地調查者，允許山地山胞就農地登記耕作權，且在繼續耕作 10 年後無償取得**所有權**，亦即在山地採取與平地一樣的**個人私有制**，雖該所有權僅可讓予能自耕的山地山胞。該辦法似已減縮山地山胞在經濟生活上的特殊性，而導往資本主義前進。

在同化或平地化的政策下，原住民族的法律傳統自然不為國家法律所看見或尊重。國民黨政權於戰後之初，**不顧及**高山族原住民族在日治時期之較少接觸現代法，一概對其施行原為漢族制定、繼受自西方的中華民國現代法制。源自西方的現代法本來就對東亞固有法律傳統相當不友善，但中華民國法院至少曾將一小部分漢族習慣納入國家法當中，卻**從未**依同樣的路徑接納過原住民族的法律傳統。其實國民黨政權亦以行政命令，而非以法律，規範

涉及原住民族的權利義務事項，有違國家法所明定的法律保留原則，但此並未如日治時期那樣換來原住民族法律傳統之某程度被援用。

隨著 1980 年代中期「原住民族」概念的引進，在 1990 年代透過數次修憲，原住民族成為政治及法律上的**主體**，並在憲法上擁有**集體權**。1998 年出現了第一部原住民族專屬的法律，以保障原住民族的集體性權利，於 2000 年代亦有不少法律基於同樣的目的而修正或制定，只不過該等立法在執行上仍有缺憾。但無論如何，由於整個法理念的**翻轉**，晚近原住民族的族數增多，原住民的身分認定亦朝著擴大整個民族規模、兼顧個人意願／認同的方向發展，凡此均與往昔迥然不同。此外，由於將某些平地原住民所居住的土地也劃入，故已改稱「原住民保留地」，但該制度猶出以行政命令，對原住民的保障尚嫌不足。最值得期待的是，在《民法》修改後更加重視社會上習慣之法制條件下，配合 2013 年起在各級法院內設置的原住民專庭或專股，國家法能適度地**尊重或納入**原住民族的法律文化，這樣才是對原住民族有意義的「法的統治」。

## 參考文獻

### 一、中文部分

- 王皇玉(2009)。《刑罰與社會規訓：台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》。  
臺北：自刊。
- 王泰升(1997)。《台灣原住民的法律地位》，行政院國家科學委員會專題  
研究計劃成果報告(未出版)，臺北。
- (2010)。《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》。  
臺北：自刊。
- (2011)。〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡  
行的制裁為中心〉，《臺大法學論叢》，40 卷 1 期，頁 1-98。doi:  
10.6199/NTULJ.2011.40.01.01
- (2012)。《台灣法律史概論》，4 版。臺北：元照。
- (2013)。〈中華民國法制「去一中」的進展與侷限〉，《台灣法學  
雜誌》，225 期，頁 31-44。
- (2013)。〈在法學與國家法中看見原住民族法律〉，《政大法學評  
論》，134 期，頁 1-46。
- (2014)。《台灣日治時期的法律改革》，修訂 2 版。臺北：聯經。
- (2015)。〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》，  
44 卷 1 期，頁 1-69。doi: 10.6199/NTULJ.2015.44.01.01
- 王泰升、陳怡君(2013)。〈從「認同」到「認定」：西拉雅族人的原住民  
身分認定問題〉，《台灣法學雜誌》，217 期，頁 12-25。
- (2013)。〈從「認同」到「認定」：西拉雅族人的原住民身分認定  
問題〉，《台灣原住民族研究學報》，3 卷 2 期，頁 1-20。
- 王泰升、楊志航、林佳陵(2003)。《原住民保留地土地專屬法庭設置研究》，  
行政院原住民族委員會委託研究報告(未出版)，臺北。

- 王泰升、薛化元、黃世杰（2014）。《追尋臺灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》，2版。臺北：五南。
- 甘懷真（2007）。〈導論：重新思考東亞王權與世界觀——以「天下」與「中國」為關鍵詞〉，收於：甘懷真（編），《東亞歷史上的天下與中國觀念》，頁 1-52。臺北：國立臺灣大學出版中心。
- 田哲益（2010）。《台灣原住民社會運動》。臺北：台灣書房。
- 寺田浩明（著），王亞新（等譯）（2012）。《權利與冤抑：寺田浩明中國法史論集》。北京：清華大學出版社。（簡體字版）。
- 行政院原住民族委員會（編）。《原住民族法規彙編 九十四年十二月版》。臺北：行政院原住民族委員會。
- 李崇儋（1996）。《日本時代臺灣警察制度之研究》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），臺北。
- 周婉窈（1997）。《台灣歷史圖說》。臺北：中央研究院臺灣史研究所籌備處。
- 林文凱（2014）。〈晚清臺灣開山撫番事業新探：兼論十九世紀臺灣史的延續與轉型〉，《漢學研究》，32卷2期，頁 139-174。
- 林佳陵（1996）。《論關於台灣原住民土地之統治政策與法令》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），臺北。
- 林修澈（2001）。《原住民的民族認定》，行政院原住民族委員會委託研究報告（未出版），臺北。
- 若林正丈（著），洪郁如、陳培豐（等譯）（2014）。《戰後臺灣政治史：中華民國臺灣化的歷程》。臺北：國立臺灣大學出版中心。
- 張金土（1953）。《臺灣地籍整理之沿革》。臺北：地政局地籍測量人員訓練班。
- 張偉仁（1983）。《清代法制研究》，1輯1冊。臺北：中央研究院歷史語言研究所。
- 張勝彥（1993）。《清代台灣廳縣制度之研究》。臺北：華世。

- 張瑞成（編）（1990）。《光復臺灣之籌劃與受降接收》。臺北：國民黨黨史會。
- 盛清沂（1980）。〈明鄭的內治〉，收於：黃富三、曹永和（編），《臺灣史論叢 第一輯》，頁 125-162。臺北：眾文。
- 莊金德（1960）。〈臺灣屯政之興廢〉，《臺灣文獻》，11 卷 4 期，頁 33-107。
- 許恆達（2012 年 10 月）。〈規範、良知與文化衝突：從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題〉，發表於：《第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會》。行政院原住民族委員會（主辦），花蓮。
- 黃秀政、張勝彥、吳文星（2002）。《臺灣史》。臺北：五南。
- 黃唯玲（2012）。〈日治時期「平地蕃人」的出現及其法律上待遇（1895-1937）〉，《臺灣史研究》，19 卷 2 期，頁 99-150。
- 黃富三（1980）。〈清代臺灣漢人之耕地取得問題〉，收於：黃富三、曹永和（編），《臺灣史論叢 第一輯》，頁 193-220。臺北：眾文。
- 葉高華（2013）。〈排除？還是放棄？平埔族與山胞身分認定〉，《臺灣史研究》，20 卷 3 期，頁 177-206。
- 詹素娟（2004）。〈日治初期臺灣總督府的「熟番」政策：以宜蘭平埔族為例〉，《臺灣史研究》，11 卷 1 期，頁 43-78。
- （2005）。〈臺灣平埔族的身分認定與變遷（1895-1960）：以戶口制度與國勢調查的「種族」分類為中心〉，《臺灣史研究》，12 卷 2 期，頁 121-166。
- （2010）。〈「族系未詳」再思考：從「國勢調查」到「戶口普查」的人群分類變遷〉，《臺灣風物》，60 卷 4 期，頁 77-100。
- 詹素娟、張素玢（2001）。《臺灣原住民史——平埔族史篇（北）：北臺灣平埔族群史》。南投：臺灣省文獻委員會。
- 臺灣省政府民政廳（1954）。《臺灣省山地行政法規輯要》。臺北：臺灣省政府民政廳。
- 臺灣省政府秘書處法制室（1950）。《臺灣省單行法規彙編 第一集》。臺北：臺灣省政府秘書處。

歐陽泰（著），鄭維中（譯）（2007）。《福爾摩沙如何變成臺灣府？》。  
臺北：遠流。

蔡志偉（2011）。〈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》，40卷特刊，頁1499-1550。doi:  
10.6199/NTULJ.2011.40.SP.03

鄭維中（2004）。《荷蘭時代的台灣社會：自然法的難題與文明化的歷程》。  
臺北：前衛。

戴炎輝（1979）。《清代臺灣之鄉治》。臺北：聯經。

薛允升（著），黃靜嘉（編）（1970）。《讀例存疑重刊本》，2冊。臺北：  
美國亞洲學會中文研究資料中心。

-----《讀例存疑重刊本》，3冊。臺北：美國亞洲學會中文研究資料中心。

藍鼎元（1958）。《東征集》，4卷。臺北：台灣銀行經濟研究室。

顏愛靜、楊國柱（2004）。《原住民族土地制度與經濟發展》。臺北：稻鄉。

## 二、日文部分

長尾景德、大田修吉（1934）。《臺灣行政法大意》，新稿。臺北：杉田書  
店。

臨時臺灣舊慣調查會（1910）。《臺灣私法》，1卷上。臺北：臨時臺灣舊  
慣調查會。

## 三、英文部分

Hsu, W. -H. (1975). *Chinese Colonization of Taiwan* (Unpublished doctoral  
dissertation). University of Chicago, Chicago, Illinois.

**Indigenous Peoples in the Legal History of Taiwan:  
Being a Special Ethnic Group, Territory and Legal Culture**

*Tay-Sheng Wang*<sup>\*</sup>

**Abstract**

For a long time, indigenous peoples lived alone in Taiwan according to their own laws. The Dutch and Spanish, the first foreign rulers in Taiwanese history, claimed their sovereignty over Taiwan in accordance with European international law, treated indigenous peoples, called “Formosan,” as subjects under European-style legal system. The Koxinga regime established by Han Chinese considered indigenous peoples with obedience to be barbarian, rather than civilized subjects, and regarded those indigenous peoples who were not ruled by this regime as non-human beings by setting up a boundary to block off them. The Qing Dynasty followed the attitude toward indigenous peoples mentioned above and thus divided them into “plains aborigines” (mature barbarian) and “mountain aborigines” (raw barbarian). The former were ruled by the Qing Empire but lived in a special area to segregate them from the Han Chinese settlers in Taiwan. The latter were not ruled by the Qing administration and resided in “outside borders.” However, because the Qing government allowed Han Chinese to lease the land of plains aborigines, their land was finally controlled by Han Chinese settlers, and plains aborigines were gradually assimilated by Han Chinese during the period of Qing’s rule in Taiwan. Furthermore, after 1874, the Qing Empire began to manage the land of mountain aborigines, who have suffered the threat from the assimilation of Han Chinese from then to the present days.

A modern state began to dominate the people in Taiwan after prewar Japanese Empire acquired the sovereignty of this island. Plains aborigines were

---

<sup>\*</sup> NTU Chair Professor, College of Law, National Taiwan University.  
E-mail: tswang @ntu.edu.tw



merged into the Taiwanese, called “islanders” in the positive law. Mountain aborigines, generally called “aborigines” only during the Japanese period, resided in the “aboriginal land,” where was the land of “outside borders” in the Qing period. Some aboriginal land was incorporated into “ordinary administrative area” later, and those mountain aborigines who resided in the ordinary administrative area were called “plains mountain aborigines.” Furthermore, only a part of aboriginal land was reserved for the use of “mountain aborigines in aboriginal land” by the Japanese authorities. Apparently, the living space and the number of mountain aborigines decreased under the Japanese rule. Legal affairs of mountain aborigines were managed with by the discretion of special policemen for them with the exception that some of those mountain aborigines who resided in the ordinary administrative area had opportunities to contact the modern law because of their access to the modern court. Ironically, legal traditions of mountain aborigines to a certain extent became active in their daily lives because it was not necessary for the police to govern the legal affairs of mountain aborigines by the law in colonial Taiwan, which had was always modeled on the modern law shaped by the West.

In post-war Taiwan, the Kuomintang (KMT) regime considered mountain aborigines as a special group of peoples who resided in “mountain area,” namely aboriginal land in the Japanese period, and therefore called them “mountain compatriots.” Those citizens belonging to mountain compatriots were mostly treated in law the same as those of other citizens. However, some of mountain aborigines did not reside in the so-called mountain area after the Japanese rule in Taiwan. As a consequence, mountain aborigines were divided into “mountain-area mountain compatriots” and “plains mountain compatriots” in the positive law in postwar Taiwan. The existence of mountain aborigines has been completely denied in the law. Not surprisingly, the scope and living space of indigenous peoples were reduced again by the KMT regime. Under the policy of assimilation, the legal traditions of indigenous peoples were always neglected by the positive law in postwar Taiwan. Until the 1990s, there was a big change for the legal attitude toward indigenous peoples in Taiwan. The indigenous peoples have become an entity in politics and in the positive law after several

amendments of the constitution of Taiwan in the 1990s. Many rights of indigenous peoples have been recognized in statutes of present Taiwan; however, the enforcement of these statutes is still poor. The idea of rule of law is not significant for indigenous peoples unless the legal culture of them has been adopted or respected by the law.

**Keywords: indigenous peoples, the Dutch East India Company, mountain aborigines, plains aborigines, aboriginal land, aborigines, mountain compatriots, the reservation area**