

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*

王泰升**

〈摘要〉

日本在殖民地台灣的統治初期，即以高山族原住民族不具有法律上之人格，非帝國臣民等為由，連最形式意義的法治原則都不願施行；從而在實踐上確立了對於高山族原住民族「不適用一般法律」的作法。按 1900 年台灣總督府表示：被告為高山族原住民的刑事案件起訴與否須經其同意，即明白排除現代法上法治原則之適用，並漸次確定由行政機關對高山族原住民事務自由裁量的統治機制。1915 年理蕃事業結束後，絕大部分蕃地已被納入國家的有效統治範圍內，蕃人亦被承認為帝國臣民，但前述「蕃人不適用一般法律」的作法，僅對於劃歸普通行政區域的高山族原住民族（多數為在東部的阿美族）略有所調整，而對於在蕃地的高山族原住民族則始終維持著。直到 1930 年霧社事件後，日本統治當局為加強對高山族原住民族的「教化」，方擬使其「漸次適用一般法律」，但尚不及實施即戰敗離台。

日本殖民統治當局對於高山族原住民惡行的制裁，大概可分「進入司法體系適用一般法律」、「行政機關自為裁量」、「依舊慣或社內規約」等三類。

* 本文在史料的搜尋與分析上獲得臺大法律學院黃唯玲、小金丸貴志兩位博士生的大力協助，尤其是煩請黃唯玲博士生一再補尋資料並調整註釋及做成參考文獻，若沒有這些協助和幫忙，就沒有這篇文章的誕生，特在此表達至深的謝意。又，初稿係國立臺灣大學優勢重點領域拔尖計畫：「東亞法治之形成及發展」底下一個子計畫的研究報告，感謝該計畫的資助，以及其他子計畫主持人和發表會上與會者對本議題的惠賜卓見。

** 國立臺灣大學法律學院教授。E-mail: tswang@ntu.edu.tw

• 投稿日：12/31/2009；接受刊登日：04/02/2010。
• 責任校對：劉有好、張家茹、許哲涵、邵允鍾。

按進入司法體系者少之又少，在部分時期還需經過總督之同意，故「行政機關的自為裁量」以及「依舊慣或社內規約」，才是處理高山族原住民惡行的主要手段。關於行政機關的裁量，也僅台東廳曾制頒「蕃人懲罰內則」，有較明確的判斷基準，其餘州廳幾乎就是聽任官員就個案自由處斷。「舊慣」在 1930 年代之後逐漸成文化為「社內規約」，但其之執行亦須得到警察的批准。因此這兩種類型的懲罰，其實都是由基層的理蕃警察所掌握。而理蕃警察的處置方式，實參雜了現代法的元素以及原住民族的傳統習慣。就此而言，高山族原住民族在日治時期已曾接觸過現代法律觀念，只不過其所生的影響非常有限。

關鍵詞：原住民族、法治、現代法、習慣、警察、刑事制裁

◆ 目 次 ◆

- 壹、前言：一個從台灣法律史出發的法律繼受上議題
- 貳、「未開化」原住民族欠缺憲法上法治原則的保障
 - 一、日本形式意義法治底下的台灣憲政體制
 - 二、「未開化」原住民族的國籍歸屬與適用帝國法律問題
- 參、統治初期的政策摸索與確立：對現代法治的排除
 - 一、否定特殊立法的必要性：廢棄生蕃刑罰令草案
 - 二、可排除一般法律之適用：依 1900 年內訓第 1 號
 - 三、由警察機關依行政需求為裁量：依 1906 年的通牒
 - 四、對於刑事案件的裁斷實況
- 肆、理蕃五年計畫後的被納入國家統治：緩和對現代法治的排除
- 伍、霧社事件後至戰爭末期：欲漸次適用一般法律但終未實現
 - 一、仍不實施現代法治的新理蕃政策及最後的期約
 - 二、幾乎不適用憲法上法治原則
- 陸、依州廳警察訓令或高山族原住民族社內規約而為制裁
 - 一、依各州廳警察法規而為臨機處分

- 二、依高山族原住民族社內規約而為制裁
- 柒、警察行政處分與依社內規約所為處分的運作實況
 - 一、依警察機關之資料而為分析
 - 二、警察行政處分與社內規約處分所佔比例之分析
 - 三、現代法治與高山族原住民族福祉之關係
- 捌、結論

壹、前言：一個從台灣法律史出發的法律繼受上議題

今天台灣社會許多人皆可朗朗上口的「法治」一詞，其實乃源自西方文明。西方社會從早期，在概念上即存在著一個可普遍適用於所有個案、具有「一般規範」性格的法（law）；亦在此概念下，衍生出來自上帝或理性的「自然法」（natural law）的主張。另一方面，現代型主權國家則欲壟斷形成法（law）之內涵的權力，亦即以國家機關所制定頒布或所承認的實證法（亦可譯為「實定法」，positive law），作為規制人民的社會生活的普遍性判斷準則，並以國家機關強制力確保其之被遵守。「法治」因此泛係指在某一社會中，法具有優越的地位，不單是任何人民均須遵守，且政府的作為亦須依從法的指令，包括政府所制定的法律（statute）都須經由某一特定程序產生。近代西方的立憲主義（constitutionalism）正是基於這般對法的定位，而有「依法裁判」的要求，並在國家體制內設置一個以發現法之所在、且僅僅以之作為裁判準據（不受行政需求影響）的獨立的司法機關／法院，同時使行政、甚至立法等國家統治權之行使，皆須置於法之下。

但是，如上定義的法治，並不存在於強調由君主制「法」以處罰百姓的傳統東亞社會，包括今日所稱之中國、日本以及台灣¹。其中，因 1895 年馬

¹ 源自中原春秋戰國時代的「法家」所稱之「法治」，係指依據對人外在行為的賞或罰（特別是罰）而為統治，且只要是君主的命令就是「法」，百姓不能懷疑其合理性，須全然服從之；且既然法家認為「法由君生」，法的內涵係由君主產生，則法

關條約的簽署而取得台灣主權的日本，也是到了十九世紀中期以後，才為了因應西方列強的壓力而進行明治維新，將日本從一個具有前現代（pre-modern）性格的傳統東亞國家，轉型為中央集權的現代型國家（modern state）。在法律制度上，日本明治政府也基於修改與西方強權所訂不平等條約的政治需求，而進行日本法律的西方化／現代化，繼受近代歐陸本於個人、自由主義思想及資本主義經濟所制定的憲法、民刑法、訴訟法等成文法典，源自歐洲的憲法上法治原則也因此成為近代日本國家法體系的一部份²。簡言之，近代歐陸所稱的「法治」，不僅宣示須以法作為國民生活的**最高規範**，也意味著法的**內涵**就是前揭個人主義式的憲法、民刑法、訴訟法等法典，其亦被稱為「現代法」（modern law）³。就在清朝統治下的中國尚未繼受如前所述的現代法之時，原本自中國遷移至台灣的漢族移民和原住台灣卻受漢化的平埔族，即因 1895 年以後受日本的殖民統治，而接觸了被日本所繼受的西方法治觀念及現代法⁴。

不過，從**新興的台灣史**的觀點，台灣除了漢族移民和已受漢化的平埔族

怎能限制君主的意志或活動。法家的「法治」，經由絕對的「君治」，已成為隨君主個人意志移轉的「人治」了。參瞿同祖（1984），《中國法律與中國社會》，頁 368-370、394，台北：里仁；楊鴻烈（1987），《中國法律思想史》，頁 140-141，台北：台灣商務印書館。此一法家的思想，透過文化交流已從中國大陸（中原）傳播至朝鮮半島、日本群島，成為東亞社會傳統法律思想的核心之一。由於包括日本、中國等東亞國家於十九世紀時，用漢字中的「法」，來翻譯性質上有別於法家/古籍所稱之「法」的近代西方的「law」，以致於一般人面對乃是作為西方「law」之翻譯的法，經常仍以傳統中國法家所稱之「法」的意義來理解其內涵。

² 山中永之佑等著，堯嘉寧等譯（2008），《新日本近代法論》，頁 2-3、40-58，台北：五南。

³ 華文中的「現代法」，在日文中以漢字書寫為「近代法」，係指近代西方本於個人、自由主義及資本主義經濟所形成的法律體系，參王泰升（2009），《台灣法律史概論》，3 版，頁 101-106，台北：元照。西方於進入近代後，不論是採取由法院判決形塑出不成文的「普通法」（the common law，但由議會所通過的「制定法」[statute] 亦屬法源之一）的英美法系國家，或者是羅馬法復興後採取成文法典（code）的歐陸法系國家，同樣是依循西方啟蒙運動後的法理念。

⁴ 王泰升（1999），《台灣日治時期的法律改革》，頁 381-383、401-405，台北：聯經。

外，還有**未曾**受清朝中國統治，仍保持**固有**法律文明的「高山族」原住民族⁵，這群台灣原住民族是否或在怎樣的程度內，接觸或接受了源自近代西方的法治文明呢？應該也是一個值得探究的議題，但在台灣乃至國際的學術界，卻總是**被忽略**。按過去學界習於從日本、中國、乃至韓國的法律發展史著眼，故總是追問：在西方的法治文明被引進東亞之後，其與原主宰東亞社會的傳統中國法律文明之間的異同、抗衡與調適。於是，雖位處東亞，但原不受傳統中國法影響的台灣原住民族，與來自近代西方的現代法治的相遇及其演變，即不是關切的對象。然而，一旦將關心或研究的焦點移至台灣社會本身，則由於「原住民法」乃是存在於台灣的第一個法律文明⁶，且一直存在於斯土上，故原住民族與現代法治觀念及現代法之間的遭逢，就成為台灣法律史研究上不能不面對的議題。

立足於台灣法律史的本文，因此擬探究：台灣史上首次出現採用現代型

⁵ 之所以稱「高山族」，乃是為了相對應於同屬台灣原住民族的「平埔族」。作為「高山族」的特徵，即是在日本來台統治之前，並未曾受外族統治，仍保有其固有文化，其雖然多數居住於高山地帶，但如阿美族則係居住於平地地帶，日治時期其被官方稱為「生蕃」、「蕃人」、「高砂族」。在戰後的中華民國法制下，高山族原住民族又被依據係居住於「山地鄉」（原日治時期的蕃地特別行政區）或「平地鄉」（原日治時期的普通行政區），區分為「山地山胞」、「平地山胞」。於1990年代，其在國家法上被改稱為「原住民族」，但仍維持「山地」「平地」之別。至於「原住民」一詞，通常被用來指稱原住民族當中的個人，例如台灣現行法制中即有「原住民身分法」。於今，國家法上的「原住民族」，應否涵蓋原住台灣、卻被漢化的平埔族，仍有爭議。不過，從追求歷史正義的觀點，平埔族本是原住於台灣的南島民族，從十七世紀起至十九世紀末因遭外來的荷蘭人、漢人、滿人政權接續統治，以致固有文化流失，且日本政權（1895-1945）亦不再認為其具有「未開化」原住民族的屬性，但倘若於今，其欲重拾過去因被壓迫、被污名化而逝去的「原住民族」認同，則不論是曾扮演壓迫者角色的漢族，或曾同遭壓迫的高山族原住民族，都沒有理由拒絕其自我認同的主張。

⁶ 若將「法」定義為，係指於社會規範中，某些可透過該社會所共同承認的權威機關的強制力，加以貫徹執行的規範，則在現代型主權國家裡，這個「權威機關」即是國家，由其制定、承認並執行國家法（相對於自然法而言）；但於不存在這類主權國家的社會裡，包括台灣原住民族社會，亦有某種政治組織體，以強制力來執行可稱為「法」的社會規範。是以，台灣原住民族亦有其「原住民法」。參王泰升，前揭註3，頁19-23。

法制的日本殖民政權，是否將其憲法上法治原則導入對於高山族原住民族的統治？當時高山族原住民的法律生活，是否受到已採用現代型法制的日本法的影響呢？此後還有許多接續的議題有待探討，例如二次大戰後，來自中國的國民黨政權將同樣繼受近代歐陸法制的中華民國法帶入台灣時，是否以法治原則來處理原住民族事務？原住民族的法律生活因而受到怎樣的影響？2000 年台灣中央行政部門發生政黨輪替後，民進黨政府在這件事情上又有何作為呢？但這些都超越在此所設定之日治時期的範疇，故不予以討論。至於今之原住民族應如何看待法治原則呢？本文僅僅基於如下對日治時期所為的歷史考察，而提出初步看法；實有待將來再探究戰後的發展歷程，方能為更周延與深入的思辨。

在論述架構上，將先交代日本帝國於十九世紀末統治台灣之時，其係如何在怎樣的程度內，將原屬西方的法治觀念納入國家法制裡，進而在怎樣的程度內將明治憲法上法治原則帶入整個台灣殖民地，以及當中對於高山族原住民族的統治架構裡。接著，由於法律生活的涵蓋面十分廣泛，故將討論焦點縮小至日本統治當局對於高山族原住民之惡行的制裁，逐一探討關於被告屬於高山族原住民族的刑事訴訟案件、犯罪即決案件、警察為行政處分之案件、依蕃社社內規約而為處分之案件等的國家法上規定，及其實際運作狀況，以說明現代法治對其法律生活所可能有的影響。最後則嘗試思考現代法治，與爭取高山族原住民族福祉之間的關係。

貳、「未開化」原住民族欠缺憲法上法治原則的保障

一、日本形式意義法治底下的台灣憲政體制

每個觀念、原則的生成必定有其時空背景，欲瞭解十九世紀末日本所帶至殖民地台灣的憲法上法治原則，必須先探求十九世紀歐洲，特別是作為日本明治憲法之繼受母國的德國，對於法治內涵的理解。按當時歐洲所盛行的是所謂「形式意義的法治」，雖認為國家所有權力之表現都必須根據法律，

法律必須依照憲法所規定的形式程序而制頒，司法與行政必須受法律的拘束，但並不追究依合法程序所制頒的法律之是否公正、合理，亦即只注重法律的形式，而對於內容所蘊含的價值較少著墨。1945年二次大戰結束後，德國學界有鑑於納粹政權乘威瑪時期偏重形式意義法治國概念之便，而遂行所謂「制定法上之不法」的統治，乃將德國的法治國概念由「形式法治國」朝向「實質法治國」發展，強調國家行為不只需受法律拘束，包括法律本身亦應取向於特定實質的基本價值⁷。

統治台灣的日本帝國，當時所接受的正是戰前德國的形式意義法治⁸。

⁷ 依戰後德國「形式意義法治國」與「實質意義法治國」的概念，前者係以「法」來取代傳統以「實力」統治國家的手段，注重的是手段層面；後者則必須對於「法」的目的加以探討、挑戰，亦即以形式意義法治國為基礎，再加上對法律的實質內涵進行價值判斷。參法治斌、董保城（2001），《中華民國憲法》，3版，頁32-33，台北：空大；陳新民（2001），《法治國家論》，頁3-5，台北：學林；陳愛娥（2001），〈法治國原則的開放性及其意義核心：法治國內涵的矛盾與其解決的嘗試〉，林文雄教授祝壽論文集編輯委員會編，《當代基礎法學理論：林文雄教授祝壽論文集》，頁193，台北：學林。

⁸ 目前日本學界的主流說法，認為戰前日本的「法治主義」、「法治國」概念係來自於德國之學說；直到二次大戰後，才出現「法的支配」一詞來指涉英美法之「the Rule of Law」。且在戰後初期，日本的法律學界對於「法治國」與「法的支配」二詞有所混用，並未明確區分二者，參佐藤幸治（1998），〈自由の法秩序〉，佐藤幸治、初宿正典、大石真編，《憲法五十年の展望Ⅱ 自由と秩序》，頁4-9，東京：有斐閣。按日本「法治原則」的形成過程，大約在明治20年代，也就是1880-1890年代，將德文「Rechtsstaat」翻譯為「法治國」；受德國形式法治國概念之影響，明治30年代確立了以「法律保留」、「法治行政」為主的法治國概念，並以其作為憲法上法治原則的基礎，參高田敏（1992），〈第50講 法治主義〉，日本近代法制史研究会編，《日本近代法120講》，頁120，京都：日本近代法制史研究会；高田敏（1982），〈戰後わが国における「法治主義と法の支配」論争—序説〉，覺道豐治等編，《法と政治の現代的課題：大阪大学法学部創立三十周年記念論文集》，頁53-55，大阪：大阪大学法学部。宜先澄清的是，在此僅是「描述」出戰前日本並不存在連作為其學習對象的德國都沒有的「實質法治國」觀念，而未批判當時的日本統治當局何以不採實質法治國，反而是「理解」戰前日本之沒有實質法治國觀念。但是，若立足於現在，來思考當今原住民族法律問題，則當然不贊同像戰前那樣僅僅注意形式法治國。其實，縱令戰前日本已具備實質法治國概念，也不必據以保障殖民主地上原住民族的利益，蓋筆者即曾指出：「日本當然不會把連他自己都沒有的（例如法的統治）給予台灣人；但日本有的，卻可能仍不給台灣人」，

1889 年公告並施行的**明治憲法**，係以如下的規定來體現當時所理解的法治原則⁹。首先是 1.「法律的支配」，亦即「法治行政」，係指行政、裁判依據國會所制定的法律而行的體制。法治行政是由以下的原理構成：(1)法律的法規創造力——法規之形式以議會協贊（憲法第 5 條、第 37 條）通過的法律為原則¹⁰。(2)法律優位——以法律形式所表示的國家意思，較其他國家作用優先，亦即行政及裁判不得抵觸法律。這項原則使得明治憲法上關於國家統治權之行使，係採權力分立。(3)法律保留——特定的事項必須由法律特別規定。如明治憲法第二章關於臣民的自由與權利，須有法律的根據才能加以限制。其次是 2.「法治行政保障制度」，依據明治憲法第 61 條¹¹，而訂定行政裁判法；並且依行政裁判法第 16 條，承認國家賠償制度。再者是 3.「形式的法治主義」，不問法律內容的實質正義問題，所以未規定法律侵害人民權利的界限。不過，上述幾個原則如後所述也存在著廣泛的例外。

明治憲法乃是在當時政治多方角力下，相互妥協後的產物¹²。雖然天皇已承諾其統治權的行使，必須依照其所頒行的憲法，由各國家機關協助行使之¹³，例如立法權依憲法第 5 條需透過議會協贊¹⁴；但是，憲法第 6 條到第 16 條同時規定了天皇的各「大權事項」，也就是天皇得不經議會贊同 / 通過

且同樣的，「西方強權在母國所施行的制度，不必然會給予殖民地人民」，參王泰升，前揭註 4，頁 374-375。

⁹ 高田敏（1992），前揭註 8，頁 120-122。

¹⁰ 明治憲法第 5 條：「天皇依帝國議會之協贊，行使立法權。」第 37 條：「凡法律須經帝國議會之協贊。」

¹¹ 明治憲法第 61 條：「因行政官廳之違法處分而使其權利受到傷害之訴訟，當屬於另依法律規定之行政裁判所審判，不在司法裁判所受理範圍之內。」

¹² 坂野潤治著，鍾淑敏譯（2008），《近代日本政治史》，頁 49-53、61-69，台北：五南。

¹³ 川口由彥（1998），《日本近代法制史》，頁 215，東京：新世社。

¹⁴ 除立法權之外，行政權，需由負輔弼之責的國務大臣（組成內閣）為副署（憲法第 8、9、55 條）。司法權，則由裁判所以天皇之名，依法律行使之（憲法第 57 條），故其他機關不得干涉裁判所之裁判，否則形同干涉天皇。更特別的是，基於明治憲法第 11 條，天皇統帥陸海軍，而將「統帥權」解釋為已自「行政權」獨立出來，不容政府及議會置喙，故經參謀總長及海軍軍令部長單獨向天皇上奏後，由天皇發布「軍令」。形成所謂的行政權、立法權、司法權、統帥權「四權分立」。參王泰升，前揭註 3，頁 128-129。

的獨斷領域¹⁵。天皇的大權事項，除了代表行政機關（天皇）可自為規定之外，同時也具有法律排除性¹⁶。換言之，前述法律支配原則底下的「法律的法規創造力」、「法律優位性」，都由於大權事項的存在而滋生了廣泛的例外¹⁷。明治憲法起草人之一的伊藤博文就曾表示，日本不同於歐洲，歐洲人民熟習憲法並以宗教為人心的輪軸，在日本能統一人心的只有皇室，所以不採行權力分立，而須使君主總攬權力¹⁸。甚至為了避免內閣總理大臣得以強勢領導，明治憲法中沒有關於內閣的規定，只讓各國務大臣以內閣閣員而相互具有連帶關係，各國務大臣直接對天皇負責（單獨輔弼責任制，第 55 條第 1 項），而對議會僅負間接、道德上的責任¹⁹。可以說是，相當欠缺監督政府責任的機制。是以權力分立原則並非明治憲法所追求的目標，國體（天皇制）的鞏固才是重點。也因此，明治憲法甚至被認為是「僅具有外觀的立憲主義」²⁰。欲脫離這種保守主義思想的法治概念，要待大正年間，才由美濃部達吉等人提出。

無怪乎有學者認為，日本對近代西方立憲思想的引進，是由政治支配階層在其**所需要**的範圍內加以利用，僅僅模仿其**外形**，其結果就是反而看不見現代式憲法思想的本質性要素²¹。一語點破十九世紀晚期日本之繼受包括憲法上法治原則在內的現代型法制時，並非從歐洲各國的人權保障目的而出發，也非完全來自於日本國內人民的需求（如民權派），反而是由統治者刻意選取的結果，故帶有濃厚的君主主義、官權色彩。總之，戰前日本的法治

¹⁵ 山中永之佑等著，堯嘉寧等譯，前揭註 2，頁 84；大石真（2005），《日本憲法史》，2 版，頁 292-293，東京：有斐閣。

¹⁶ 高田敏（1992），前揭註 8，頁 121。

¹⁷ 大石真，前揭註 15，頁 293。或者說，明治憲法所採取的權力分立，不同於近代西方立憲主義下國家內各機關的互相獨立監督，而是雖有機關的分別，但同屬於天皇之下，為輔佐天皇而設置。但由於天皇行使各項權力時，原則上都聽從各該管國家機關之意見，而可能出現微妙地「權力分立」現象。

¹⁸ 川口由彥，前揭註 13，頁 215。

¹⁹ 山中永之佑等著，堯嘉寧等譯，前揭註 2，頁 84-85。

²⁰ 大石真，前揭註 15，頁 296。

²¹ 家永三郎（1967），《日本近代憲法思想史研究》，頁 21，東京：岩波書店。

觀念，可以說比歐陸所主張的形式意義法治，更加僅具外形，而缺乏對於「以法治保障人民」此意旨的深刻認識與實踐。

日本明治政府於 1895 年領有台灣後，基於明治憲法乃是統治國家必要的「道具」，而據以建構整個台灣殖民地的統治架構，並表現出但求外觀合法的形式法治國概念²²。例如，依日本治台第二年的 1896 年所制定的「有關應施行於台灣之法令的法律」(明治 29 年法律第 63 號，世稱「六三法」)，外觀上在台灣的立法事項，仍是由像六三法這樣的法律來規範，以遵守明治憲法上「法律的支配」原則，但實質上卻是以屬行政機關的總督的命令（即律令）取代之，亦即運用「委任立法」理論來正當化這項作為²³。

誠如日治時期任教於台北帝大的法學者園部敏所指出的，所謂明治憲法當然施行於台灣，只是一種形式的、概括的論斷²⁴。但無論如何，日本政府對於整個台灣地域的統治制度，仍試圖在符合「法治」形式的外觀下，找尋有利於統治的方式。而對於其認為「未開化」的原住民族的統治，是否也如此呢？現代型憲法上的法治原則又是如何被運用於對「未開化」原住民族的統治呢？欲探究此項問題，須先從當時被日本統治當局稱為「生蕃」「蕃人」

²² 王泰升(2008)，〈台灣近代憲政文化的形成〉，《臺大法學論叢》，36 卷 3 期，頁 7。

²³ 原本明治政府領導階層擔心將憲法施行於台灣，會使得其對台灣的統治權力時受到限制，故有「部分施行說」的出現，但後來了解透過律令制度的「委任立法」方式，即可形式上施行憲法，有利於將台灣政治統合進日本帝國（亦即對台灣的「統一大業」），實質上又不會導致對台統治受到帝國議會的制約，應屬較高明的統治手法，所以口頭上大可宣稱帝國憲法已施行於台灣。按政府代表於 1899 年時，即曾在帝國議會表示：「在台灣，憲法是被施行的」；且在 1906 年時，無視於日治之初確曾謂憲法只部份施行於台灣，而大聲宣稱台灣法令法（六三法）即係依憲法之規定經帝國議會協贊而制定，故明治憲法自始就一直施行於台灣。參外務省編（1964），《日本統治下五十年の台湾（「外地法制誌」第三部の三）》，頁 38-39，東京：條約局法規課；臺灣總督府警務局編（1942），《臺灣總督府警察沿革誌 第二編領臺以後の治安狀況（下卷）》，頁 14，東京：臺灣總督府警務局。

²⁴ 園部敏認為：「所謂法治國的具體要素在臺灣法制上仍弱。即第一、立憲主義的實行還不完全。於臺灣欠缺立法權與行政權的分離…一般私人的自由權利之保障薄弱…第二、行政法規不完備…第三，行政爭訟制度的不備。」園部敏（1943），《行政法概論—特に臺灣行政法規を顧慮して》，改訂版，頁 26-29，台北：臺灣出版文化。

「高砂族」的高山族原住民族²⁵，有別於在台灣的漢族移民或已被漢化的平埔族的一項法律議題開始談起，亦即：高山族原住民是否因 1895 年清國與日本簽訂的主權讓渡條約，而成為日本帝國臣民？

二、「未開化」原住民族的國籍歸屬與適用帝國法律問題

(一) 台灣原住民族在國際法上的地位

日本在 1895 年取得台灣時，所面對的是一個由漢族、原住民族共同居住的島嶼。原住民族當中有一部份是已被漢化的平埔族，另一部份則是擁有迥異於漢族文化的高山族。其實日本也非第一個統治原住民族的外來政權，且日本對於高山族原住民族的統治政策，有不少是受之前的外來政權統治方式的影響。是以，有必要先簡述台灣的原住民族是如何遭逢各個外來政權和以漢族為主的移入民族，以致在 1895 年產生了依據源自歐洲的國際法，所謂「國際法上的地位」問題。

1624 年荷蘭人來台灣建立殖民地政權，在台灣的原住民族首度受到異族、異文明的統治，同時也開啟漢族農民之遷移至台灣定居。不過荷蘭時代，以及其後由漢族移民組成統治集團的鄭氏王國時代，被這些外來政權統治的原住民族，主要是分佈在台灣西南地區的幾個村社，屬於後來及今日所稱的平埔族，島上尚有廣大地域是由維持其固有的自治型態的原住民族所居住。1683 年，鄭氏王國在清朝軍力威脅下投降，1684 年清廷在台灣設府，正式納入版圖，時任台灣知府的蔣毓英親歷各地，招集流亡，安撫歸附「土番」²⁶。在此所謂的「土番」，即指經歷荷、鄭統治並因而與漢族有所接觸的平埔族原住民族。清朝長期以來對整個台灣所採取的「為防台而治台」的政策，亦即為防止台灣被用作威脅帝國的根據地而治理台灣²⁷，也反映在對原住民族的「消極」且「隔離」的政策上。消極政策使得關於平埔族番社的

²⁵ 「番」、「蕃」在今日已非妥當用語，此詞彙在本文中純然作為歷史名詞而使用。

²⁶ 伊能嘉矩(1994)，《台灣文化誌(下卷)》，復刻版，頁 425-426，台北：南天(1928 年東京初版)。

²⁷ 王泰升，前揭註 3，頁 55。

實際統治操之於社商、通事手中，州縣衙門但求無事，並無積極作為²⁸。隔離政策則是對於已被漢化而納入版圖的平埔族，亦即「熟蕃」的土地，限制其與漢人之交易（只租不賣），而對於所謂的「生番」²⁹更以「土牛線」為界，禁止漢人或熟番越界，違者以私自出境罪論處。某清朝在台官員曾表示：「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。（**粗體**為作者所加，以下同）」³⁰相當程度表明了清朝對於「生番」之所以消極、隔離以對的原因。而所謂的「番界」以外，即是生番所居住的地方，故該番界已成為清朝在台**版圖**的**實際界限**³¹。

上揭清朝隔離政策的結果，使日本在 1874 年牡丹社事件中，找到出兵台灣的藉口。於 1871 年，琉球漁民遭難漂流至台灣南部東海岸牡丹社附近，被當地「生番」殺害 54 人。當時日本欲向外拓展勢力範圍，有意測試清朝之強弱³²，乃於 1873 年時要求清廷應就此事負責。清朝官員則回應以：「殺人者皆屬生蕃，故**且置之化外**。日本之蝦夷、美國之紅番皆不服王化，此亦萬國之所時有」，甚至輕率地表示：「生蕃固我化外之民，伐與不伐亦惟貴國所命，貴國自裁之。」³³日本政府內部因而認為：「清國之政權不逮於蕃地，

²⁸ 潘英（1996），《臺灣平埔族史》，頁 105，台北：南天；周鍾瑄主修（1962），《諸羅縣志（卷六）》，台灣文獻叢刊第 141 種，頁 102-103，載於中央研究院漢籍電子文獻網站，<http://hanji.sinica.edu.tw>（最後瀏覽日：05/15/2010）。

²⁹ 清朝稱台灣的漢人為「民人」、原住民為「番人」，且概念上依「漢化」程度將其分為「熟蕃」和「生番」。列為熟蕃之實際上基準是：編入版籍、納糧、應差（服勞役）。參王泰升，前揭註 3，頁 57。

³⁰ 藍鼎元（1985），〈復呂撫軍論生番書〉，氏著《東征集（卷四）》，台灣文獻叢刊第 12 種，頁 59-60，載於中央研究院漢籍電子文獻網站，<http://hanji.sinica.edu.tw>（最後瀏覽日：05/15/2010）。

³¹ 王泰升，前揭註 3，頁 57。

³² 姚錫光（1967），《東方兵事紀略》，復刻版，沈雲龍主編，近代中國史料叢刊第五輯，頁 21，台北：文海（1897 年初版）。

³³ 姚錫光，前揭註 32，頁 22。此係日本於 1873 年（同治 12 年）由副島種臣全權大使派外務大臣柳原前光至總理衙門探詢清廷態度時，由吏部尚書毛昶熙、戶部尚書董恂所做的回應。參陳守亨（1986），《牡丹社事件與沈葆楨治台政績考》，頁 50，台北：正中。陳守亨書內所載毛昶熙與董恂的回應，在「殺人者皆屬生蕃，故且置之化外」之後多了一句「未便窮治」。

蕃民之兇暴加以我民如是，我務行安民之議，詎容他國異議」³⁴，故於 1874 年 4 月出兵登陸琅嶠，攻打牡丹社等十八番社。清廷知其事後，調兵支援，並尋求英、美協助，後承認日本之行動為保民義舉，並支付撫卹金及軍費，牡丹社事件才告落幕³⁵。

於 1874 年 8 月下旬，前美國駐廈門領事，時任日本外務省顧問的李仙得（Charles LeGendre），曾提出了如下論點，並成為日本明治政府與中國清朝政府交涉牡丹社事件時的重要依據。第一，中國從未擁有對於台灣番地的任何權利。第二，即使中國擁有任何權利，只要台灣番地仍未文明化，則其權利亦非絕對，而是有條件地視其行使統治的意願與能力而定。第三，中國所擁有此等權利的條件，將因其無法對於土著執行文明國度的義務，而喪失其對所有未開發番地的宗主權。第四，在中國喪失其宗主權後，日本由於占領台灣番地，並對土著進行中國所忽略的文明化事業，理應成為首先擁有此地區權利的文明國度³⁶。這是近代西方的國際法於十九世紀傳入東亞後，首次由作為日本國利益代言人的西方人士，運用國際法知識來論斷台灣高山族原住民族居住地域在國際法上的地位。

中國清朝政府後來係將生番地，定調為其「版圖」一部份。在日本因牡丹社事件而決議對台興兵後，清朝政府內部所持立場已是：「生番地方本係中國轄境，豈容日本窺伺」³⁷，且認為「生番地方久隸中國版圖之內，又

³⁴ 伊能嘉矩，前揭註 26，頁 187-188。日本政府於 1874 年命柳原前光為駐華全權大使，並在北京設立公使館方便與中國談判，所引之文係日本政府對柳原前光所為指示之一，惟在該段文字後接著表示：「但以蕃地與清國府縣之治接壤，恐生干係…依據公使之職，須關切辯論，貫徹保護兩國之和好。」

³⁵ 關於牡丹社事件之發生經過及當事國間的法律交涉，參王泰升、薛化元、黃世杰編（2006），《追尋臺灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》，頁 52-53，台北：五南。

³⁶ 此發表於李仙得在上海出版的 *IS ABORIGINAL FORMOSA A PART OF THE CHINESE EMPIRE?* 小冊子，參張隆志（2004），〈帝國邊陲與殖民統治：十九世紀台灣的「番地」問題〉，《歷史月刊》，199 期，頁 71-72。

³⁷ 引自同治 13 年（1874 年）3 月 29 日上諭，參洪安全編（1999a），《清宮洋務始末台灣史料（二）》，清代臺灣文獻叢編，頁 716-717，台北：故宮。

與台灣唇齒相依，各國通商以後覬覦已久」³⁸。在牡丹社事件後中日兩國的議和條款中³⁹，固然因表示日本係「保民義舉」而形同承認日本對琉球的主權，但記明了「該處生番，中國自宜設法妥為約束」，亦等於承認清朝中國對「生番」之享有統治權力。清朝對生番的統治政策的確也從此改變為積極開墾生番居住地，並在經二十年的經營後，於日治之初為新來的日本統治者所沿襲（參見後述）。

（二）「未開化」原住民族的日本臣民身份及內國法上地位

對日本明治政府而言，延續著牡丹社事件時清朝政府不承認「生番」為清國臣民的看法（在台漢人與平埔族人則無此情事），台灣的高山族原住民是否因清朝所簽署的台灣主權轉讓條約，而成為日本帝國「臣民」，成為日本政府對其設定統治架構時須釐清的最上位概念。在此擬先了解當時西方各國乃至日本，對類似問題的既有處理方式是什麼？

1. 條約之規定

根據當時既有的國際通例，對於割讓地（特別是殖民地）的所謂「未開化或半開化」的原住民族，通常在領土割讓時，並不給予國籍變更、國籍選擇的權利。這是因為當時從西方文明優越的立場，認為國際法僅存在於以西方標準而言的「文明國」之間，對於非屬國際法團體的部族所屬成員，不給予國籍，至多給予以外交上保護作為主要內容的「保護籍」，儘管類似於國籍制度，但並不能獲得與文明國原有國民相等的公法上地位⁴⁰。

關於割讓地上原居民，特別是割讓地上有所謂「未開化」之原住民族時，是否給予國籍選擇權、領有國是否給予其與原有國民同樣的權利等議題，可檢視如下十九世紀後期與此相關的國際條約。

³⁸ 引自同治 13 年（1874 年）4 月 14 日上諭，參洪安全編（1998），《清宮廷寄檔台灣史料（三）》，清代臺灣文獻叢編，頁 1608-1609，台北：故宮。

³⁹ 條款之內容，參洪安全編，前揭註 37，頁 1083-1085。

⁴⁰ 山下康雄（1949），《領土割讓の主要問題》，頁 119-120，東京：有斐閣。

(1)1876 年俄羅斯將阿拉斯加售予美國，美國與之簽訂的「與俄羅斯之條約」(Treaty with Russia) 第 3 條**排除**了「**未開化的土著部落**」的國籍選擇權⁴¹。根據該條規定，「割讓地的居民在 3 年內，可依據他們的選擇，保持生來即有的忠誠關係而返回俄羅斯；但是欲繼續居住於割讓地的居民，**除未開化之原住民部落外**，其之不受干擾地擁有自由、財產與宗教信仰將持續且受到保護…未開化之原住民部落將受美國各該時期適用於原住民部落之法律的規範。」在此，明確地將被認為「未開化」的原住民排除於受讓國國民地位之列。

(2)1898 年美西戰爭後的「美國與西班牙和平條約」(Treaty of Peace Between the United States and Spain)，因在法國巴黎簽署，又稱「巴黎和約」(Treaty of Paris)⁴²，其第 9 條，在給予殖民地的西班牙臣民享有國籍選擇權的同時，對於割讓地原住民 (the native inhabitants) 之是否給予國民權

⁴¹ 條約全名為：「Treaty concerning the Cession of the Russian Possessions in North America by his Majesty the Emperor of all the Russians and the United States of America」。當時約有 1 萬人，包含 2500 名俄羅斯人以及 8000 名混血或純原住民族受俄羅斯直接統治，但大約 5 萬名的愛斯基摩人與北美原住民被排除於俄羅斯司法管轄範圍之外。該第 3 條規定：The inhabitants of the ceded territory, according to their choice, reserving their natural allegiance, may return to Russia within three years; but if they should prefer to remain in the ceded territory, they, **with the exception of uncivilized native tribes**, shall be admitted to the enjoyment of all the rights, advantages, and immunities of citizens of the United States, and shall be maintained and protected in the free enjoyment of their liberty, property and religion. **The uncivilized tribes will be subject to such laws and regulations as the United States may, from time to time, adopt in regard to aboriginal tribes of the country**。參 A Century of Lawmaking for a New Nation: U.S. Congressional Documents and Debates, 1774 - 1875 網站，<http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=015/llsl015.db&recNum=572> (最後瀏覽日：05/15/2010)。

⁴² 巴黎和約係 1898 年美國為爭奪西班牙殖民地所發動的「美西戰爭」結束後所簽訂的條約。根據該和約，西班牙全部放棄古巴使其獨立，但古巴將置於美國國會控制之下，並將關島及波多黎各割讓給美國，且以 2000 萬美元代價，把菲律賓主權移轉給美國。

利以及政治地位，係交由美國國會另行決定，而非當然給予⁴³。

(3)更重要的是，日本曾於 1875 年與俄羅斯簽訂「樺太千島交換條約」⁴⁴。其第 5 條承認交換地之住民得保有其原本國籍，且若欲留在原交換地者，可受到與新領有國之屬民相同的保護⁴⁵。且根據條約附錄第 4 條之規定，經過

⁴³ Treaty of Peace Between the United States and Spain; December 10, 1898. Article IX: Spanish subjects, natives of the Peninsula, residing in the territory over which Spain by the present treaty relinquishes or cedes her sovereignty, may remain in such territory or may remove therefrom, retaining in either event all their rights of property, including the right to sell or dispose of such property or of its proceeds; and they shall also have the right to carry on their industry, commerce and professions, being subject in respect thereof to such laws as are applicable to other foreigners. In case they remain in the territory they may preserve their allegiance to the Crown of Spain by making, before a court of record, within a year from the date of the exchange of ratifications of this treaty, a declaration of their decision to preserve such allegiance; in default of which declaration they shall be held to have renounced it and to have adopted the nationality of the territory in which they may reside. The civil rights and political status of the native inhabitants of the territories hereby ceded to the United States shall be determined by the Congress. 參 The Avalon Project 網站，http://avalon.law.yale.edu/19th_century/sp1898.asp（最後瀏覽日：05/15/2010）。根據該條約，美國對於其海外領土之居民，不給予公民的權利，包括關島、波多黎各，以及獨立之前的菲律賓。但是，波多黎各居民於 1917 年，關島居民於 1950 年取得美國公民權。

⁴⁴ 十九世紀末，俄國與日本就庫頁島（日本稱為「樺太」）及千島群島之領有經常產生摩擦，明治維新後北海道開拓使黑田清隆主張放棄遙遠的庫頁島，專心經營北海道。此建議被統治當局所採納，因此簽訂「樺太千島交換條約」，日本放棄庫頁島，以之交換千島群島。1905 年，因日俄戰爭俄國戰敗後締結「日露講和條約」，俄羅斯割讓北緯 50 度以南之庫頁島。第二次世界大戰後，日本放棄千島群島以及南庫頁島之領土權，但截至目前，日本與俄羅斯仍就千島群島之部分島嶼，即所謂「北方四島」之主權有所爭議。

⁴⁵ 樺太千島交換條約第 5 條規定：「被交換地之住民（日本人與俄國人），各政府將保證給予如下的條件：各住民得保有其本國國籍。各住民若欲歸國者，將予以放歸。若有願居住於被交換之地者，其充分經營其生計之權利、所有物之權利以及信教自由之權利將被悉數保全。與新領主之屬民（日本人與俄國人）不分其差異地受其保護。屬民雖受到政府之保護，但其亦有受政府管轄之義務。」參外務省編（1969），《日本統治下の樺太（「外地法制誌」第七部）》，頁 97-99，東京：條約局法規課；JACAR（アジア歴史資料センター）（1931），《自昭和 5 年 1 月～至昭和 6 年 12 月「來翰綴（陸普） 第 1 部」》，Ref.C01004996400，防衛省防衛研

3年之猶豫期間，原住居民（日文漢字是「土人」，在此指「蝦夷族人」⁴⁶）若欲繼續居住於交換地，則須成為新領有國之臣民⁴⁷。其結果是，根據該項條約，日本給予新領地／交換地上原住民族（蝦夷族）國籍選擇權，有學者認為此係當時國際法上的例外⁴⁸。

至於台灣的情形，必須回到 1895 年中國清朝政府（大清帝國）與日本明治政府（日本帝國）所簽訂的「馬關條約」（日本方面稱為「下關條約」）來觀察。馬關條約第 2 條，只規定台灣全島、澎湖群島係「永遠讓與日本」的「地方」（中文版）「土地」（日文版）⁴⁹。關於割讓地原住居民的國籍問

究所，アジア歴史資料センター網站，<http://www.jacar.go.jp>（最後瀏覽日：05/15/2010）。

⁴⁶ 當時日文中「土人」一詞，是指原住居民，其意義不一定等於今所稱之「原住民」，例如 1910 年時石坂音四郎曾在《臺法月報》上，發表一篇名為〈臺灣に於ける土人法制定の必要〉的重要文章，「土人」一詞在此所指稱的是原住於台灣的漢人移民，而非當時被稱為「蕃人」的原住民。然此處所指「土人」，按照「樺太問題及樺太千島交換條約ノ締結」的討論來看，包含「當地居民以及蝦夷族」。當時所稱「蝦夷族」（Ainu）乃係庫頁島、千島群島、堪察加半島以及北海道之原住民族。參 JACAR(アジア歴史資料センター) (1994)，《1994 年「日露交渉史（上卷）」》，Ref. B02130338400，外務省外交史料館，アジア歴史資料センター網站，<http://www.jacar.go.jp>（最後瀏覽日：05/15/2010）。

⁴⁷ 千島樺太交換條約附錄第 4 條規定：「正住在樺太（サハリン）島和千島列島（クリル諸島）的原住居民（「土人」），並無永住在他們現住之住所，且同時保有現住地域現在領有國的臣民地位之權利。是故，如果要成為自己國家的臣民的話，應該離開現住地方，至其原領有國之屬地去。或者如果要繼續住在現在的地方的話，應更改其國籍。每一個政府，從宣告這個條約附錄起，應給上述之原住居民三年之猶豫期間。在三年期間內，在樺太（サハリン）島和千島列島（クリル諸島）已得到的特許和義務不會變更，故不妨漁獵或獵取鳥獸及經營其他各種職業，但須遵守所有的地方規則和法令。上述之三年期限以後，原住居民若希望繼續住在雙方已交換之地，應成為新領有國的臣民。」參外務省編，前揭註 45，頁 99-100。

⁴⁸ 山下康雄，前揭註 40，頁 121。

⁴⁹ 中文版本的馬關條約第 2 條（原文用「款」）之規定如下：中國將管理下開地方之權並將該地方所有堡壘、軍器、工廠及一切屬公物件，永遠讓與日本。一、下開劃界以內之奉天省南邊地方，從鴨綠江口溯該江以抵安平河口，又從該河口劃至鳳凰城、海城及營口而止，畫成折線以南地方，所有前開各城市邑皆包括在劃界線內，該線抵營口之遼河後即順流至海口止，彼此以河中心為分界，遼東灣東岸及黃河北岸在奉天所屬諸島嶼亦一併在所讓界內。二、臺灣全島及所有附列各

題是規定在第 5 條，依中國方面的版本，係「本約批准互換之後，限二年之內，日本准中國讓與地方人民願遷居讓與地方之外者，任便變賣所有產業，退去界外，但限滿之後尚未遷徙者，酌宜視為日本臣民。」⁵⁰據此，割讓時居住於台灣的人民，於兩年內可選擇其國籍，若兩年猶豫期間已過，日本將依其方便而視其為日本帝國臣民。不過從文義而言，所指稱的**割讓地原住民**，是否涵蓋本文所探討之當時被視為「未開化民族」的高山族原住民族，並不明確，不同於上述 1876 年美俄條約之明確排除；且亦非只要屬於割讓地原住居民即當然取得日本國籍，還需日本國認為適宜方可，文義上似乎較

島嶼。三、澎湖列島即英國格林尼次東經百十九度起至百二十度止及北緯二十三度起至二十四度之間諸島嶼。參洪安全編（1999b），《清宮洋務始末台灣史料（四）》，清代臺灣文獻叢編，頁 2501-2502，台北：故宮；臺灣史料集成編輯委員會編（2009），《明清臺灣檔案彙編》，第伍輯第 104 冊，頁 524-528，台南：國立臺灣歷史博物館。日文版本則如下：第二條 清國ハ左記ノ土地ノ主權竝ニ該地方ニ在ル城壘、兵器製造所及官有物ヲ永遠日本國ニ割與ス：一 左ノ經界内ニ在ル奉天省南部ノ地：鴨綠江口ヨリ該江ヲ溯リ安平河口ニ至リ該河口ヨリ鳳凰城、海城、營口ニ互リ遼河口ニ至ル折線以南ノ地併セテ前記ノ各城市ヲ包含ス而シテ遼河ヲ以テ界トスル處ハ該河ノ中央ヲ以テ經界トスルコト知ルヘシ 遼東灣東岸及黃海北岸ニ在テ奉天省ニ屬スル諸島嶼。二 臺灣全島及其ノ附屬諸島嶼。三 澎湖列島即英國「グリーンウィチ」東經百十九度乃至百二十度及北緯二十三度乃至二十四度ノ間ニ在ル諸島嶼。參 JACAR(アジア歴史資料センター) (1895)，《御署名原本・明治二十八年・条約五月十日・日清兩國媾和条約及別約》，Ref. A03020213100，国立公文書館，アジア歴史資料センター網站，<http://www.jacar.go.jp>（最後瀏覽日：05/15/2010）。

⁵⁰ 洪安全，前揭註 49，頁 2503-2504；臺灣史料集成編輯委員會，前揭註 49，頁 526。該臺灣史料集成編輯委員會所編之書，就第 5 條之內容，載為「均宜視為日本臣民」，但經對照後述日文版本，該書似乎是將「酌宜」誤植為「均宜」。兩者涵意不同，故有釐清之必要。按日文版本第五條就此係規定：「日本國へ割與セラレタル地方ノ住民ニシテ右割與セラレタル地方ノ外ニ住居セムト欲スル者ハ自由ニ其ノ所有不動産ヲ賣却シテ退去スルコトヲ得ヘシ其ノ爲メ本約批准交換ノ日ヨリ二箇年間ヲ猶豫スヘシ但シ右年限ノ滿チタルトキハ未タ該地方ヲ去ラサル住民ヲ日本國ノ都合ニ因リ日本國臣民ト視為スコトアルヘシ」，參 JACAR(アジア歴史資料センター)，前揭註 49。若就日文版本進行中譯，則為：「割讓給日本國之土地上住民，欲至割讓地以外的地方居住者，得在本約批准互換之後二年的猶豫期間內，自由變賣所有產業，退去界外。但期限屆滿之後尚未遷離者，酌宜視為日本臣民。」

接近上述 1898 年美西條約之附隨著由國會決定的條件。且因日本曾有給予新領地原住民族之成員國籍選擇權的前例（樺太千島交換條約），故同樣將臣民地位乃至於國籍選擇權賦予台灣的高山族原住民，並非不可能之事。

日後依據馬關條約第 5 條所訂定的 1896 年日令第 35 號「台灣及澎湖列島住民退去條規」、1896 年 3 月 19 日民內第 394 號通達「台灣住民身分處理辦法」（臺灣住民分限取扱手續）⁵¹，所使用的文字均僅有「台灣住民」，而無「漢人」、「蕃人」等字眼，故似乎並未區分族別，預留了使屬於原住民族之人可取得帝國臣民地位之空間。但是，日本官方或學者真的採取這樣的見解嗎？按高山族原住民之臣民地位、以及所延伸出來如何適用法律的議題，並未如台灣是否施行憲法之受到當時日本法學者重視，穗積八東、美濃部達吉等等對台灣殖民地在日本國家法上地位曾表達過意見的憲法大家，都未對此議題發表過看法。因此僅在台灣能聽聞有關高山族原住民族法律上地位的法學理論探討，且如下所述，主要是來自於與台灣總督府友好的學者，甚或是實際執掌統治事務的官僚的意見。

2. 台灣統治當局對法律議題的探究

(1) 岡松參太郎的見解

目前所發現針對台灣高山族原住民族臣民地位之議題，時序最早的法學理論上的探究，應該是後來主持臨時台灣舊慣調查會、編纂「蕃族調查報告書」及「番族慣習調查報告書」的岡松參太郎，於 1900 年至 1902 年間曾表示的意見（摘錄自持地六三郎的意見書）⁵²。岡松參太郎認為，馬關條約第

⁵¹ 其內容對台灣人民的國籍選擇做細則規定，若於 1897 年月 8 日前退去者，其攜帶家財得免除海關稅。若於該期限未退去者，即成為日本帝國臣民。參臺灣總督府警務局編（1938），《臺灣總督府警察沿革誌 第二編領臺以後の治安狀況（上卷）》，頁 649-654，台北：臺灣總督府警務局。

⁵² 持地六三郎（1995a），〈持地參事官ノ蕃政問題ニ關スル意見〉，臺灣總督府警務局編，《理蕃誌稿 第一卷》，復刻版，頁 181-182，台北：南天（1918 年台北初版）。按持地六三郎在該書中表示：「岡松針對 1895 年的日清講和條約所為的解釋是…（臺灣民報所載岡松博士生蕃意見）」，而其所參考的《臺灣民報》乃是從 1900

5 條（原文疑誤為第 3 條）所謂該地之住民，係指服從於清國主權之該地的住民，而不包括「生蕃」，蓋依 1874 年日清就牡丹社事件進行交涉時的外交文書，清國從來就視生蕃為化外之民，繼承清國主權的日本帝國亦然；亦即，因為當時清朝政府的主權根本不及於生蕃，自然不能透過由清朝締結的條約加以移轉。日本帝國與生蕃在內國法上並無任何關係，但有國際法上之關係。由於生蕃各社並非政治組織，在國際法上不能視為國家，而非國家即不能成為交戰之主體，故討伐生蕃不屬於國際法上之戰爭。雖生蕃在社會學上可視為人類，但在國際法上則可視為動物。總之，依岡松的見解，生蕃不僅不能取得日本帝國臣民的地位，甚至不是法律上的「個人」而只是生活在日本帝國領土內的「動物」，但由於日本統治當局仍然要對其行為負責，故日本政府的統治力仍及於生蕃。

(2) 持地六三郎的見解

可謂日本殖民統治技術官僚的台灣總督府參事官持地六三郎⁵³，在 1902 年於平地漢人武裝抗日以及「土匪」問題大致宣告平定之時⁵⁴，被派遣至蕃地實際調查，並向總督提出復命意見書。根據《理蕃誌稿》所轉載的〈持地參事官對蕃政問題之意見〉，其結論大致與岡松參太郎類似，也認為生蕃非帝國臣民，但其論述方式卻與岡松大異其趣⁵⁵。持地六三郎認為清廷在牡丹社事件的「化外之民」說法，僅是為逃避固有責任之遁辭，按乾隆年間林爽文之役後，皇帝甚至曾親自召見生蕃北勢老屋峨社土目，故清朝政府絕非視生蕃為化外之民；日本政府亦曾任用生蕃為巡查補、命其繳稅。因此，岡松視生蕃為化外之民故其非帝國臣民，以及帝國與生蕃為國際法上關係的見

年 8 月發行至 1902 年 6 月（並非 1920 年代台灣人政治異議者所發行的那份《臺灣民報》），且如後所述，持地六三郎係 1902 年開始受命研究「蕃政」問題。

⁵³ 持地六三郎曾歷任臺灣總督府官房參事官、總督府評議會員、臨時臺灣舊慣調查會委員、蕃地事務調查掛長，後轉任朝鮮總督府，故可說是日本的殖民地技術官僚。

⁵⁴ 張隆志，前揭註 36，頁 72。應係指 1902 年林少貓被日軍誘殺後，之後約有 5 年間漢人武裝抗日行動趨緩和。

⁵⁵ 持地六三郎，前揭註 52，頁 179-228。

解，並不能成立⁵⁶。

持地六三郎認為，根據馬關條約第 5 條給予台灣住民國籍選擇權之規定，日本當局在猶豫期間屆滿後，對於台灣一切住民，**包括**生蕃，有視其為臣民之自由，所以生蕃與日本帝國並非國際法上之關係，而是「國法」/內國法上之關係。然而，生蕃自日本受讓台灣以來，未曾服從帝國主權，反而繼續採取叛逆態度，所以帝國有權討伐他們。換言之，生蕃之所以非帝國臣民，乃因其**未曾服從帝國主權**，但他們與帝國亦非國際法之關係，由於生蕃居住於帝國因接受割讓而取得的土地上，故得以成為帝國臣民。是以生蕃在社會學上雖可視為人類，但在國家法上則無任何人格，生殺與奪完全在國家處分權之內。且關於土地私有等私權，必須依國家之創立或認定始能發生，由於生蕃未曾服從帝國主權，國家未對其創設或認定土地所有等權利，故其占有土地只是一項事實，並無所有權，蕃地係全然國家所有。至於對**熟蕃**，則應依在**台漢人**的舊慣認定所有權；將來，化蕃及生蕃依開化程度認定其土地所有權，較為適宜⁵⁷。

總之，持地六三郎是以有無「服從於帝國主權」以及「開化程度」作為原住民是否成為日本帝國臣民之主要依據。持地六三郎並將種族上屬於台灣原住民族之人，分為「熟蕃」、「化蕃」與「生蕃」。「熟蕃」係住於普通行政區域內，「開化」之程度同於漢人，事實上已成為帝國臣民者。「化蕃」係住於普通行政區域外，而比較「開化」，雖有服從帝國主權之事實（如納稅），但未能完全成為帝國臣民者。「生蕃」則為住於普通行政區域外，且而「開化」程度甚低，全無服從帝國主權之事實者。因此，今日的生蕃**有可能成為**日後的熟蕃，且其所提出之相對明確的區分判準，後來不斷地被沿用。

從持地六三郎的討論也可看出，當時的日本統治當局對於「生蕃」的控制力是相當不足的，所以才會使其呈現「叛逆」狀態。口頭上宣稱台灣係日本領土，但有將近十萬人在日治初期是根本事實上不受日本政權控制。不論

⁵⁶ 持地六三郎，前揭註 52，頁 183-184。而且，視日本帝國與生蕃為國際法上之關係時，「恐有妨害撫育事業之虞」；因為若為國際法上關係，對原住民族的征伐將可能引發國際關注或干涉，絕非日本統治當局所樂見。

⁵⁷ 持地六三郎，前揭註 52，頁 184-187。

是否為「化外之民」，但是在當時確係日本帝國的「治外之民」。故與其說是因為生蕃未曾服從帝國主權故不能給予臣民籍，不如說是由於日本政府對其實際上不能執行統治權所致。

(3)《臺灣慣習記事》之徵文比賽與「標準答案」

在台灣平地的漢人武裝抗日逐漸緩和後，台灣總督府逐漸將統治核心問題移轉到仍屬「叛逆」狀態的生蕃問題之上。1906 年 4 月佐久間左馬太陸軍中將就任第五任台灣總督；這項任命乃是欲藉佐久間過去在牡丹社事件中擊敗生蕃的經驗，謀求早日掃蕩生蕃，促進「蕃地」富源及經濟的開發⁵⁸。同年，與總督府關係密切的《臺灣慣習記事》雜誌推出「生蕃人的國法上地位」徵文比賽，以吸納各方意見。

獲得三等獎的岡野才太郎係辯護士（即今日之律師），其最主要的結論是生蕃在現行法令規章下，有日本臣民之身分、有權利能力。因為依馬關條約於兩年猶豫期間未離開台灣者即視為日本帝國臣民。並且依 1897 年民內第 39 號通達「台灣住民身分處理辦法」第 1 條規定：「於明治 28 年（1895 年，筆者註）5 月 8 日以前，在臺灣島及澎湖列島內有一定住所者稱為臺灣住民。」⁵⁹ 所以不問生蕃與否，只要具備上述要件者，都能取得帝國臣民的國籍。且關於生蕃土地所有權等私權也採取肯認態度，認為 1900 年律令第 7 號規定，「非蕃人者，不得以任何名義占有、使用蕃地，或以其他權利為目的。」乃禁止非蕃人者對蕃地之權利，故反面推論即生蕃人應對蕃地擁有所有權及其他權利⁶⁰。

二等獎藤井乾助則主張生蕃人非臣民，但有法律上之人格。首先，就上述「台灣住民身分處理辦法」第 1 條觀之，其所指涉的對象須限於行政區域內，故對於在行政區域外者，官吏所做的規定並不發生效力，為此須考察清治時期蕃人已否被編入行政區域中。清朝政府對蕃人係採感化使之沐浴王化

⁵⁸ 藤井志津枝（1997），《日治時期台灣總督府理蕃政策》，頁 209-210，台北：文英堂。

⁵⁹ 臺灣總督府警務局編，前揭註 51，頁 653。

⁶⁰ 以下內容參岡野才太郎（1906），〈生蕃人の國法上の地位〉，《臺灣慣習記事》，6 卷 11 號，頁 1-13。

的政策，而蕃地則被置於行政區域之外，故其上人民被視為化外之民。日本統治後，居住於行政區域外的蕃人亦不被認為有固定住所，因此蕃人並不得依「台灣住民身分處理辦法」而取得成為日本帝國臣民。且日本政府始終未將蕃地編入普通行政區域內，因此居住在蕃地之蕃人並未被視為國民，只不過因其是住在領土內的人類，而特別加以撫育教化而已。僅日後有可能依政府之承認，而被視為日本臣民。而生蕃是自然人，自應具有人格，且有犯罪能力與訴訟能力；至於 1900 年律令第 7 號之規定，只是現實上因蕃人向來居住於蕃地，並耕作土地，故不得不默認其占有而准許開墾耕作，並非承認蕃人的蕃地業主權⁶¹。

此次徵文比賽的一等獎從缺，即表示上述兩種說法都不足以滿足這次徵文比賽的目的，亦即提供總督府作為統治政策的說帖。於是乃由身為審查委員的安井勝次撰寫相關意見，某程度係揭示總督府所期待的「標準答案」。安井提出，決定生蕃人是否為日本國民之前，必須先確定生蕃是否曾經為清國國民。由於熟蕃於光緒元年歸由地方官管轄，已與一般漢人無異，故將稱為熟蕃之人認定為清國國民殆無疑義。但生蕃棲息在高山峻嶺不遵奉法令，清國政府亦將其視為化外之民而放棄，可謂不承認其為國民。牡丹社事件清國付出賠款，並非承認其國民對他國國民之加害，完全係敦睦鄰國邦交提出救助撫卹而已。其次，依馬關條約第 5 條之規定，對於未離開割讓地之住民是否視為日本國民概由日本自由認定，包含漢人與視同漢人的熟蕃人，殆無疑問。且第 5 條係關於國籍取得或喪失的條文，其中所謂「住民」應指享有清國國籍之人而言，蓋其因割讓國清國讓渡主權以致應變更國籍；不屬於清國國籍的人民，雖在割讓地台灣有住所亦無變更其國籍之理由。不過安井也表示，生蕃人在清治時期雖為化外之民，但倘若將來服從政令，完全受教化而與現今之熟蕃人無異，則應以特別法給予國籍。況且日本領台後，仍將蕃地置於行政區域外，可見生蕃人目前仍是化外之民。至於生蕃人有無人格？按自然人未必具有法律上人格，如奴隸是也，畢竟人格係指在法律所承認的

⁶¹ 藤井乾助（1906），〈生蕃人の國法上の地位〉，《臺灣慣習記事》，6 卷 12 號，頁 1-28。

範圍內之人格而已。生蕃自古以來常被統治全台之政權置於法制之外，因此生蕃人雖係自然人，但不能謂其具有人格⁶²。至此，安井對於當時日本統治下的生蕃，做出了最直接了當的描述：「生蕃係化外之民，在我國領土上橫行的野獸而已。」⁶³

本文旨在呈現當時所**存在**的各種有關法律解釋適用的見解，故不討論上揭法律論證之妥當與否。但必須指出的是，上述見解反映了當時日本在台統治當局，對於仍保持其固有文化的高山族原住民族的輕蔑，卻又欲以統治者的高度攫取其居住地之利益，故在法律論證上歸結到：生蕃人非日本帝國之臣民，不適用帝國法律，僅係在帝國領土上居住的飛禽走獸。倘若再回頭看屬於近代西方國家的**美國**，於 1876 年所簽訂的條約中，對於割讓地上「未開化」的原住民族亦**不給予**受讓國（美國）國民的自由與權利，則引用來自近代西方的法學理論進行法律論證的上述日本學者或官員，最後得出那樣的結論實不足為奇。換言之，在那個年代只在乎「依法律詞彙、進行法律程序」的**形式意義**法治，並不將於今可能被提出之「維護被統治者利益」或「尊重多元文化」等當作是法治追求的實質目的，於是就用法律理論解釋出「對原住民族可**不**依法律統治」的結論。1906 年的這個結論毋寧是為了合理化如下所述的，日本政府至當時為止，乃至於其後的統治，均是以其各時期的**統治上需要**為準，來決定對於原住民族的管理方式。

參、統治初期的政策摸索與確立：對現代法治的排除

以下關於原住民族在國家法上地位或待遇的討論，將**僅僅針對**法制上被稱為「生蕃」、「蕃人」或「高砂族」的**高山族原住民族**，而不含平埔族原住民族。按台灣原住民族中，平埔族早在荷蘭治台時已遭外來政權統治，僅高山族才因日本領台而**首度**遭到外來統治的威脅。而從上一節的討論可知，日

⁶² 安井勝次（1907）〈生蕃人の國法上の地位に就て〉，《臺灣慣習記事》，7 卷 1 號，頁 1-27。

⁶³ 安井勝次，前揭註 62，頁 18。

本在台統治當局縱令不是一開始，也是很快的就將其認為不再屬「未開化民族」的「熟蕃」（平埔族）排除於所謂「蕃人」問題之外⁶⁴。簡言之，日本政府沿襲中國清朝政府對台灣原住民族依文化上「生」或「熟」，亦即是否接受漢族文化，而分別對待的作法，區隔出仍保有其固有文化的高山族原住民族，而施以特殊的統治⁶⁵。此外，在討論各階段與法治相關的政府作為之前，於必要的範圍內，將先說明產生這些作為的「蕃人事務」主管機關的組成與權限，合先說明。

一、否定特殊立法的必要性：廢棄生蕃刑罰令草案

在日本統治初期，由於台灣平地仍有漢族的武裝抗日活動，故居住在蕃地的原住民族並非統治當局所關心的重點，對其統治方式也仍在摸索中。最初係仿效清治時期「撫墾局」制度，希望以綏撫、贈與物品等加以籠絡的方式，建立一時性的敷衍措施。1896年4月以勅令第93號公布的「台灣總督府撫墾署官制」，首先明文將蕃地劃為特殊行政區域，由撫墾署治理，此為日治時期蕃地特別行政區域之起源⁶⁶。其後有關高山族原住民族事務逐漸由

⁶⁴ 例如於1903年3月，「蕃地事務委員會」即表示：「所謂『熟蕃』，原為平埔族，百年前漢化，在平地定居，對國家主權服從，現在被編入普通行政區內居住；與其他本島人無異。故熟蕃為法律上本島人，將來在法律上、行政上，無使用『熟蕃』用語之必要。」參臺灣總督府警務局編（1995），《理蕃誌稿 第一卷》，復刻版，頁288-289，台北：南天（1918年台北初版）；詹素娟（2004），〈日治初期臺灣總督府的「熟蕃」政策：以宜蘭平埔族為例〉，《臺灣史研究》，11卷1期，頁65。

⁶⁵ 作為此項法政措施在當今台灣的遺緒之一，當平埔族欲加入今之台灣政府所認定的「原住民族」時，高山族原住民族中有許多人拒絕其加入。於2009年6月24日，行政院原住民族委員會竟表示，平埔族人要求「四十九萬原住民」接納他們，是「乞丐趕廟公」。參自由時報（06/25/2009），平埔族爭正名 換來原民會羞辱，A10版。這項發言，忽視了平埔族本來就是原住民族，乃因外來統治者刻意將其與高山族分隔統治，始形成兩個群體，故兩者都應該算是「廟公」。有主體意識的原住民若以「乞丐趕廟公」一詞，來形容中國/漢人移民長期以來對待原住民族的方式，而要求於今其應被尊重，則尚可接受，但以此批判平埔族人之期待在法政制度上回歸為「原住民族」，實在不妥當。

⁶⁶ 臺灣總督府警務局編，前揭註64，頁9-12。台灣總督府撫墾署官制第1條：台灣總督府撫墾署屬於台灣總督管理，掌理左列事務：一、關於蕃人之撫育及輔導生

警察部門接管，但在平地漢人武裝抗日仍熾時期，此尚非警察施政重點。按 1897 年乃木希典總督對台灣總督府官制加以調整，擴大地方行政機構，排除原本以民政局為中心的體制⁶⁷。而原本的撫墾署是由總督府民政局直轄、與普通行政區之縣廳平行並立的管轄蕃地機構，故在制度變革後即成為隸屬於縣廳之專門職司特殊行政區的蕃地機構，從此撫墾署的權限日漸被警察所取代，而開啟廢除之議⁶⁸。在兒玉源太郎總督、後藤新平民政長官時期，民政勢力再度抬頭，且樹立了台灣統治前期的警察政治模式。於 1889 年 6 月的地方官制變革中，廢止了撫墾署，在廳與縣之下設立民政性質的辦務署，而於辦務署下設第三課「蕃人蕃地」，主管蕃地蕃政事項，但因當時重點放在掃蕩平地的漢人武裝抵抗，**理蕃事務**乃大幅萎縮⁶⁹。1900 年 2 月時減少設置效率低之辦務署，理蕃事務則移由拓殖課、警務課、保安課分別主管⁷⁰。

日治之初，對蕃人應如何適用法律，尚無定論。1896 年〈撫墾署長心得要項〉表示：「總之，在對蕃民經驗不足，不能詳細瞭解蕃地實情的今日，對於各地性質不同的無智蠻民，難以訂立一定之方針。因此各撫墾署應詳細調查可以永久適用之一般政策報告本部，然後參酌各地情況，**期以日後訂定適當之法。**」⁷¹換言之，撫墾署雖認為尚不能對於高山族原住民族適用一定的法律，但並非採取放任政策，故該心得要項同時提到：「各署長...對蕃民應宣示左列事項：…（二）日本天皇不問**蕃民或清國人**，均一**視同仁**垂念愛撫…（四）天皇統治之日本政府對勤勉耕耘者發給獎品，**濫殺人者加以重罰。**」

產事項。二、關於蕃地開墾事項。三、關於山林樟腦製造事項。其第七條：撫墾署之名稱、位置及其管轄區域由台灣總督定之。

⁶⁷ 藤井志津枝，前揭註 58，頁 63-64。

⁶⁸ 依據 1897 年月勅令第 163 號修正撫墾署組織規程第 6 條：「知事廳長經臺灣總督之准許，得在需要地設置撫墾署出張所。」亦即此後原獨立之撫墾署，改為縣廳隸屬之下。參臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 46-47。

⁶⁹ 藤井志津枝，前揭註 58，頁 84-88；李崇僖（1996），《日本時代臺灣警察制度之研究》，頁 62，國立臺灣大學法律學系碩士論文。

⁷⁰ 臺灣總督府警務局編（1933），《臺灣總督府警察沿革誌 第一編警察機關の構成》，頁 498-504，台北：臺灣總督府警務局；藤井志津枝，前揭註 58，頁 117。

⁷¹ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 14。

(五) 日本人或清國人如有損害其利益之行為，應由酋長向撫墾署申訴為一定之處分，**絕不可加以殺傷。**」⁷²可見日本統治當局一開始即認定高山族原住民**並非**清國人／中國人，但同樣要求其須遵守現代主權國家的規矩，例如刑罰權由日本國家權威所獨占，也因此擬**制定法律**以作為規制其社會生活的一般規範，亦即尚有意**推動**現代法治。

然而，撫墾署等政府機構實際上對高山族原住民族並無足夠的統治力，故難以執行日本的現代刑事法規。1896年〈撫墾署長處理事務注意事項〉，即指出：「據說蕃人中亦有以殺害漢人為榮…**目前當局沒有辦法使蕃人服刑罰**，宜加以嚴厲訓誡，並令其負連帶責任，防止再發生此種不幸事件…亦希望**與憲兵及警察官**協議採取機宜處理方法。」⁷³顯示當時撫墾署對於在蕃地依法律執行國家公權力，頗有為難之處，故期待軍方與警察體系之援助。當時的台灣總督桂太郎對於蕃人的統治，也僅指示「…嚴明刑罰以示威信…以寬猛之道達成撫育目的。」⁷⁴，僅是一種口號性宣告爾。各地方行政機關亦對如何處理生蕃人犯罪感到困惑，1896年台中縣知事就曾詢問總督府民政局長，對於已經知悉之殺害漢人的蕃人犯罪者，應勸說蕃社酋長以使其交出加害人，抑或是直接將加害人逮捕？⁷⁵換言之，是應尊重蕃社**傳統的權威**（酋長）**與固有規範**，抑或是可直接以**國家權威依日本現代式法律**介入呢？結果1896年民內第143號的〈生蕃人處分方之件〉，竟回答兩者皆可⁷⁶。當然這樣的意見也招來反對，陸軍方面即認為姑息的手段將來會對日本的威信造成影響⁷⁷。

這樣的爭議與疑問持續發生。1897年4月在以統一推行蕃政措施為目

⁷² 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 14-15。

⁷³ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 24。

⁷⁴ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 26。

⁷⁵ 臺灣總督府（1896），《臺灣總督府公文類纂》，明治 29 年（06/07/1896），乙種永久保存，第十三門殖產，撫墾，10、「土人ヲ殺害シタル生蕃人處分方臺中縣へ指令」（政府檔案原本）。

⁷⁶ 臺灣總督府，前揭註 75。

⁷⁷ 臺灣總督府，前揭註 75。

的的撫墾署長諮問會上⁷⁸，殖產部拓殖課的諮問案提問「蕃人行兇時，懲罰之手段為何」，法務部也問及「刑罰可否適用於生蕃，不宜適用則應設何種特別法令」⁷⁹。同年 8 月，台灣憲兵隊認為其對於蕃地外犯罪之蕃人現行犯，不可能不過問，故對於此等對地方安寧及蕃民綏撫上不明確之事，向總督府提出疑問⁸⁰。當時憲兵方面似有意將蕃人犯罪看做是屬於司法事務，警察方面的警保課也大致贊同，認為不應視為撫蕃行政的一部份。但是，總督府民政局卻回覆，這樣的情形並不能以常法規範，且現在尚未制定特別法，除了暫時當作撫墾行政的一部份，並由所轄撫墾署長為適宜處分外，別無他法⁸¹。

模稜兩可的答案終非解決之道。1897 年 4 月在五指山撫墾署管轄內之蕃地，蕃人襲擊腦寮，殺害日本人腦丁。該署長之處分是依蕃社慣例，向蕃人徵收珠珞，並給予訓誡。但是 5 月又再次發生蕃人殺害日本人腦丁事件⁸²，殖產局也認為行兇事件漸次有可能是出自故意行為，要求撫墾署重新調查⁸³。換言之，面對日本人被殺害，以及涉及政府重視的樟腦事業，已經引起殖民統治當局一定的重視。內務部長杉村（警方）也提出意見，認為蕃人好像被置於法律之外，官廳僅僅徵收珠珞就免處其罪，且似乎若官方採取其他處分就會遭受蕃人攻擊，此一旦成為通例，將導致其輕視政府，故應採取：一、命令交出兇犯，二、依法處罰兇犯等。⁸⁴

殖產局長對於內務部長杉村的意見，尤其是第 2 款「依法處罰」，卻完全不贊同。殖產局長認為撫墾署設置以來，絕無將生蕃的殺戮行為視作習

⁷⁸ 此次諮問會在總督府召開，乃木希典總督並曾臨席，可說是相當受到重視。

⁷⁹ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 37、41。

⁸⁰ 臺灣總督府（1897a），《臺灣總督府公文類纂》，明治 30 年（08/01/1897），十五年保存，第十三門殖產，撫墾，6、「加害生蕃人取押ノ際處分方憲兵司令官へ通達」（政府檔案原本）。

⁸¹ 臺灣總督府，前揭註 80。

⁸² 臺灣總督府（1897b），《臺灣總督府公文類纂》，明治 30 年（06/01/1897），十五年保存，第十三門殖產，撫墾，3、「兇行蕃人懲戒法等二付五指山署へ照會」（政府檔案原本）。

⁸³ 臺灣總督府，前揭註 82。

⁸⁴ 臺灣總督府，前揭註 82；臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 56。

慣、置於法律之外的情事；但生蕃人乃「等同無智文盲白癡瘋癲的**無能力者**」，目前尚無可適用於無能力者的法律，即使有之，相信適用亦難以奏效。就文明國刑法之構成犯罪及其性質而言，不能對無能力之犯罪「蠻人」處以適用於具備普通知識者犯罪的刑法，文明國在蕃人達到具備普通智識的時期之前，皆不應為之；因此，若以疏虞懈怠或過失殺傷等罪名加以處罰，都可謂濫用法律⁸⁵。此乃日本官方文件中**首件**關於原住民族係「**無能力者**」的論述，最後民政局也以殖產部之意見為當。亦是首度正式的在官方見解上，表達了對於生蕃人之行為**不適用日本現代型刑法**。

但是蕃人殺害日本人之事件並未停止，連民間經營製腦事業的日本人都向總督府連署陳情，請求設法保護⁸⁶。總督府當局則表示，由於撫墾署設立以來對於改正蕃人殺人風俗的惡習尚無成效，主管機關正擬訂有關法令⁸⁷。這項具有特別法性質的刑事法草案，終於在 1897 年 9 月由內務部長杉村提出。杉村認為政府視漢人及日本人為治下之民而令其負擔課役納稅義務，蕃民卻為治外之民而免除其此等義務，當治外之民殺害治下之民時，如不加以制裁，即不能保護治下之民，因此提出了如下內容的「生蕃刑罰令」⁸⁸。

第 1 條 本令僅適用於生蕃人的犯罪。

第 2 條 本令規定之刑分為死刑及拘禁兩種：

一、死刑處以絞首。

二、拘禁處以 11 日以上 5 年以下。

第 3 條 官吏執行職務時，以暴力脅迫抗拒官吏者，處以 3 個月以上 3 年以下拘禁。

第 4 條 搶奪囚犯或以暴力脅迫幫助囚犯逃逸者，處以 3 個月以上 3 年以下拘禁。

第 5 條 無故至官署喧鬧或強迫官吏就範或為其他暴行者，首魁處以 3 年以上 5 年以下拘禁，煽動助勢者處以 5 個月以上 4 年以下拘

⁸⁵ 臺灣總督府，前揭註 82；臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 57-58。

⁸⁶ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 62-66。

⁸⁷ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 65。

⁸⁸ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 73-76。

禁，附和者處以 11 日以上 7 個月以下拘禁。

第 6 條 吸食鴉片者，處以 5 個月以上 2 年以下拘禁。

第 7 條 放毒物或損害健康物品於淨水中供人飲用者，處以 11 日以上 2 個月以下拘禁，因此致人疾病者處以 3 個月以上 3 年以下拘禁，致死者處以死刑。

第 8 條 破壞道路或水路者，處以 11 日以上 2 年以下拘禁。

第 9 條 破壞橋樑、鐵路、電線、電柱或毀棄郵件者，處以 2 年以上 4 年以下拘禁。

第 10 條 殺人或放火燒毀現有人居住之家屋倉庫者，處以死刑。

第 11 條 毆打人使其受傷者，處以 11 日以上拘禁，因致廢疾者處以 2 年以上 5 年以下拘禁，致死者處以死刑。

第 12 條 竊取他人財物者，處以 11 日以上 2 年以下拘禁，搶奪者處以 2 年以上 4 年以下拘禁。

附則

第 13 條 不抵觸本令規定者，適用帝國刑法總則。

這項草案的內容，與尚處軍政時期的 1895 年 11 月間以在台漢人為主要適用對象的「台灣住民刑罰令」十分相似。兩者皆以施加西方式 / 現代式的刑罰種類為主，條文數目不多但處以死刑者不少，且日本現代式刑法典都可以「補充法」的角色而被適用⁸⁹。因此雖還不能算是現代型的刑法，但已有部分現代刑法的色彩。相對的，草案中完全看不到原住民族傳統的制裁規範的影子。原住民族傳統的制裁種類，原則上有復仇（針對非同族）、懲罰與贖財⁹⁰，因此像是出草的復仇行為，在原住民族傳統中並非不正行為，但在

⁸⁹ 其內容及發佈的情境，參王泰升，前揭註 4，頁 87-88。

⁹⁰ 蔡桓文（2007），《國家法與原住民族習慣規範之衝突與解決》，頁 30-31，國立臺灣大學法律學系碩士論文。復仇者，以懲罰犯人之惡行為目的，將犯人殺死之行為，惟犯行發生於同族之間時，通常由頭目或其他有勢力者出面慰諭加害人提出贖財代之，至於加害人若為敵對之原住民族、其他原住民族或其他種族時，通常會結合二、三社之力量共同出草，雙方即發生仇敵關係。懲罰即分成死罰（將行為人殺死）、體罰（毆打、切斷行為人手指）、自由罰（放逐、絕交、閉居）、財

此「生蕃刑罰令」中不加以區分，全視為非法；而「生蕃刑罰令」中的「拘禁」（即現代刑法中的自由刑），和蕃人傳統的閉居（自行至遠離村落之地，暫時不與族人來往，以之為反省）或放逐，也有所差異。因此「生蕃刑罰令」草案可謂欲排除原住民社會傳統制裁型態，而強力地導入國家統治權與現代型國家法。

然而，這份具有**部分現代刑法色彩**的「生蕃刑罰令」草案，最終並未被日本統治當局所接受。按台灣的漢族與漢化的平埔族於短暫適用前述台灣住民刑罰令之後，從 1896 年 8 月起即原則上適用屬於現代法的日本帝國刑法上規定⁹¹，但高山族原住民族卻事實上連適用僅具部分現代法色彩的生蕃刑罰令都不可得。根據《理蕃誌稿》的記載，1897 年 9 月由總督命令所屬官僚所組織的「生蕃取締方法調查委員會」⁹²分別於 22 日、27 日舉辦兩次會議，對於生蕃刑罰令的結論是：「不另行制定蕃民懲罰法，現行帝國刑法適用無疑，並由當局在法律規定範圍內為臨機處分。」⁹³台灣日日新報對於生蕃取締委員會的報導也提到，因帝國刑法施行之故，而認為無特別訂立生蕃刑罰令的必要⁹⁴。其實該項結論從具有現代性之法學理論來看是矛盾的，因為既然「帝國刑法適用」，則一旦社會事實符合刑法上的構成要件，即須無差別地給予刑法所訂的法律效果，方符合法律之應普遍適用於所有不特定人的性質，怎能再由統治當局就個案「臨機處分」。所以，唯一不相矛盾的解

罰（沒收行為人之家產）與懲戒（戒飭或斥責）。贖財，為避免同族相殺所產生的不祥，以贖財給予被害人。

⁹¹ 王泰升，前揭註 4，頁 90。1896 年律令第 4 號規定：「在台灣之犯罪依帝國刑法處斷之，但其條項中對於台灣住民難以適用者，依據特別之規定。」參外務省編（1960），《律令總覽（「外地法制誌」第三部の二）》，頁 166，東京：條約局法規課。然而，1896 年律令第 4 號公布後，台灣仍然有制定許多特別刑法，其中不乏特別針對某一族群的屬人法，限制日本人者如 1900 年的「台灣保安規則」；限制台灣人者有 1898 年「保甲條例」、1904 年「罰金與笞刑處分例」、1906 年「台灣浮浪者取締規則」。因此當時台灣是有施行具屬人性特別刑法的空間。

⁹² 委員為：內務部杉村事務官及橫澤事務官、殖產部有田技師及橫山技師、財務部關事務官、法務部山口事務官及楠瀨陸軍中佐、大島參事官。

⁹³ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 76。

⁹⁴ 臺灣日日新報（09/26/1897），生蕃刑罰令に對する一説，2 版。

釋，或許正是決議做成者的認知，就是生蕃**不適用**以「法治」為當然之理的前述現代法學理論。

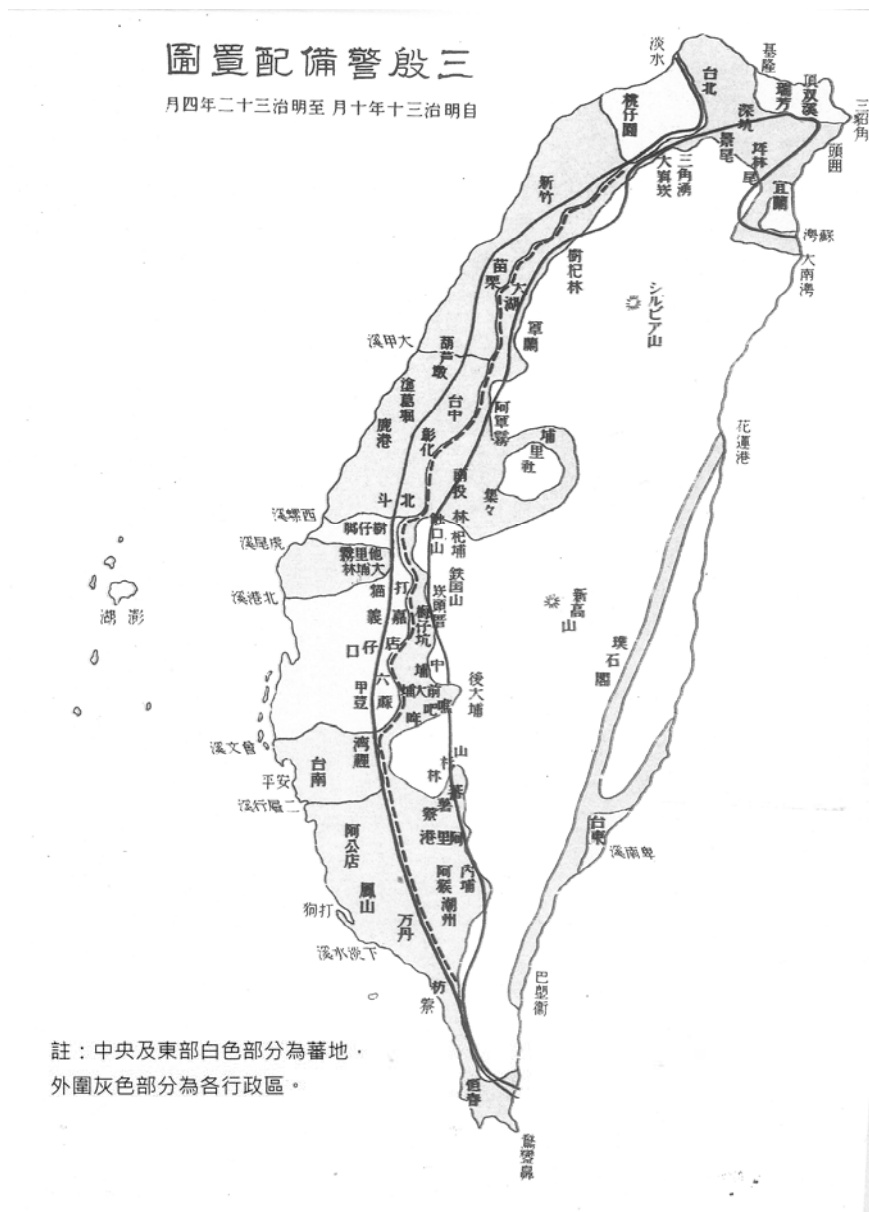
日本統治當局之對高山族原住民族刻意排除法治架構，有其實務運作上的考量。如《理蕃誌稿》在生蕃取締委員會的結論之後，也附錄了撫墾署所提出對於生蕃刑罰令的反對意見，其認為蕃人過於團結，若社中有人觸法，舉族會加以庇護藏匿，警察官根本無法逮捕歸案；若欲施行刑罰令必須覺悟動武，刑罰令甚至會成為叛亂的導火線⁹⁵。撫墾署的意見總歸一句話：國家權威根本**無力執行**此一刑罰令。圖一是 1890 年代末期台灣總督府的警察配置圖，從該圖可看出蕃地與普通行政區域的劃分，除了西半部以及東部極少數地域外，台灣大部分山地仍屬蕃地（白色區域），由此可證明國家權威尚未掌握蕃地。

此時軍方的態度也是反對生蕃刑罰令，但動機上似乎非常陰險，其認為倘若實施生蕃刑罰令，警察部門的勢力將因治安維持、犯罪偵查等而更為鞏固，倒不如繼續放任蕃人，讓統治情勢險峻後再由軍方討伐之⁹⁶。於是，反對制定者以日本帝國刑法已經依 1896 年律令第 4 號規定在台灣施行為由，表示不必再另外制定蕃人刑罰令。但如前所述，其拒絕「特別立法」，卻主張「特別執法」（即「臨機處分」），即是**排斥憲法上法治原則**。何況帝國刑法能否適用於生蕃，其實在法律上不無爭議，按此時殖產局以及法學者岡松參太郎皆已提出生蕃「無法律上人格」的概念⁹⁷，故若能特別立法，當可明確化法律關係。

⁹⁵ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 78-80。

⁹⁶ 臺灣日日新報，前揭註 94，2 版。根據此報導，有軍官表示：「駕馭生蕃要給予一重大打擊以顯示我方的實力…聽說（生蕃刑罰令）不是積極取締蕃人，僅退而求其次防止暴行…不過是一時的姑息彌縫手段…要大興討伐之師使彼等服於我威…軍隊征服一地後由撫墾署接收憲兵巡察以保護…繼續持續撫墾署的放任主義豈不妙哉，要之唯有給予彼等一重大打擊！」

⁹⁷ 殖產局的用語是「無能力者」，岡松參太郎的用語是「動物」。



〔圖一〕1897-1899年台灣三段警備置圖

※資料來源：臺灣總督府警務局編（1933），《臺灣總督府警察沿革誌 第一編警察機關の構成》，頁 444-445，台北：自刊。

二、可排除一般法律之適用：依 1900 年內訓第 1 號

1897 年以降，由於數件生蕃人遭到刑事起訴的案件，使得「生蕃是否適用帝國刑法」繼續成為討論的話題。在台灣總督府檔案中可發現的**首宗**涉及高山族原住民被告的**刑事訴訟**案件，發生於 1897 年 3 月。在該案中，軍隊逮捕了涉嫌共謀殺人罪之蕃人，交由恆春地方法院處理，但由於犯罪嫌疑人脫逃，造成軍方的不滿，故要求法院說明⁹⁸。另有一件發生於 1898 年 10 月的案件，係台東廳蕃人ホルムワン（15 歲）因竊盜事件被檢察官提起公訴，台南地方法院以其「有辨別是非之能力」，判處重禁錮 15 日附加監視 6 個月。然台南縣知事認為被告乃蕃人，有撫育上必要，故請求台南地方法院發送有關蕃人判決之謄本，並指出將蕃人等同於普通人民而置於刑法之下，有調查和斟酌之必要⁹⁹。接著，台南地方法院於 1899 年 4 月，對於台東廳蕃人殺害本島人之案件，適用匪徒刑罰令予以判刑，蕃人被告中有 1 人被判處無期徒刑、1 人被判處重懲役 9 年、3 人被判處重禁錮 2 年，僅有 1 人因犯罪時僅 13 歲，而被認為無辨別是非之能力，判處無罪¹⁰⁰。

可見在日治之初，理蕃政策尚未明朗化時，一般刑法（當時亦稱「普通刑法」，即指帝國刑法），甚至是實際上為漢人武裝抗日而制定的匪徒刑罰令，皆被法院無差別地**適用**於被告為高山族原住民的刑事案件。是以法院在判決理由中並未特別討論被告所具有之「蕃人」身分，反而是以適用普通刑法為前提，依刑法中有關年齡的規定而為裁判。但是法院的依法裁判，卻引來地方行政機關對此一作法是否妥適的質疑。

⁹⁸ 臺灣總督府（1897c），《臺灣總督府公文類纂》，明治 30 年（07/30/1897），乙種永久保存，第十一門警察及監獄，破獄逃走，31、「〔脫獄〕蕃人訊問滯留ノ義ニ關シ軍務局〔長立見尚文ノ照會〕ヘ回答」（政府檔案原本）。

⁹⁹ 臺灣總督府（1898），《臺灣總督府公文類纂》，明治 31 年（10/01/1898），永久保存，第五門內務門殖產部，蕃人蕃地，28、「犯罪蕃人ノ判決謄本請求ノ件（元臺南縣）」（政府檔案原本）。

¹⁰⁰ 臺灣總督府（1902），《臺灣總督府公文類纂》，明治 35 年（03/01/1902），十五年追加，第十六門司法，刑事，2、「指令第六六五號生蕃人ロンロン、サキスニ對スル被告事件起訴ノ件」（政府檔案原本）。

果然，作為台灣地域之中央**行政機關**的台灣總督府，後來決定出手制止**司法機關**繼續無差別地適用法律來處理蕃人被告的刑事案件。於 1899 年 12 月，台南地方法院對於台東廳生蕃竊盜及殺害事件進行公訴和審理，第一審判處被告瀧浪死刑¹⁰¹。此乃涉及蕃人之間的殺害行為，死刑的判決也引起了新聞界的報導¹⁰²。由於該案的刺激，台灣總督府於 1900 年做出了重要的內訓第 1 號「關於生蕃人犯罪起訴之件」¹⁰³，表示：「**起訴蕃人犯罪事件，檢察官長應向台灣總督申請且受其指揮。**」¹⁰⁴ 其發布的理由為：「蕃人現下猶如**治外之民**，若不另設特別法規，則犯罪時不得不依照普通刑法處罰，雖然最近法院對一二件蕃人之犯罪適用普通刑法，實出於不得已。但對於無能力理解何謂刑罰的蕃人**適用一般法律，無論實際上或理論上而言，皆不合宜。**因此在制定一般取締法規之前，**針對其犯罪應盡量採取委由行政處分之方針**，以使檢察官不立即起訴。」¹⁰⁵ 在此所稱的「一般法律」，似指適用於台灣殖民地「一般人」，包含日本人、外國人、本島人（含漢人和平埔族人）的法律，在此意義下匪徒刑罰令也屬一般法律。

1900 年內訓第 1 號雖僅言及有關起訴之司法程序，而非有關實體法之規定，但透過此一內訓的操作，卻擴大了行政機關權限，限縮了高山族原住民族適用一般刑法（即引文中的「普通刑法」）的可能性。特別是內訓理由中表示：「適用一般法律，無論實際或理論上而言皆不合宜」，可說是延續 1896 年以來岡松、持地等人「生蕃無國法上人格」的學理討論，以及總督

¹⁰¹ 臺灣總督府，前揭註 100。

¹⁰² 臺灣日日新報（11/19/1899），生蕃に刑法を適用すべき乎，2 版；臺灣日日新報（01/27/1900），蕃人の控訴事件，4 版。

¹⁰³ 於日治時期，台灣地方州廳得發布州令、訓令、諭告、內訓、達、告示、指令。州令是法規命令；訓令、告示、達是行政規則。訓令是關於行政內部的行政規則。而內訓可謂是秘密的訓令。參園部敏，前揭註 24，頁 81、85-86；臺北州知事官房文書課編（1931），《臺北州令規類纂（上卷）》，第一輯，總規，頁 8，東京：帝國地方行政學會。

¹⁰⁴ 臺灣總督府（1899），《臺灣總督府公文類纂》，明治 32 年（01/12/1899），甲種永久保存，第十六門司法，刑事，5、「內訓第一號蕃人ノ犯罪事件起訴ノ件」（政府檔案原本）。

¹⁰⁵ 臺灣總督府，前揭註 104。另參臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 153。

府內各組織如撫墾署所提出的「治外之民」等蕃人不適用普通法律之意見。

此號內訓正式確定了：關於蕃人的處罰，**非全然**由司法體系內的檢察官依據法律進行司法判斷，而應由行政機關（台灣總督府）本於行政上需求為最終決定，亦即當時所稱的「委由行政處分」。也就是說，不由司法機關完全依照具普遍適用性的法律（普通刑法甚或如匪徒刑罰令一類的特別刑法）來裁斷，而容許行政機關將**法律以外**的因素納入考量並做成決定（「行政處分」）。在此，「依照法律處置」竟只是一個可能的選項，而非絕對性的要求，顯已**否定**了明治憲法上的法治原則。且以行政機關的「內訓」，而非議會制定的法律或具有與法律同一效力的律令，對檢察官之適用法律為指示，是否違反明治憲法上「法律的支配」原則亦有議論空間。不過，如果憲法根本不適用於原住民族，也就沒有違反憲法上規定的問題了。

此外，正在進行瀧浪案第二審訴訟程序的覆審法院，在該內訓第 1 號做成後，即做出蕃人被告無罪之判決。判決理由中敘述被告「軀幹五尺辮髮垂條肩毛濃密眼球巨大，的的確確是純然蕃人」，因無辨別是非善惡之能力，故判處無罪¹⁰⁶。從法院應依據法律為獨立審判的憲法上法治原則來看，行政機關的內訓不能影響法院的裁判。在瀧浪案，固然第二審法院是以被告無辨別是非善惡之能力，依刑法乃是欠缺責任能力之人為由，推翻第一審法院的死刑判決。不過，在第一審判決引發輿論注意的情形下，總督府表態要求檢察官對蕃人刑案於起訴前須經總督同意，雖非針對該案（按瀧浪案早已起訴且有一審判決矣），但已明確傳達對蕃人不一定須適用法律（刑法典）的態度。時間在後的第二審法院判決所持立場，「恰巧」與時間在前的總督府內訓旨趣相吻合，不免令人有司法配合行政之感。

此時行政機關之不願司法機關依一般刑法強力制裁高山族原住民，特別是當刑案的加害人與被害人不涉及高山族原住民以外之人時（如瀧浪案），乃因顧及此可能引發其不滿而衍生出抗日行動，「徒增」其統治成本。這項態度亦可從有關處理高山族原住民族事務的機構設置上，窺見其端倪。於 1901 年，日本統治當局為了徹底消滅平地漢人的武裝抗日，在總督府民政

¹⁰⁶ 臺灣日日新報（03/02/1900），生蕃瀧浪の公判，2 版。

部裡特別設置警察本署以強化警政體系，警察本署長關於警察事務得直接指揮各廳長，建立中央到地方關於警察制度的一條鞭體系¹⁰⁷。由於警力已集中於鎮壓漢人的武裝運動，只好將蕃人蕃地業務交由非警政單位來分擔。當時總督府內掌管蕃人蕃地事務者共有四個機構：一為警察本署警務課，管理隘勇事務；二為警察本署保安課，管理山林及取締蕃人事務；三為殖產局拓殖課，管理森林原野、礦山及一般蕃人蕃地事務；四為台灣總督府專賣局，管理樟腦製造專利及取締事務。換言之，並未以一個單位來管轄蕃人蕃地事務¹⁰⁸。

當前述行政目的不再時，即在統治機關上有所調整了。按 1902 年日本殖民統治當局已終結在台漢人自 1895 年以來的大規模武裝反抗，接著即於 1903 年 4 月，由總督府以訓令第 62 號修改「總督府官房並民政部警察本署及各局分課規程」，將所有與蕃人蕃地有關事務之管轄，完全從殖產局移轉到警察本署中，並設置蕃務掛（後改為蕃務課），掌管蕃人蕃地事務¹⁰⁹。因此達成警政與蕃政合流。於 1903 年和 1904 年，警察本署長召開多次「蕃務會議」來協調各方意見，以統一蕃政，並使得運用**警察體系**推動蕃務的統治方式，逐漸在蕃地生根¹¹⁰。地方部分，也依 1903 年訓令第 63 號「各廳事務分課規程」之改正，將蕃人蕃地事務從總務課移轉至警務課蕃務係；台東廳則因「民蕃混同，行政區域與蕃地之界線並不明確」，具有特殊性，遲至 1904 年（訓令第 88 號）才將蕃人蕃地事務移往警務課¹¹¹。

然而「蕃人蕃地事務」的對象所指為何，在 1910 年「民蕃雜處」的花蓮港廳曾提出疑問，總督府的回覆是，「**並非住在普通行政區域內的蕃人即一律接受普通行政或一律接受蕃務行政的支配，而必須觀察其智力及生活程**

¹⁰⁷ 李崇儋，前揭註 69，頁 72-73。

¹⁰⁸ 藤井志津枝，前揭註 58，頁 123、129。

¹⁰⁹ 臺灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 110-115、121-122；李崇儋，前揭註 69，頁 72-74。

¹¹⁰ 藤井志津枝，前揭註 58，頁 187。

¹¹¹ 臺灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 532、560、626；臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 294-296。

度，與一般土人（指台灣漢人，筆者註）相同，得享權利負擔義務並無障礙時，得受普通行政之支配，因此需就各蕃社的進步狀態為慎重的調查。」¹¹²因此前述「蕃人蕃地」概念雖不完全但較接近蕃人「或」蕃地的事務，按居住於並非蕃地的普通行政區域內的蕃人，仍有受到蕃務行政管轄之**可能**，且判斷基準是相當抽象的所謂「智力及生活程度」。凡此，再次顯示日本統治當局不理會現代法治所重視的明確性。

三、由警察機關依行政需求為裁量：依 1906 年的通牒

於 1906 年，台東廳未事先經過總督府方面（警察本署長）的同意，即向檢察官詢問應否移送一件蕃人的殺人案件，蓋此並非是所謂純然的「蕃害」（出草），而僅是一般殺人案件¹¹³。警察本署長聞知此事後，即表示反對該項移送，但檢察官方面則要求移送，後來並決定不起訴。如此一來，似乎造成機關間權限的混亂，故 1906 年 3 月 19 日總督府民政長官，對管轄蕃人蕃地的各廳長，發出「蕃人犯罪事件處理之件」的通牒¹¹⁴，表示：「蕃人犯罪事件，從來採取付諸行政處分之方針，但今亦有蕃人殺人事件而徵求檢察官之意見者，以致發生紛議。今後辦理**蕃人蕃地處分**發生疑義，請先徵求警察本署長之意見後處理。」¹¹⁵換言之，以高山族原住民為被告的犯罪案件，不僅依先前的 1900 年內訓第 1 號，檢察官在起訴與否一事上須受行政機關指

¹¹² 「蕃人蕃地區分方ノ件」明治 43 年 5 月民內第 2776 號花蓮港廳外八廳へ民政長官通達。參臺灣日日新報（1911），《蕃務警察法》，頁 205-206，台北：臺灣日日新報；臺灣總督府（1910a），《臺灣總督府公文類纂》，明治 43 年（05/07/1910），永久保存，第五門地方，地方行政，12、「普通行政區域內ニ居住スル蕃人ニ對スル行政ニ關シ通達ノ件（花蓮港廳長其外）」（政府檔案原本）。

¹¹³ 在本案件中，三名蕃人涉嫌共謀殺死漢人，於搶奪錢包後逃逸。參臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 433-434。

¹¹⁴ 「通牒」，係行政組織中的往復文書，上級行政機關對下級行政機關之命令，也有稱為「通達」；是不需要正式的文書形式的命令，但係總督府官報中應揭載事項。參臺北州知事官房文書課編，前揭註 103，頁 8；臺灣總督府編（1943），《加除自在臺灣法令輯覽》，頁 188-188 之 1，東京：帝國地方行政學會。

¹¹⁵ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 433-436；臺灣總督府蕃務本署調查課編（1911），《蕃務官吏必攜》，頁 176，台北：臺灣日日新報社。

揮，依 1906 年這份通牒，連刑事案件是否**移送**司法機關偵辦（而成為「刑事訴訟案件」），都須先經行政機關同意。在結果上，可謂更進一步地漠視明治憲法上「法律的支配」之要求。

於 30 餘年後的 1938 年，某警務局理蕃課長在其文章中表示，這項「蕃人犯罪事件處理之件」的通牒，具有高度重要性，因為其確定了高砂族一切**刑事民事案件「依行政處分」**之原則（此處之「行政」係相對於「司法」而言），並認為由於高砂族傳統社會有其舊慣，故運用行政上的處分來做適度的斟酌，乃是相當有效而適切的方針¹¹⁶。據此，該 1906 年通牒中所稱「蕃人蕃地處分」，在統治當局的實際運作上，利用高山族原住民族傳統觀念中並無民事、刑事之分，而不僅僅將刑事事項，還將民事事項，一併交由行政機關為處分，以致皆可能**排除**了一般法律（即刑法典、民法典、商法典等）之適用。

日治台灣的刑事制裁程序，除了法院內的刑事訴訟程序外，尚有名義上由地方行政首長（廳長），實際上由高階**警察官**審問後即刻做成裁斷的「犯罪即決程序」¹¹⁷，則此在程序上應如何處理以高山族原住民為被告的案件呢？1906 年 2 月 21 日民政長官向各廳長發出通達，表示：「依犯罪即決例即決生蕃人之犯罪時，應列舉事實呈請總督指示處理方法。」¹¹⁸ 換言之，除了檢察官的起訴外，事實上係由高階警官所做成的犯罪即決，也必須**特殊地**（相對於漢人或平埔族人被告）先呈報總督並受其指揮，不可直接適用性質上屬「一般法律」的犯罪即決例（律令）之規定。雖然犯罪即決制本身實質上恐已有違「應經法院審判始能斷罪」的明治憲法上法治原則¹¹⁹，但一旦涉及對高山族原住民的刑事制裁，即再升高行政上指揮的層次，讓作為在台

¹¹⁶ 宮尾五郎（1938），〈高砂族の犯罪と防犯〉，《臺灣警察時報》，269 號，頁 26。

¹¹⁷ 王泰升，前揭註 4，頁 213-221。

¹¹⁸ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 436-437。臺灣總督府（1910b），《臺灣總督府公文類纂》，明治 43 年（12/08/1910），永久保存（追加），第三門警察，司法警察，5、「蕃人ノ即決處分ニ關シ通達」（政府檔案原本）。

¹¹⁹ 在制度上，不服犯罪即決宣判者得聲請由法院為正式裁判，但事實上聲請法院為正式裁判者極少，故絕大部分犯罪即決案件係由行政機關斷罪並執行。參王泰升，前揭註 4，頁 215-216。

最高行政首長的總督介入其處理程序。

這一連串的規定，一再重申「可排除一般法律之適用」，且使得司法部門能夠介入蕃人刑事制裁的空間不斷被限縮，行政部門，特別是警察機關，得以所謂的「行政處分」而為裁決的範圍則逐漸擴大，甚至在實務上已擴張到民事事件。

四、對於刑事案件的裁斷實況

不過，在「可排除一般法律之適用」的指令下，就特定個案可能排除之，也可能不排除。處於這種欠缺法治的保障下，究竟在哪些情形下被排除或不被排除，實有進一步觀察的必要。以下乃是從台灣總督府檔案或報紙等史料，找出發生於 1900 年訓令發佈之後、1920 年 8 月內訓第 3 號（詳見後述）發佈之前所發生之犯嫌/被告為高山族原住民的刑事訴訟案件，並為簡潔起見，以表列方式呈現。

〔表一〕被告為高山族原住民的刑事訴訟案件（1900-1920）

公文之案號及立案日期	被告之居所及身分	犯罪事實	應起訴理由	起訴與否	判決結果	公文出處
民法第 561 號， 1900 年 6 月 2 日	台南縣恆春辦務署管內竹社蕃人吧浪浪	強盜殺人。被害人係寄留於四重溪庄的松原二郎	台南地方法院鳳山出張所檢察官認其證據充分，且具有是非善惡分別能力，有處罰之必要。	起訴	不明	台灣總督府公文類纂 明治 33 年 (1900-06-18)，乙種永久保存，第十六門司法，刑事，2、「生蕃人吧浪浪ニ對スル強盜殺人被告事件起訴方臺南地方法院檢察官へ指令」。

民法第 672 號， 1900 年 8 月 8 日	大料崁蕃 地唵哮社 内生蕃シ ヤラク、 イーバン マライ	殺人。殺 害蕃地 腦寮附 近的日 本人協 田畿太 郎	台北地院檢 察官長認其 證據充分犯 跡明白，具 有判斷力應 為相當之處 分。	不起訴		台灣總督府公 文類纂 明治 33 年 (1900-08-13)， 乙種永久保存， 第十六門司法， 刑事，2、「生蕃 人イーバンマ ライニ對スル 殺人被告事件 不起訴方臺北 地方法院檢察 官へ指令」。
民總第 55 號，1902 年 1 月 9 日 ¹²⁰	台東廳南 鄉排灣蕃 噶媽社生 蕃人ロン ロン、サ キヌ	共謀 殺。殺害 巡查馬 入弦一	台南地方法 院鳳山出張 所檢察官認 其具有判斷 力加上證 據、自首與 犯跡明確， 有辨別是非 之能力，應 懲罰。覆審 法院檢察官 長亦支持起 訴，認為關 係之後的威 信，要加以 嚴懲。	起訴	死刑	台灣總督府公 文類纂 明 治 35 年 (1902-03-01)， 15 年追加，第 十六門司法， 刑事，2、「指令 第六六五號生 蕃人ロンロン、サ キヌニ對スル 被告事件起訴 ノ件」。 台灣日日新報， 〈生蕃人死刑 の宣告〉1902 年 5 月 20 日
民總 4832 號，1903 年 8 月 27 日	恆春廳豬 勝東庄蕃 人潘武聲	故殺未 遂。懷疑 妻與恆 春廳巡	台南地方法 院檢察官長 認其對犯罪 事實自白，	起訴	不明	台灣總督府公 文類纂 明治 36 年 (1903-09-01)，

¹²⁰ 本案係法院宣告生蕃人死刑的第一件案例。參臺灣日日新報(05/20/1902)，生蕃人死刑の宣告，2 版。

		查補潘 王仔通 姦憤而 殺害二 人	犯跡明白， 其土語精通 又具備常 識，判斷力 與本島土人 無差別，應 為起訴。			15 年保存，第十 六門司法，刑 事，2、「臺南地 方法院檢察官 長具申ニ係ル 恒春廳生蕃人 潘武聲起訴ノ 件認可」。
民法第 271 號， 1916 年 6 月 27 日	花蓮港廳 奉鄉太巴 塹社生蕃 人スラマ ラン	竊盜、私 印偽造 使用詐 欺。竊取 花蓮港 廳隘勇 之銀行 儲蓄通 帳，且偽 造印章 以詐領 儲金	台北地方法 院檢察官長 認其犯跡明 白，手段巧 妙，應有知 識，有懲戒 之必要。	起訴	不明	台灣總督府公 文類纂 大正 5 年 (1916-01-01)， 15 年保存，第六 門司法，刑事， 2、「生蕃人ニ對 スル刑事事件 起訴認可ノ件 (生蕃人スラ マラン)」。
民法第 293 號， 1919 年 7 月 23 日	台東廳南 鄉獅仔獅 社生蕃人 グムセル	殺人。與 潘新才 共同將 被害蕃 人壓至 溪中溺 斃	台北地方法 院檢察官長 認為由其手 段來看具有 普通智識， 且犯行慘 酷，應予嚴 懲。	起訴	死刑	台灣總督府公 文類纂 大正 8 年 (1919-01-01)， 15 年保存，第六 門司法，刑事， 2、「生蕃人ニ對 スル刑事事件 起訴認可(臺北 地方法院)」。
總法第 68 號，1920 年 3 月 4 日	花蓮港廳 蓮鄉荳蘭 社生蕃チ リボンコ モド、ル ブン	汽車往 來妨 害。被告 共謀使 火車脫 軌，妨害	台北地方法 院檢察官長 認調查確 證，且該當 依刑法第 125 條犯罪	起訴	各懲 役 2 年	台灣總督府公 文類纂 大正 9 年 (1920-01-01)， 15 年保存，第六 門司法，刑事，

		火車往來	處以刑罰。			2、「チリホンコモト外一名生蕃人ニ對スル刑事事件起訴認可」。
總法第 80 號，1920 年 3 月 10 日	台東廳南鄉知本社生蕃ボアナウ	殺人。因飲酒起爭吵而持刀殺害大南社蕃人	台北地方法院檢察官長認犯罪證據十分，且本案為刑法第 199 條重大犯罪應處以刑罰。	起訴	懲役 8 年	台灣總督府公文類纂大正 9 年（1920-01-01），15 年保存，第六門司法，刑事，2、「生蕃人ニ對スル刑事事件起訴認可（ボアナウ）」。
總法第 225 號，1920 年 6 月 30 日	花蓮港廳蓮鄉荳蘭社生蕃チブテンコラス	竊盜及放火。竊盜蓮鄉尾崎隆太郎財物，放火燒毀蓮鄉游阿彩、魏才兩家	台北地方法院檢察官長認證據十分，該當刑法第 235 條及第 108 條犯罪，應處相當懲罰。	起訴	懲役 10 年	台灣總督府公文類纂大正 9 年（1920-01-01），15 年保存，第六門司法，刑事，2、「生蕃人ニ對スル判決報告（チブテンコラス）」。

※資料來源：臺灣總督府公文類纂（1895-1945），國史館台灣文獻館收藏。

上述案例，很多是涉及日本人甚或官員被害，且以遭起訴者占大多數。但此並不必然表示總督就大多數高山族原住民涉案的刑事案件皆准予起訴，因為有可能這些案件就是較醒目或較重大才被存檔或被報導。或許某程度可說，倘若蕃人被控告的行為涉及**政府威信**（例如 1902 年民總第 55 號）或**犯行慘酷**（例如 1919 年民法第 293 號）等，則很可能被日本統治當局認為應處極刑，故總督即准以起訴，法院也依帝國刑法之規定判處重刑，例如

死刑。而就像瀧浪案，可能被認為只是高山族原住民族的族內紛爭，國家權威對此還無力介入，故不需適用帝國刑法來懲治加害人，而以無罪結案。

當被害人是日本人時，也不必然導致同屬殖民族體的總督堅持要依法嚴懲蕃人被告。1900 年大崙崙蕃地的生蕃シヤラク、イーバンマライ，涉嫌殺害蕃地腦寮附近的某日本人，台北地院檢察官長認其調查證據充分犯跡明白，兇嫌具有判斷力，應給予相當的處分，但總督卻決定不起訴。所謂大崙崙蕃地即現今大溪，屬泰雅族部落，日治初期總督府一向認為北蕃，尤以泰雅族為首，相當凶悍，「開化」程度較低，如本案所涉嫌的蕃人殺害腦丁事件也層出不窮¹²¹。然而，對於這種日人眼中的「蕃害」事件，總督卻決定不以司法嚴懲，可能就是忌憚這些「凶悍」的原住民族的集體武力，故擬以軍事力量鎮壓，按後述的理蕃五年計畫中就是以討伐北蕃為主要目的。

不過，更重要的理由可能是，殺害腦丁事件發生在大崙崙的「蕃地」¹²²。按其他案件都不是發生在蕃地，而是在普通行政區域內¹²³。大致上台灣在 1920 年 7 月地方制度大幅修正之前，各支廳的行政區劃僅及於普通行政區域，不包含蕃地，故在該地方制度變革之前，被納入廳之層級以下的管轄地

¹²¹ 高山族原住民族過往常與台灣漢人間發生武力衝突，或發生殺害漢人之事件，在日本統治初期，這類殺人案件甚至增加；尤其當日本人為開採樟腦而進入山區後，日本人被出草殺害者也越來越多。參臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 25；藤井志津枝，前揭註 58，頁 49。

¹²² 按恆春辦務屬於 1898 年成立，更早之前日本剛接收之際，即在台南廳下設有恆春支廳。大崙崙（今大溪）則在 1900 年時仍屬憲兵警察區，由憲兵隊管轄，至 1901 年才成為桃仔園廳下的大崙崙支廳。參臺灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 450、457、433；臺灣省文獻委員會編（1991），《重修臺灣省通志 卷七政治志建置沿革篇》，頁 229-231，台中：臺灣省文獻委員會。

¹²³ 按南鄉、新鄉、蓮鄉、奉鄉，是在光緒末年台灣建省之後，即屬於台東直隸州所轄，日本在平定台東後於 1897 年設置台東廳，並在其下設置卑南、水尾舊、奇萊三辦務署，上述之鄉名亦被延續。其中太八墾社於 1900 年劃歸台東廳奉鄉，獅子獅社於 1901 年劃歸台東廳南鄉。知本社也於 1901 年劃歸於台東廳南鄉，荳蘭社亦在 1901 年劃歸台東廳蓮鄉荳蘭社。1909 年，設置花蓮港廳後，蓮鄉（包含荳蘭社），以及奉鄉之一部（包含太巴壠社）皆改屬於花蓮港廳轄下。參臺灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 461、503、506、552、553、571、583-584；臺灣省文獻委員會編，前揭註 122，頁 150-152。

域而有支廳、區、鄉、街庄等名者，都屬於普通行政區域¹²⁴。如表一東部的奉鄉太巴壠社、南鄉獅仔獅社、知本社、蓮鄉荳蘭社等等，皆位於當時日本已經有效統治的普通行政區域內，並非蕃地。

而對於已編入普通行政區域的蕃人的法院內刑事訴訟案件，雖然仍可能受到蕃務行政的支配，但總督府似乎傾向於由法院依一般法律審判之。在總督准許起訴的 1903 年恆春廳豬勝東庄蕃人潘武聲一案，蕃人被告採漢人姓名且通曉漢語，故可能是漢化極深之蕃人，而且所居蕃社豬勝東社早在 1902 年 3 月後就被編入普通行政區域內¹²⁵，但在當時此社之人並不被認定為是熟蕃。

接著從同樣的史料中尋找，於同一時期內依**犯罪即決程序**所處理之被告為高山族原住民的刑事案件。宜先說明的是，前述 1906 年表示依犯罪即決例處理蕃人犯罪時，應先呈請總督指示之通達的起因，即是由於 1906 年 2 月 18 日發現台北廳轄內總督府農事試驗場之學生ラワイ（台東廳轄內馬蘭社之卑南族），自台北郵便電信局寄給台東廳馬蘭公學校教員之包裹裡，有玩具手槍二挺和彈紙 300 張¹²⁶，違反郵便法。經有關當局討論後認為屬廳長得以即決之罪，乃先由民政長官發出此通達善後。後來再於 5 月 22 日由台北廳長依本通達趣旨呈請總督指示處理方法。經總督府之府議決定，因違反者

¹²⁴ 林玉茹曾指出：「大正 9 年 9 月的改革中，另一項重要的措施是將蕃地置於支廳行政區下。在此之前，支廳的行政範圍主要侷限於漢人、平地蕃（阿美族、卑南族）及太麻里蕃等普通行政區。新制則在 1 街 11 區等普通行政區外，另立蕃地。蕃地有別於普通行政區，不設街、庄或區，分屬三支廳管轄。」李崇偉亦表示 1920 年的地方改革，「其中重點之一在於改變過去將蕃地完全區別於普通行政區域外的作法」。參林玉茹（2007），《殖民地的邊區：東台灣的政治經濟發展》，頁 54，台北：遠流；李崇偉，前揭註 69，頁 82。試觀 1920 年與在此之前有關台灣行政管轄之地圖，可發現在 1920 年之前的地圖，於中央偏東的台灣山地有很大一塊是空白的蕃地，看不出來屬於哪一廳；但 1920 年的地圖，已沒有空白的蕃地了，原本的蕃地全被納入各州廳。1920 年的這項改變，可能由來於如後所述，直到 1915 年「理蕃五年計畫」結束後，日本統治當局方能控制大部分的蕃地。

¹²⁵ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 326-327。

¹²⁶ 應為製作紙彈（紙做的子彈）的紙張。

係不知世事的年輕蕃人，本次不處罰，但下不為例¹²⁷。換言之，這項通達的發佈動機是為了處理該個案，但同時讓這項指令成為通案處理上的準則，因而有如下表列、從總督府檔案找到的兩件即決程序中提請總督同意之案件。可注意的是，犯罪嫌疑人皆為台東廳行政區域轄下之蕃人¹²⁸，而未發現居住於蕃地之蕃人有這類案件。其案件內容如下。

〔表二〕被告為高山族原住民的犯罪即決案件（1910）

公文案號及立案日期	被告之居所及身分	犯罪事實	處以犯罪即決之理由	即決與否	公文出處
民內第 500 號，1910 年 1 月 25 日	台東廳南鄉卑南街傅勝三妻蕃婦パンナイ	借貸阿片煙膏與器具，以及密吸食	台東廳長認為該婦的風俗與本島婦人同等程度之發達，應依台灣阿片令處以即決處分。	即決 總督府認該與本島人結婚之蕃人婦女的進化程度與本島婦人無異，採取與本島人相同之處理。	台灣總督府公文類纂 明治 43 年（1910-02-01），15 年追加，第三門警察，司法警察，2、「本島人ト結婚セシ蕃婦ノ即決處分ニ關スル件」。
民內第 7702 號，1910 年 11 月 15 日	台東廳南鄉太麻里社，寄留地台東廳南鄉卑南街蕃人ウチヤ	將阿片煙膏讓與陳萊瓜	台東廳長認為與本島人同樣進化，於阿片取締上有必要處以即決處分。	即決 總督府認為其進化程度與本島人無異，採取與本島人同樣之處理。	台灣總督府公文類纂 明治 43 年（1910-12-08），永久保存（追加），第三門警察，司法警察，2、「蕃人ノ即決

¹²⁷ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 436-437。

¹²⁸ 太麻里社於 1901 年劃歸台東廳南鄉。南鄉卑南自台東廳於 1897 年設廳之後即為廳治所在，1901 年起廳治稱卑南街（今台東市）。參臺灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 506；臺灣省文獻委員會編，前揭註 122，頁 180、237。

					處分ニ關シ通達」。
--	--	--	--	--	-----------

※資料來源：臺灣總督府公文類纂（1895-1945），國史館台灣文獻館收藏。

依上述有限的史料而言，總督對於進入犯罪即決程序的刑事案件，可能指示與本島人同樣依一般法律來處罰，但也可能指示不予處罰。不過，從總督府檔案內的犯罪即決案件請求指示、或前述刑事訴訟案件請求准予起訴之案件，在數量皆甚少，可推論就算居住於**普通行政區域** / 平地的蕃人，也**不常適用**刑事訴訟或犯罪即決程序定其處罰，而是依所謂的「行政處分」處理掉了（參見後述「六」）。至於總督府檔案中，**找不到以蕃地上蕃人為被告**的刑事訴訟案件或犯罪即決案件，則可能是因這兩種（依一般法律）處理刑事案件的程序，**並沒有或絕少**對蕃地蕃人為啟動。

相較於居住於普通行政區域內的蕃人（主要為台東、花蓮的阿美族，其次為居住於台東的排灣族，其居所大部分在漢蕃混居的平地，多在 1903 年以後被劃入）¹²⁹，居住於蕃地之蕃人仍屬多數。按根據 1931 年的調查，蕃地蕃人占全部蕃人的約 62%¹³⁰，而照日本統治當局長期以來的政策，蕃地是要逐漸劃歸普通行政區域內，故 1930 年代蕃地蕃人的比例應不會較 1900 年代初期為高。因此可謂，日本統治當局在統治初期，對於大多數蕃人的統治，幾乎完全排除一般法律之適用。

¹²⁹ 包括 1903 年 4 月台東廳管下大部分蕃地，1904 年 4 月恆春廳管內七社，1904 年 3 月新竹廳管內三社（以遺漏的「舊普通行政區」之名義，補追編入），1907 年 11 月苗栗廳管下三社，1906 年台東廳下 6215 戶蕃人，1909 年 12 月台東廳管轄之紅頭嶼及小紅頭嶼（今蘭嶼），1909 年宜蘭廳下 67.74 平方公里蕃地，至 1914 年全部阿美族皆被編入普通行政區域內。參臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 291-292、326-336、383、566-567、721-722；臺灣總督府警務局編（1995b），《理蕃誌稿 第二卷》，復刻版，頁 40，台北：南天（1921 年台北初版）；增田福太郎（1964），《未開社会における法の成立》，頁 46，京都：三和書房。關於蕃地編入普通行政區域的條件，見後揭註 149。

¹³⁰ 藤崎濟之助（1988），《臺灣の蕃族》，復刻版，頁 8-14，台北：南天（1930 年東京初版）。

肆、理蕃五年計畫後的被納入國家統治：緩和對現代法治的排除

就在法理上、實務上皆不必受現代法治之拘束的情形下，日本殖民統治當局展開對高山族原住民族的軍事征服行動。佐久間總督於 1910 年策劃以軍警圍剿的「理蕃五年計畫」（1911 年至 1915 年）¹³¹，目的在於搜收銳器彈藥，以解除蕃人的武裝，以及掠奪蕃人堅守的蕃地，迫令其歸順，否則予以懲罰或討伐¹³²。果然，1915 年理蕃五年計畫結束後，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¹³³。也因此 1920 年為台灣地方行政區劃時，得以將蕃地劃入州廳管轄範圍內（但非普通行政區域）。

佐久間總督為了執行理蕃五年計畫，曾依 1909 年 10 月勅令第 270 號，將警察本署廢除，另外設置蕃務本署。並在總督府內設置了內務局，以取代警察本署的功能¹³⁴。根據同年 10 月訓令第 154 號「總督府官房並民政部各局及蕃務本署分課規程」改定第 33 條，蕃務本署的蕃務課掌管事項即包括：「蕃人撫育蕃地警戒探檢及討伐、蕃地警察職員的配置及職務。」¹³⁵ 於是，理蕃事務由蕃務本署專門負責，其機關管轄事務特別在於進行理蕃五年計

¹³¹ 佐久間總督的理蕃五年計畫前後共有二次。第一次理蕃五年計畫是從 1907 年起，以「甘諾」政策為手段（在攻守軟硬兼施政策下，並及以交易及授產為手段，使得生蕃甘心承諾將隘勇線設置在該蕃地之內的政策）加以推行，但並未成功。1910 年重新策劃以軍警討伐理蕃五年計畫。一般皆不提第一次計畫。參藤井志津枝，前揭註 58，頁 228、189-190。隘勇線平日是以防禦蕃人為目的的固定性設施，但是必要時也可依照理蕃計畫採取攻勢，擴大對蕃地的占有。

¹³² 藤井志津枝，前揭註 58，頁 238。

¹³³ 參鈴木作太郎（1988），《台灣の蕃族研究》，復刻版，頁 333-340，台北：南天（1932 年初版）。

¹³⁴ 李崇儋，前揭註 69，頁 74-75。

¹³⁵ 臺灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 129-133。蕃務課其他執掌項目尚包括，兵器彈藥事項、調查事項。

畫，也就是討伐高山族原住民族¹³⁶。然 1911 年 10 月警察本署再度復活，形成警察本署與蕃務本署並存；蕃務本署的蕃務課改名為「理蕃課」¹³⁷。在理蕃五年計畫結束後，再依 1915 年 7 月勅令第 129 號裁撤蕃務本署，且依 1915 年訓令第 98 號，將蕃務本署原本所主管之事務「蕃人蕃地事項、蕃地內取締事項、兵器彈藥事項」，併入警察本署新設之理蕃課，其餘職員配置進退則歸警務課掌管，警政與蕃務再度合流¹³⁸。並依據 1915 年 10 月 6 日訓令第 144 號發布的「台灣總督府蕃務監視規程」¹³⁹，確認了警察管理蕃地之型態。地方層級的組織，亦與此相對應。按 1909 年 10 月間就涉及蕃務的廳，於警務課外另設置蕃務課以掌管「蕃人蕃地事項」¹⁴⁰。至理蕃事業終了，再於 1915 年 7 月間將蕃務課主管事務移往警務課掌理，另在廳警務課之下設置蕃務係¹⁴¹。

且儘管 1920 年 8 月台灣的地方制度進行了大改革，文官總督田健治郎宣示，過去以警察官吏擔任支廳長並兼掌普通行政事務的作法不合時代潮流，如今要恢復由普通文官掌普通行政事務，故依 1920 年地方官制第 6 條，改由知事或廳長擁有警察權。然而，高山族原住民族最多的東部二廳：花蓮港廳與台東廳，卻依據地方官官制第 28 條廳長受總督認可時得設置支廳，而支廳長以警視或警部充任之規定，而使警察官在蕃人居住之處直接擔任下

¹³⁶ 根據 1911 年 7 月勅令第 195 號「從事蕃務之台灣總督府警事特別任用令」其制定理由即稱，蕃地的警察職員經常要從事軍事行動，若是普通文官需要長期的練習，因此得特別採用具有軍事素養者，以應用其特長，達到理蕃的目的。參臺灣總督府警務局編（1934），《臺灣總督府警察沿革誌 第三編警務事蹟編》，頁 240，台北：臺灣總督府警務局。

¹³⁷ 臺灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 148-151。

¹³⁸ 臺灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 162-164；李崇儔，前揭註 69，頁 74-75。警察本署制度一直維持到 1919 年 7 月，另外設置警務局取代其功能，仍設置理蕃課。

¹³⁹ 該規程第 1 條規定：各廳管轄蕃地事務分為北蕃、南蕃二監視區。第 3 條：各監視區置區長，以台灣總督府蕃務警視充之。第 4 條：監視區長負責監視蕃人操縱、撫育及蕃地防備、搜索、交通事業及其他管理等事項是否適當，每年巡視監視區至少一次以上。參臺灣總督府警務局編（1995），《理蕃誌稿 第三卷》，復刻版，頁 122-123，台北：南天（1932 年初版）。

¹⁴⁰ 臺灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 567-568。

¹⁴¹ 臺灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 602-603。

級行政官員¹⁴²。據此，1920 年 8 月訓令第 144 號「台灣總督府州事務分掌規程」，仍在警務部之下設置「理蕃課」，掌管蕃人蕃地等事項¹⁴³。除居住於蕃地之蕃人受到理蕃警察的特別統治以外，對於居住於普通行政區域內的蕃人，一般行政官僚的權限仍被警察所取代。

因此不論在中央的總督府或是地方的各官署，關於蕃人蕃地各事務如授產、教育、醫療，都由專管蕃務的警察採取臨機的處置，其權限範圍較普通警察權更為廣泛，以使蕃人在警察權之下接受特別的「保護與教化」¹⁴⁴。這樣的趨勢在日本統治 50 年之內，並無根本性的變化，從下述的討論更可理解。

由於在理蕃五年計畫後，高山族原住民族已被納入日本當局的有效統治之下。過去認定生蕃非帝國臣民、不適用一般法律的理由之一：「生蕃為治外之民」（未臣服於帝國之統治），此後已不存在，蓋其已屬「治下之民」矣。於 1920 年代，某理蕃部門的官員認為，已歸順的蕃人，也就是在所謂特殊行政的理蕃行政施行地域內居住者，應屬於 1902 年持地六三郎所提出的「生蕃、化蕃、熟蕃」分類中的「化蕃」，而不再是「飛禽走獸」的生蕃，並且認定其為日本帝國臣民¹⁴⁵。其實，於 1915 年，時任民政長官的內田嘉吉就已承認，「許其歸順就是將汝等（指歸順生蕃，筆者註）置於內地人與台灣人相同的政府保護之下，換言之已成為日本國民。（中略）總督閣下乃是保護居住於全島的日本國民的生命財產。」¹⁴⁶ 如此一來，已歸順服從於日本統治並被視為帝國臣民的蕃人，先前被排除於一般法律適用之外的情形，是否也隨之改變呢？

作為改變之一的是，1920 年 8 月內訓第 5 號規定：「明治 33 年（1900 年，筆者註）1 月內訓第 1 號，不適用於行政區域定住蕃人之犯罪。但起訴

¹⁴² 李崇僖，前揭註 69，頁 81-84。

¹⁴³ 台灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 635-637。

¹⁴⁴ 外務省，前揭註 23，頁 249。

¹⁴⁵ 三角生（1928），〈「法律上蕃人の身分如何を駁す」に答ふ〉，《臺灣警察協會雜誌》，130 期，頁 48-56。

¹⁴⁶ 臺灣日日新報（04/26/1915），瑞雲蕃山を掩ふ 觀喜に充てる歸順式 北勢蕃の本歸順，5 版。

後事件確定時，應添付判決謄本將其要旨報告之（即總督，筆者註）。¹⁴⁷ 其理由在於普通行政區域內所居住的蕃人，其生活狀態、智識程度與本島人幾無差異，因此對於此等的犯罪無必要採取異於一般本島人之方式¹⁴⁸。因此**居住在普通行政區域**¹⁴⁹，或稱為平地蕃人¹⁵⁰，關於刑事訴訟案件之起訴與否，不再如 1900 年內訓所要求的**須經總督指揮/同意**，僅於法院做成刑事判決後向其報告即可。換言之，之前的 1900 年內訓係透過程序手段限縮一般刑法之適用，1920 年的內訓，則同樣但反向地透過程序上操作，開放了一般刑法與刑事訴訟法對於**一部份**原住民族的適用空間。日治後期曾有法學者指出，屬於平地蕃的花蓮港廳阿美族就是適用一般刑法，且是其一大特色¹⁵¹。雖與惡行的制裁無關，但值得一提的是，由於台北地方法院宜蘭出張所花蓮港登記所於 1912 年 11 月 16 日的請示，同年月 27 日覆審法院長做成如下內容的訓令：「對於服從行政權的生蕃人，得作成公證證書」¹⁵²。可見於前揭 1920 年內訓被做成之前，已有居住於普通行政區域（花蓮港登記所轄區）內的高山族原住民，就民事事項向法院聲請為公證並獲准，其因而接觸並使用了現代型的法律與法院。

然而，果真就刑事實體法而言，居住普通行政區域之高山族原住民所涉

¹⁴⁷ 臺灣總督府（1920），《臺灣總督府公文類纂》，大正 9 年（07/01/1920），永久保存，第六門司法，刑事，4、「蕃人ノ犯罪事件ニ關シ内訓通達（各法院檢察局）」（政府檔案原本）。

¹⁴⁸ 臺灣總督府，前揭註 147。其實與 1910 年總督府回覆花蓮港廳對於蕃人蕃地事務區分疑問的態度是相一致的，當時即認為普通行政區域的蕃人，與台灣漢人的「程度」無差異時，才能逐漸受普通行政支配。

¹⁴⁹ 蕃地編入普通行政區域的條件是，一、蕃情穩定，二、該蕃人無異於本島人，三、智能理解力發達，解土語，解貨幣之價值，能遵守官廳的訓示命令。必須由廳長呈報總督追加蕃社到街庄掌管轄區域，經總督許可，則確定編入普通行政區域內。參臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 291-292。

¹⁵⁰ 係下述台東廳 1912 年東警保第 1854 號內達之用語，相對於此的是「蕃地蕃人」。

¹⁵¹ 安平政吉（1940d），〈臺灣高砂族の犯罪と刑罰（四）ブヌン族の刑事舊慣習と、其の現在的非行制裁〉，《臺法月報》，34 卷 6 號，頁 18-20。

¹⁵² 臺灣總督府（1912），《臺灣總督府公文類纂》，大正元年（12/12/1912），永久保存，第六門司法，誹訟，9、「生蕃人ニ對シ公正證書作成方花蓮港登記所書記請訓ニ對シ訓令報告（覆審法院長）」（政府檔案原本）。

及的刑事案件，在出現 1920 年 8 月這號內訓之後，即已完全、無例外地適用一般刑法嗎？按台東廳在 1912 年東警保第 1854 號內達「關於蕃人懲罰辦法之件」，曾清楚地表示：「對於廳下行政區域內所住之平地蕃人的犯罪行為，不依據普通刑法處斷。」¹⁵³ 而這件（內達）仍然出現在 1923 年出版的《台東廳警察法規》中，此似乎意味著該 1912 年的內達在上述 1920 年內訓第 5 號發布後，仍屬有效，故對台東廳的平地蕃人於 1920 年後仍可**不適用**一般刑法（即該內達所稱「普通刑法」）。

時間點在 1920 年後之 1922 年 5 月花蓮蕃第 614 號警務課通達「有關居住於行政地域內高山蕃人處理上之件」表示：「對居住在大正 11 年（1922 年，筆者註）4 月 1 日被編入行政區域內之**高山蕃人**，除特別規定以外，暫時之內，以其**不適用一般法令來處理**。」¹⁵⁴明白指出蕃人儘管被劃入普通行政區域內，仍暫時**不適用**包括一般刑法在內的「一般法令」。

此外，1931 年花警保第 4812 號警務課長通達「關於蕃人懲戒之件」，亦提及過去的懲戒制度參酌舊慣，有抵觸刑法及其他行政規則等刑罰法令或行政處分例的案例，但是在阿美族的帝國臣民素質向上的今日（1931 年），應漸次涵養彼等的法制觀念；對於犯罪案件，除非於調查該當法令規定後認為無應適用之法律，或有不得適用的特殊場合，才能依據過去的懲戒制度。換言之，原則上應**盡量擴大**一般刑法適用的範圍¹⁵⁵。按此通達描述了在 1931 年之前的運作實況，亦即關於蕃人之懲戒，存有抵觸一般刑法的情事，且未來若有特殊情形還是可以不適用一般刑法。所以 1931 年的這項通達並未要求須完全依照一般法律處理蕃人犯罪事件，仍容許由行政機關自為臨機處分或依循舊慣來處理（參見後述「七」、「八」）。

綜上所述，僅能說 1920 年之後，居住於普通行政區蕃人的刑事案件之起訴可不經由總督同意，而直接由檢察官起訴；但其他不涉及起訴與否，例如根本**未移送**給檢察官的案件，仍得由**行政機關**自行決定。故縱令普通刑法

¹⁵³ 臺東廳警務課編（1923），《臺東廳警察法規》，頁 819，台北：臺東廳警務課。

¹⁵⁴ 安平政吉，前揭註 151，頁 18。

¹⁵⁵ 安平政吉，前揭註 151，頁 19。

的適用範圍擴大，但**並非**從此居住普通行政區的蕃人**完全依照**一般刑法處斷。是以日治時期，對於居住普通行政區內的高山族原住民族而言，法治仍未被貫徹。況且，居住蕃地內的高山族原住民族，更無類似 1920 年 8 月內訓第 5 號之規定，故連擴大一般法律之適用的機會都沒有，仍舊全然被排斥於現代法治之外。

於今從台灣總督府檔案搜尋資料的經驗，可支持上述推論。在該檔案中，從 1920 年起，就不再出現有關蕃人起訴請求總督指揮之件；僅於 1929 年度可發現如 1920 年 8 月內訓第 5 號所示，台北地方法院宜蘭支部檢察官在蕃人被告遭法院判決之後，向總督提報告案之例，其共計 3 件，分別係依竊盜詐取判處懲役 6 月、違反台灣銃砲火藥類取締規則懲役 2 月、竊盜未遂傷害懲役 2 月¹⁵⁶。又，依 1920 年內訓第 5 號的文字，蕃地內蕃人刑案之起訴仍須經總督指揮，但在該檔案中卻未能發現這類案件，故很有可能是**蕃地內蕃人刑案並未被移送**至法院，以致檢察官根本沒就起訴與否詢問總督之必要。若的確如此，則蕃地內蕃人可說是絕少進入法院程序，並適用一般刑法課以刑罰，仍舊是「法外之民」，雖然其已不再是「治外之民」了。

伍、霧社事件後至戰爭末期：欲漸次適用一般法律 但終未實現

一、仍不實施現代法治的新理蕃政策及最後的期約

1930 年發生霧社事件，震動全台與日本朝野，並使台灣總督石塚英藏以下包括總務長官、台中州知事、警務局長等一連串高官引咎辭職，使得總督府的殖民地統治體制為之動搖¹⁵⁷。霧社事件也引起了統治當局對理蕃政策

¹⁵⁶ 臺灣總督府（1929），《臺灣總督府公文類纂》，昭和 4 年（07/01/1929），甲種永久保存，冊號 11119、文號 34，官法 105、法 2317、「行政區域內定住蕃人犯罪事件起訴ニ關スル件」（政府檔案原本）。

¹⁵⁷ 近藤正己（1988），〈霧社事件後的「理蕃」政策〉，《當代》，30 期，頁 40。

進行根本方針的檢討。台灣總督府於 1931 年 12 月 28 日以總警第 407 號總務長官依命通牒，向各地方長官傳達「有關理蕃政策大綱之件」，宣示霧社事件以後理蕃政策的方向¹⁵⁸，甚至被現今的學者認為具備「理蕃憲法」的性質¹⁵⁹。不過，在延續既有之不以一般法律以及明治憲法上規定，來處理高山族原住民族統治事務的原則底下，這項關於統治政策的修正還是透過行政機關的內部命令，而非經帝國議會協贊的法律或形式上至少具有與法律同一效力的律令。

此後的理蕃政策，由過去的武力鎮壓，轉換為「教化」的同化政策¹⁶⁰，並強調徹底的「一視同仁」，「蕃人」的稱呼也改為「高砂族」¹⁶¹。1937 年日本與中國爆發戰爭，台灣被捲入總力戰的狂潮中；蕃地亦於 1939 年開始推行「皇民化」政策，1941 年 6 月發布特別志願軍制度，前後成立八梯次高砂族義勇隊，事實上具有作為關於高砂族事務改造的一個成果驗收的意義。按原住民族在 1930 年後被進行更為深刻的「日本化」，甚至志願承擔身

¹⁵⁸ 近藤正己（1996），《總力戰と台湾 日本植民地崩壊の研究》，頁 263，東京：刀水書房。

¹⁵⁹ 近藤正己著，張旭宜譯（1995），〈臺灣總督府的「理蕃」體制和霧社事件〉，《臺北文獻》，直字 111 期，頁 179。「有關理蕃政策大綱之件」的內容如下：

- 第一項 理蕃以教化蕃人，安定其生活，一視同仁，咸沐聖德為目的。
- 第二項 理蕃以對蕃人與蕃人的實際生活正確理解為基礎，樹立理蕃方策。
- 第三項 對蕃人以信並懇切指導之。
- 第四項 蕃人的教化以矯正彼等之弊習、養成善良之習慣、達到涵養國民思想、重視實科教養，且傳授日常生活簡單知識，為主要著眼部分。
- 第五項 蕃人經濟生活的現狀，雖然以農耕為主，概之輪耕作，其方法極其幼稚。將來，獎勵一層集約的定地耕作，或行集團移住，改善彼等生活狀態，並努力使其經濟自主獨立。又，關於蕃人的土地問題，以最慎重之考慮，期無壓迫其生活條件之事。
- 第六項 理蕃關係者，尤其是在現地服務之警察官，應選用沈著厚重之人才，優其待遇，不任意變更其任地，以人物中心主義，確保理蕃永遠之效果。
- 第七項 修築蕃地道路，以圖交通之便利，期能徹底普及撫育教化。
- 第八項 講求醫藥治療方法，以減輕蕃人生活之苦患，以助於理蕃之實。

參同書，頁 263-264；外務省編，前揭註 23，頁 248-249。

¹⁶⁰ 近藤正己，前揭註 158，頁 45。

¹⁶¹ 近藤正己著，張旭宜譯，前揭註 159，頁 181-182。

為國民才需負擔的義務，也就是服兵役。日治時期高山族原住民族如此的「為國奉獻」，日本帝國對其長期以來所採取的「生蕃不適用法律」的大原則是否有所鬆動了呢？

就在 1930 年霧社事件爆發後，第 59 次帝國議會曾就「蕃人特別立法」有所討論，但是一直未加以實現，故關於原住民族的立法事項，依然委由行政官廳依自由裁量處斷¹⁶²。於 1938 年，當時的警務局理蕃課長宮尾五郎再度對此議題表示意見，其認為「高砂族仍不適用一般法律」，「因為**根據各法令之立法趣旨，蕃人皆非其對象**，蕃人的傳說、思想、情感、其他生活態樣皆相異，無遵守一般法律之適格。」¹⁶³ 但有兩個可行之方向，其一是制定新的法律來加以適用，亦即類似當年生蕃刑罰令之特殊立法；其二乃盡力啟發彼等之文化，促進其具有遵守法律之能力，漸次適用一般行政法令與刑事法令。由於前者僅過渡手段，理蕃課長宮尾毋寧傾向採取**後者**，促進蕃人文化，仿效令東部阿美族適用一般法律的方針（如前所述），漸次對其適用法律，使其馴服於法的生活，成為名實相符之法治國民¹⁶⁴。

然而，「漸次適用一般法律」政策，卻要到 1945 年第二次世界大戰的末期，才正式被日本統治當局所確定。在戰爭最末期，太平洋戰爭進入炙烈階段，日本的戰況也就更加吃緊，相形之下，日本帝國也就越需要得到台灣人民的協力，於是採取了各式各樣的懷柔政策¹⁶⁵。取代東條英機內閣而於 1944 年上任的小磯國昭首相（1944 年 7 月至 1945 年 4 月），提出「處遇改善」構想，以「政治上的處遇改善」及「一般的處遇改善」兩方面來檢討台灣與朝鮮的統治¹⁶⁶。台灣人民也因此取得了選舉帝國議會議員的權利。在這樣的環境背景之下，高山族原住民族的特殊行政政策也被拿出來討論，1945 年台灣總督府財務局長高橋衛在眾議院接受質詢，於答辯時表示：「恰好今年是領台五十周年，以把**十年完全結束在蕃地的特殊行政**，編入到一般的普通

¹⁶² 宮尾五郎，前揭註 116，頁 27。

¹⁶³ 宮尾五郎，前揭註 116，頁 33。

¹⁶⁴ 宮尾五郎，前揭註 116，頁 35。

¹⁶⁵ 黃昭堂著，黃英哲譯（2002），《台灣總督府》，頁 187-188，台北：前衛。

¹⁶⁶ 近藤正己，前揭註 158，頁 412。

行政區域之計畫，當做其紀念事業之一。吾等打算漸次推進這些政策。」¹⁶⁷ 台灣總督府並宣示，「在昭和二十年（1945 年，筆者註）以降以十年計畫完結終了理蕃行政」¹⁶⁸，並且「將來應適用一般法令」¹⁶⁹。因此，日本統治當局在二次大戰末期，已有加速使蕃地納入普通行政區並適用一般法律的想法。據此亦可知，一直到 1945 年日本統治台灣結束為止，蕃人蕃地仍然未適用一般法律。

1945 年因日本隨即戰敗，而來不及實施的「應適用一般法令」的政策，基本上由戰後接收台灣的中國國民政府加以沿用。新的來自中國的國民黨政權，不知或不在乎絕大多數的高山族原住民在日治時期並無現代法治經驗（詳見後述），不待一定的過渡期間，於 1945 年立即對其適用與戰前日本法同屬現代型法制的中華民國一般法律。其結果，造成原住民族文化與認同的漸次被弱化，而此一效果恐亦是日治末期日本當局擬適用一般法律所預期的目標之一。按僅以對高山族原住民族施行一般法律即為已足，原是一種相當形式主義的法治觀，忽視了該等一般法律的實質內涵可能未顧及原住民族的文化條件與發展所需，以致全面適用的結果是原住民族的全面受傷。

二、幾乎不適用憲法上法治原則

總之，日本統治台灣的 50 年間，對於高山族原住民族乃是由行政權擬定並執行各時期的統治政策。儘管沒有任何法律條文明確地將高山族原住民

¹⁶⁷ 衆議院議員選挙法中改正法律案委員会(1945),《昭和 20 年 03 月 20 日議事録》, 頁 17, 日本帝国議会議録システム網站, <http://teikokugikai-i.ndl.go.jp> (最後瀏覽日: 05/15/2010)。

¹⁶⁸ JACAR(アジア歴史資料センター)(1945 年 a),〈台湾在住民政治処遇調査ニ関スル資料〉,《本邦内政関係雑纂/植民地関係 第六卷》, Ref. B02031291200, 外務省外交史料館, アジア歴史資料センター網站, <http://www.jacar.go.jp> (最後瀏覽日: 05/15/2010)。

¹⁶⁹ JACAR(アジア歴史資料センター)(1945b),〈朝鮮及台湾在住民政治処遇調査会二回總會ニ於ケル會議要録の 10〉,《本邦内政関係雑纂/植民地関係 第五卷》, Ref. B02031290500, 外務省外交史料館, アジア歴史資料センター網站, <http://www.jacar.go.jp> (最後瀏覽日: 05/15/2010)。

排除於法律的適用主體之外¹⁷⁰，但透過學說的討論、各項總督府以及各行政機關的內部規定（內訓、通達），使得法律始終未曾是日本當局統治高山族原住民族的唯一準則，依據行政機關的自由裁量行事，才是其統治的原則與方針。按日本明治憲法繼承了德國形式法治國之概念，但到了台灣殖民地，各項憲法上法治原則可說僅有外觀上的實踐；而到了當時所稱的「蕃人蕃地」，則已幾乎完全排斥了憲法上法治原則，逕由行政機關處斷。

陸、依州廳警察訓令或高山族原住民族社內規約而為制裁

於日治時期，國家／政府對於高山族原住民惡行的制裁，大致可區分為三類，首先是先前已詳述之適用刑事訴訟或犯罪即決程序者；其次是由行政機關給予「官罰」，亦即各州廳、警察的臨機處分；第三則為依部落傳統習慣處置，後兩類將是以下討論的重點。按如前所述整個日治時期，對於高山族原住民惡行的制裁，以「不適用一般法律」為大原則，主要係交由行政機關依其裁量而為臨機處分，但行政機關內部對於如何裁量是否曾設定什麼樣的準則，該準則本身又是否帶有現代法的性格呢？此外，當依照部落傳統習慣為處置時，是完全依照高山族原住民族固有的制裁規則或方式進行處置，還是不論制裁規則的實體或予以制裁的程序，都已經有現代法的觀念或日本官府的介入？唯有釐清這些問題，才能全面了解日治時期對於高山族原住民族的整個制裁體系的內涵。

一、依各州廳警察法規而為臨機處分

如起初所述，1897年9月總督府內官僚否決了生蕃刑罰令草案，並確立對高山族原住民族的統治事務由**行政機關為臨機處分**之原則。1903年蕃地事務完全移轉至警察本署後，**警察**作為蕃地統治機關之地位即更加明確，

¹⁷⁰ 外務省，前揭註23，頁52-53。

故 1906 年時總督府民政長官表示蕃人犯罪事件，應先徵求警察本署長，而非檢察官的意見。且 1914 年 10 月 11 日總督府民政長官在回覆宜蘭廳長所請示的蕃人處罰事宜時，指出：「對於蕃人不正行為之處罰，依向來之例，由貴官臨機相當之處置；唯對於理蕃上**重大關係者，向總督府內議。**」¹⁷¹ 即揭示蕃人事務的最高決策者仍是作為台灣中央行政機關的**總督府**。雖然主管「蕃人蕃地事務」的「理蕃警察」被賦予臨機處分的權力（有別於普通行政區域內的一般警察）¹⁷²，但基於整個官僚體系上下指揮之需，並減少每次臨案即需商議的成本，就各個警察對各種類型案件應採取何種作為，仍宜設定某些準則以供遵循。為此，地方**州廳**皆制訂其本身的警察法規。從這些警察法規的內容，即可了解當時理蕃警察處理高山族原住民族事務的態度和基準。當然，這種依行政機關內部指令行事，跟現代型立憲主義體制所要求的「法律的支配」還差一大截。

日治時期以州廳為地方行政單位，關於「理蕃」政策亦如此，係依地方行政區劃，而非依各部族為區分。依 1915 年「台灣總督府蕃務監視規程」第 2 條之規定，「北蕃監視區：台北廳 宜蘭廳 桃園廳 新竹廳 台中廳 南投廳 花蓮港廳。南蕃監視區：嘉義廳 阿緱廳 台東廳 南投廳 花蓮港廳。南投廳與花蓮港廳之分界另定之。」¹⁷³ 因此以下討論將以州廳為分類，又由

¹⁷¹ 臺灣總督府警務局編，前揭註 139，頁 123-124。

¹⁷² 對於治理蕃人蕃地的警察，其名稱並非一致，有稱為「蕃地警察」，如蕃務本署分課規程；有稱為「蕃務警視」；有稱為「理蕃警察」，如《外地法制誌》，以之與「普通警察」相對應。然警察機關所主管的「蕃人蕃地事項」，其對象包括平地蕃人（尚未與台灣漢人「無差異」者），故使用「蕃地警察」一詞並不精確，且該詞主要用以對照蕃務本署的「蕃地警察」與警察本署/警務課的「平地警察」。在蕃務本署於 1915 年裁撤後，這兩種警察已全歸警察本署管轄，故不再區分，以致「蕃地/平地警察」之詞很少再出現。又如前所述，專責管理蕃人蕃地事務的警察機關原稱「蕃務課」。在總督府中央層級，1911 年改稱理蕃課（蕃務本署之下，1915 年移往警察本署）；地方層級在 1920 年均改稱「理蕃課」。因此本文採「理蕃警察」一詞，用以專指台灣總督府中央及地方州廳警察機關下，專管蕃人蕃地事務的理蕃課/蕃務課的官吏職員。參外務省，前揭註 23，頁 249；臺灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 129-131、163-164、635-637。

¹⁷³ 臺灣總督府警務局編，前揭註 139，頁 122-123。

於台灣之地方行政區劃迭有變更，在此乃以 1920 年以後（至 1945 年日本統治結束）之五州三廳為劃分單位¹⁷⁴。根據 1932 年的統計，全台灣的高山族原住民族約有 14 萬人，其中以**台東廳**的 4 萬人為**最多**（阿美族 2 萬人、排灣族 1 萬 4 千人），其次為花蓮港廳的 3 萬 4 千人（阿美族 2 萬 2 千人、泰雅族近 9 千人），第三為高雄州的 2 萬 9 千人（排灣族 2 萬 6 千人），接著為台中州的 1 萬 6 千人（泰雅、布農各半），新竹州的近 1 萬 3 千人（泰雅族為主），台北州的 5 千人（泰雅族），台南州的 1 千 500 人（主為鄒族）¹⁷⁵。台東廳除高山族原住民族人數最多以外，其主要的原住民族群阿美族，絕大多數也都居住於普通行政區域而與漢族混居，因此在理蕃行政上，台東廳可說具有特殊且重要的地位。

（一）台東廳：蕃人懲罰內則的制訂

居住在台東廳的原住民族，有阿美族、排灣族、布農族、以及蘭嶼的達悟族（舊稱雅美族）¹⁷⁶。台東廳最初在蕃社內所施行的制裁，係本於原住民族自身的習慣，採取「依存習慣主義」¹⁷⁷。《理蕃誌稿》即記載 1907 年台東廳的特別行政，主要以各社之習慣為基礎¹⁷⁸。但台東廳長於 1908 年向各支廳長發布內達，警第 5325 號之 2 的「蕃人懲罰內則及施行手續之件」，改採

¹⁷⁴ 即台北、新竹、台中、台南、高雄五州，以及台東、花蓮港、澎湖三廳，不過澎湖廳係 1926 年才設置。參王泰升，前揭註 3，頁 166-167。

¹⁷⁵ 鈴木質著，王美晶譯（1999），《台灣原住民風俗》，頁 26-28，台北：原民文化；宮本延人（1985），《台灣の原住民族——回想・私の民族学調査》，頁 85，東京：六興；王人英（1967），《臺灣高山族的人口變遷》，頁 6-7，台北：中央研究院民族學研究所。就高山族原住民族的分類，依據文化結構、語言體系等等觀點而有不同的區分。1915 年森丑之助於《台灣蕃族志》中提出六分法，將生蕃分為泰雅（タイヤル）、布農（ブヌン）、鄒（ツオウ）、排灣（パイワン）、阿美（アミ）、雅美（ヤミ，今稱達悟），台灣總督府將上述六分法加入被森氏列入平埔族的賽夏（サイセツ），改為七分法，成為此後台灣官方對於高山族原住民族的正式分類。戰後長期使用的九分法，則是採用台北帝大的標準，將排灣族再分為排灣、魯凱及卑南族。

¹⁷⁶ 鈴木質著，王美晶譯，前揭註 175，頁 26-28。

¹⁷⁷ 安平政吉，前揭註 151，頁 11。

¹⁷⁸ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 549。

具有**官方強力介入**性質的斷然壓制主義，制訂依行政上處分為制裁時可參考的基準，甚至可以針對惡質行為課以蕃人死刑，乃是全台各州廳唯一之例¹⁷⁹。其制訂理由謂：「過去理蕃上依威壓與撫育的方法，有時施予懷柔有時加以統御。對於惡的行為，即犯罪行為，偶加以官方制裁，但多數時候基於蕃社內習慣制裁，但是其中不適當的案例也不少。然彼等蕃族現時狀態與理蕃之初已大異其趣，對於認為是犯罪行為的，不應依過往習慣，若以官方干涉來判定其善惡與施加相當的制裁，在治蕃上甚宜哉…關於本則施行宜稽查利害關係為適切適宜之處置，不應施行過嚴而有害於蕃情。」¹⁸⁰ 因此以行政機關內訓令所構成的台東廳蕃人制裁體制，就特別值得加以說明¹⁸¹。茲轉錄前述「蕃人懲罰內則」如下¹⁸²：

第 1 條 蕃人如果有**違害公安或有不法行為**，可如左處罰。

死刑

徒刑

禁錮

拘留

笞刑

勞役

賠償

第 2 條 蕃人如果**違犯蕃社的習慣**，可以讓頭目處罰之。

第 3 條 主刑之外，依必要可科以如左之附加罰

沒收銃器彈藥

一定期間內禁止使用銃器

禁止購入銃器彈藥

第 4 條 **廳長**可以決定死刑和徒刑。**支廳長（在廳直轄地為警務課長）**

可以自行決定禁錮，拘留，笞刑，勞役，賠償；但是欲處罰頭

¹⁷⁹ 安平政吉，前揭註 151，頁 11。

¹⁸⁰ 臺東廳警務課編，前揭註 153，頁 816-817。

¹⁸¹ 安平政吉，前揭註 151，頁 11-12。

¹⁸² 臺東廳警務課編，前揭註 153，頁 817-818。

目副頭目或重要的老蕃，或蕃社的和平可能因之受有影響時，事先須得到廳長之同意。

除了前項但書之外，笞刑、勞役、輕少的賠償，對於蕃社的和平不會有影響者，支廳長（在廳直轄地為警務課長），必要時可**委任予管轄地域內的派出所警部、警部補、巡查**。

第 5 條 死刑要在方便的地方執行之，徒刑要在紅頭嶼執行之，禁錮要在警務課或支廳或蕃社執行之，而徒刑和禁錮可以科勞役。

拘留為十天以下，在方便的地方執行之，不科勞役。

笞刑為笞五十以下，處決者馬上執行之，要盡量在有關係的蕃人的前面執行之。

勞役為十天以下，在管轄地域之內的派出所或蕃社執行之。

賠償要依靠被害之程度科之，依當場的方便選擇現金或物品。

第 6 條 禁錮拘留勞役者的衣食，由自己準備或者家屬支給之。

第 7 條 附加罰和沒收處分要跟本罰一起宣告。

第 8 條 徒刑禁錮拘留勞役要事先決定其期間。

第 9 條 經由勞役取到之酬金歸其本人所有。但若係由家屬供給衣食，酬金可以交付家屬。

第 10 條 犯行之兇器，官方要沒收。由於犯行所得之物件也要沒收，然後還給被害者。

第 11 條 賠償金品都要交付被害者。

第 12 條 為施行本內則，制定細目手續。

此一懲罰內則若與 1897 年的生蕃刑罰令相較，可發現該懲罰內則並沒有行為與罪刑相對應之規定，僅可謂是規定行政官廳與警察之權限，與現代型法律相距甚遠，但至少對於地方機關所能為之制裁，有了明文的規定。但懲罰的樣態如笞刑、勞役等並非高山族原住民族的傳統制裁型態¹⁸³，也非日本普通刑法所規範的處罰樣態，反而是笞刑的部分可能較接近適用於漢族的

¹⁸³ 東部阿美族的傳統制裁型態為驅逐社外、沒收財產、復仇、贖財。參蔡桓文，前揭註 90，頁 34-36。

「罰金及笞刑處分例」，勞役也和「浮浪者取締規則」的強制勞動有些類似之處。另一方面，拘留、禁錮，與傳統部落的驅逐社外也不盡相同，但係現代刑法中刑事制裁的典型方式——自由刑。因此該懲罰內則可謂引進了融合現代與傳統的制裁方式（笞刑與勞役），以及純現代的制裁方式（自由刑）。

儘管規範內容並不完整，至多只能稱是警察的「操作手冊」，但是就整個關於高山族原住民族的統治而言，已可說是最接近現代型法律的規範。且就在 1908 年制訂蕃人懲罰內則後，對於普通行政區域內的高山族原住民族，已改變原本之依蕃族習慣施予制裁，除了重要事件之外，原則已依上述懲罰內則來處罰¹⁸⁴。

1912 年 11 月東警保第 1854 號「關於蕃人懲罰辦法之件」提及，對於廳下行政區域內所住之平地蕃人的犯罪行為，不依據一般刑法處斷，而向來是依 1908 年蕃人懲罰內則處斷，但是深感各區的辦理方式並不統一；由於平地蕃人已逐漸進化發達，在可預見的將來，呈現出能與本島人在同樣的一般法則之下負責的趨勢，因此對於犯罪案件依特別格式加以登記，以資將來刑事警察上參考；並且其用語接近一般刑事訴訟之用語，如共犯、罪名、刑名刑期等等。該內達第 7 款，並規定「刑之裁量須慎重地查覈，不應該脫離刑法第一編總則及第二編罪之範圍」¹⁸⁵。換言之，對於平地蕃人，統治當局有逐漸適用一般刑法之意圖，此與 1920 年內訓第 5 號之規定，平地蕃人的起訴案件不需經總督同意，可以相呼應。

1930 年 4 月 17 日東警保第 1071 號「關於蕃人犯罪事件處理之件」，則是適用一般刑法趨勢的明確展現。依其內容：「近來蕃人進化程度漸次向上，犯罪手段跟本島人同樣的事件有相當增加的傾向…故蕃人犯罪有該當下列事項者，**不據蕃人懲罰內則而以普通司法事件處理之。只在犯罪手段或犯人心神幼稚，與本島人有顯著差異者，又蕃社舊慣上限於一般刑罰法令難以適用的特殊情況，適用蕃人懲罰內則，以漸次縮小後者適用之範圍。**」所謂應適用一般刑法之事項包括：「一、智能犯罪。二、有蕃人以外共犯關係之罪。

¹⁸⁴ 安平政吉，前揭註 151，頁 16。

¹⁸⁵ 臺東廳警務課編，前揭註 153，頁 819-820。

三、官吏公吏及從事其他公務之職員犯罪，以及擔任該等職務者的犯罪。四、公學校四年（含蕃童教育所）畢業與受同程度教育者的犯罪。五、已告訴的犯罪。六、前各項之外，根據犯罪中嫌疑犯的性行、經歷與其他情況，覺得**適用蕃人懲罰內則不適當者**。」¹⁸⁶ 亦即擴大依據一般刑法處斷的範圍，而漸少適用蕃人懲罰內則。

但是值得注意的是，該蕃人懲罰內則在 1921 年即被限縮至僅**限於**平地蕃人。根據 1921 年 6 月 15 日東警蕃第 738 號通牒「關於居住於蕃地的蕃人處罰之件」：「居住於蕃地的蕃人之處罰，不依據明治 41 年月 28 日警第 5325 號之 2 蕃人懲罰內則，全受廳長之指揮。」¹⁸⁷

總之，台東廳內平地蕃人從統治之初的依循習慣處斷，到 1908 年以後適用蕃人懲罰內則，1930 年以後則適用普通刑法的範圍越加擴大，展現了刑事制裁法規的成文化以及刑事制裁法律化的趨勢。但是，蕃地的蕃人卻在 1921 年以後即明確地排除蕃人懲罰內則的適用，故對於居住蕃地的蕃人仍有很大的空間依循習慣處斷其犯罪行為。其關係可圖示如下。

	1908 年	1921 年	1930 年
平地蕃人	適用懲罰內則	適用一般刑法	適用一般刑法（增多）
		適用懲罰內則	適用懲罰內則（減少）
蕃地蕃人	？	不適用懲罰內則	不適用懲罰內則

（二）台東廳以外之州廳

以下依出現臨機處分之準則的時間先後，說明台東廳以外其他各州廳的情形。首先是高雄州，居住於此的原住民族有布農族、鄒族、排灣族，尤以排灣族人數最多¹⁸⁸。《高雄州警察法規》內所載 1901 年 7 月阿蕃第 3659 號訓令「蕃人懲戒處分之件」，認為對於不法行為者為適切的懲戒處分，乃理

¹⁸⁶ 臺東廳警務課編（1931），《臺東廳警察法規》，頁 808-809，台北：臺東廳警務課。

¹⁸⁷ 臺東廳警務課編，前揭註 186，頁 792。

¹⁸⁸ 鈴木質著，王美晶譯，前揭註 175，頁 26-28。

蕃上最必要者，故無論事情大小均應慎重調查、明瞭事實；並規定事體輕微於蕃情無影響者，由支廳長就財產罰、勞役罰、拘留罰而為決行；事件稍重大、於蕃情有影響者之處分，須詳具事實，受廳長指揮¹⁸⁹。可見日本官府相當早就強力介入某些後來被劃入高雄州（1920 年設置）的蕃人之懲罰事宜，但當時尚無制訂懲罰內則一類的成文規定。不過，1917 年 4 月阿警蕃第 516 號訓令「蕃人懲戒處分之件」表示，原本輕微事件的財產罰、勞役罰、身體拘束罰由支廳長決行，但今後事情無論大小輕重，全受廳長之指揮¹⁹⁰。按支廳長乃由是警察擔任，則 1917 年的訓令似有限縮地方層級警察權限之意。

接著為花蓮港廳，居住在此的原住民族有泰雅族、布農族、阿美族，以阿美族人數最多，泰雅族居次¹⁹¹。按 1917 年 7 月花警保第 5055 號廳長訓令「關於蕃人懲戒之件」提及，「從來依蕃社之慣例，對違背蕃社舊慣，或為不正行為者…以各社任意制裁來施行，有缺乏統一掌控蕃人之弊，現今蕃人懲罰之場合，預先由頭日向派出所申告，派出所就其適否加以精查…矯正從來之弊習。」是以，雖有派出所的介入，但係採類似下一章所述「蕃社規約制」來處理¹⁹²。本訓令所指蕃人，應係泰雅族、布農族為主的蕃地上蕃人。然而對於人數最多且在 1914 年後全被劃入普通行政區域的阿美族而言，如在四、所述，並不完全依照一般法令處罰，亦無類似台東廳之對於官員臨機處分以蕃人懲罰內則為一定的拘束，有採取其他管制措施之可能。按同為阿美族，竟因隸屬不同行政區域而有不同對待。

再者為台中州，居住於此的原住民族有泰雅族、布農族、鄒族，以鄒族人數最少¹⁹³。1923 年 7 月 10 日中警理第 1506 號「關於蕃人制裁方法之件」表示：「對非行蕃人之制裁，並無法規之根據，全依蕃務行政官自由裁量…實為蕃務行政妙味所在…需考量蕃人進化程度及風俗習慣為適切處分，有慎

¹⁸⁹ 高雄州警務部編（1922），《高雄州警察法規》，頁 1156，高雄：高雄警務部。

¹⁹⁰ 高雄州警務部，前揭註 189，頁 1156 之 3-之 4。

¹⁹¹ 鈴木質著，王美晶譯，前揭註 175，頁 26-28。

¹⁹² 安平政吉，前揭註 151，頁 17。

¹⁹³ 鈴木質著，王美晶譯，前揭註 175，頁 26-28。

重審理之必要。」¹⁹⁴ 值得注意的是，其採取類似台東廳 1912 年「關於蕃人懲罰辦法之件」的作法，對於犯罪案件依特別格式加以登記報告，以作為將來對蕃人制定制裁法規的參考資料¹⁹⁵。雖然如此，台中州的制裁方式仍是聽任行政官員對個案自由裁量，沒有如台東廳的蕃人懲罰內則一類的成文規定。

再來是新竹州，居住於此的原住民族，有泰雅族、賽夏族，以泰雅族人數最多¹⁹⁶。按 1924 年 6 月新警蕃第 2998 號「關於蕃人懲戒處分之件」，要求「關於對不法行為的懲戒處分，須在仔細審查因果關係的基礎上，就適當的處分**附上意見**」，並提及需考量蕃情進化程度，對於內容相類似事件給予同一制裁，因為賞罰係撫蕃要素，必須慎重為之¹⁹⁷。此與台中州的「關於蕃人制裁方法之件」內容相當接近，惟形式上須向上級報告詳細的具體事實，以供考核，但依然沒有如台東廳蕃人懲罰內則這類成文規定。

再者為台北州，居住於此的原住民族，僅有泰雅族¹⁹⁸。如前所述 1914 年 10 月總督府民政長官在回覆宜蘭廳長時曾表示，對於蕃人不正行為之處罰，依向來之例由宜蘭廳長為臨機處置，但對於理蕃上重大關係者仍由總督府議決。不過，直到 1924 年 9 月才有北警例第 81 號「關於蕃人處罰之件」，對於臨機處置的態樣，有如下更明確與較嚴格的規定¹⁹⁹：

向來對蕃人非行之處分，無應準據法規的標準，往往為臨機處置。對蕃人嚴明信賞必罰，並非理蕃上最緊要之事，處罰之適當與否會影響蕃情大勢者，才是最需要慎重的，根據下列來處理。

蕃人處罰心得

- 一 對蕃人非行的處罰，不得因一時的感情，陷於愛憎與偏頗的流弊，

¹⁹⁴ 臺中州警務部編（1930），《臺中州警察法規》，頁 1080-1080 之 1，台北：臺中州警務部。

¹⁹⁵ 臺中州警務部，前揭註 194，頁 1080-1080 之 1。

¹⁹⁶ 鈴木質著，王美晶譯，前揭註 175，頁 26-28。

¹⁹⁷ 安平政吉（1940b），〈臺灣高砂族の犯罪と刑罰（二）タイヤル族の刑事舊慣と、現在の非行制裁〉，《臺法月報》，34 卷 3 號，頁 27。

¹⁹⁸ 鈴木質著，王美晶譯，前揭註 175，頁 26-28。

¹⁹⁹ 臺北州警務部編（1930），《臺北州警察法規 上》，頁 111-112，台北：臺北州警務部。「蕃人處罰心得」共計八條，在此僅節錄其中較重要者。

必要公平無私。

二 處罰分為左列四種

(一) 財產罰

(二) 留置

(三) 勞役

(四) 停止貸與銃器

三 累犯應適宜加重。

...

五 處罰不可全然無視舊慣，但應對習俗上應改善事項，努力理解予以打破。

...

此在形式上似乎類似台東廳之蕃人懲罰內則，但就其內容，其實與同樣統治泰雅族的台中州、新竹州的規定相類似，強調需考量蕃人進化程度與習慣，避免擾亂「蕃情」。

最後是台南州，居住於此的原住民族有鄒族與布農族，布農族人數非常稀少²⁰⁰。台南州有關蕃人制裁，亦由行政官員自由裁量，州政府本身對此似無進一步的指令。不過總督府總務長官曾經於 1921 年 8 月 1 日，對台南州知事發布警理第 1363 號通牒「關於蕃人操縱之件」²⁰¹。主要是由於鄒族分佈跨台南、台中、高雄，故統治當局以此通牒要求台南州，注意不同蕃社的機宜處置，必須互相聯繫，以免刑罰輕重不一導致影響當地蕃情²⁰²。

綜上可知日本理蕃當局，就行政機關依臨機處分對原住民惡行所施加的「官罰」，連制裁法規成文化這種最低度的「法治」，都不採行。此現象固然由來於日本統治當局不願採取將拘束統治者自身的「法治」模式，但亦部分因為「法治」模式本非原住民族固有文化所擁抱的生活方式或理念，故原住

²⁰⁰ 鈴木質著，王美晶譯，前揭註 175，頁 26-28。

²⁰¹ 安平政吉（1940e），〈臺灣高砂族の犯罪と刑罰（五）ツオウ族の刑事舊慣と、現在の非行制裁〉，《臺法月報》，34 卷 7 號，頁 10。

²⁰² 安平政吉，前揭註 201，頁 10-11。

民族對其之不存在並無切膚之痛。於是，就像日治前期對漢人以「舊慣溫存」政策減緩其反抗而順利納入統治，日本統治當局是否亦利用經現代型國家改造過的「舊慣」，來治理反抗力道可能更強的原住民族呢？

二、依高山族原住民族社內規約而為制裁

日治時期在高山族原住民族各部落，除了上述依警察法規而為的「官罰」之外，各部落內原有的制裁機制，亦即傳統的部落習慣，也被納入（日本）國家行政機關的管理底下，但相當程度仍可視為具有「自治」性質。以下將探究這項堪稱「舊慣溫存」的制度。

（一）台東廳內高山族原住民族的社內規約

台東廳轄內之卑南族及阿美族，被統治當局認為業已開化，殆無殺伐風氣，且多與漢人混居，其明文化的社內規約也較為發達。早在 1907 年即在地方官監督下設置「蕃社役場」，召開「頭目例會」。其中頭目例會之會議事項包括：協定社內習慣規約之實行方法、協定社內懲罰規約之實行方法、協定社人間紛爭之調解方法。而蕃社役場，除處理社內一般行政、調解社內有關人事及民事等之爭議外，尚須執行社內習慣規約和社內懲罰規約等等²⁰³。台東廳於日治初期所推動之以高山族原住民族各社習慣為基礎，並由頭目例會進行協議的社內規約，乃日治時期最早出現的社內規約，自治程度也最高。

（二）高雄州與台南州內高山族原住民族的社內規約

於 1923 年 7 月，以排灣族在人數上佔最多的高雄州，參考了原以漢族為適用對象的保甲規約，創設了「社內規約」計 34 條，而在蕃社內實施具有自治性的規約；其中針對蕃人非行設置「過怠處分」，成為制裁的準則，則是國家蕃務行政上的創舉²⁰⁴。其重要條文如下：

²⁰³ 臺灣總督府警務局編，前揭註 64，頁 549-552。

²⁰⁴ 安平政吉（1940a），〈臺灣高砂族の犯罪と刑罰（一）ハイワン族の刑事舊慣習と、その非行制裁〉，《臺法月報》，34 卷 2 號，頁 19。

第 30 條 違反本規約者，**社長要審查其輕重，並徵詢有勢力者以上之人的意見，訂出處分的方法，受郡守之指示執行。**

第 31 條 違反本規約而未盡義務時，**社長受郡守之指示，經相關勢力的決議，輕者處以 5 圓以下的過怠金或 10 日以內勞役罰，重者處以 10 圓以下過怠金並 30 日以內勞役罰。**

依社內規約行使懲戒權看似自治，但是蕃社社長的權力，就像保甲制底下的保正²⁰⁵，實際上為該蕃社駐在所的警察官吏所行使，故基於社內規約所為之過怠罰制裁，事實上做成裁決者乃國家的官員。由於有社內規約，其後高雄州對於排灣族人非行的處置，即傾向於大部分採取依社內規約所為的過怠處分；但是社內規約並不排斥所謂「官罰」，即官方依所謂「行政處分」或「臨機處分」所為的處罰²⁰⁶。按 1934 年 5 月 31 日高雄州警務部長依命通牒「關於蕃人懲戒處分之件」，指出：「對蕃人不法行為之處罰，有以對違反社內規約者之過怠處分加以處置的傾向，但對於傷害、竊盜、詐欺、恐嚇、侵占之行為，與蕃人相互間協議的社內規約當然在性質上相異，**官憲可附為留置、罰金、勞役、停止貸與銃器等處分**…將來對蕃人非行之內容、性質等應嚴密檢討，以**區別官罰與違反社內規約之處分。**」²⁰⁷ 換言之，社內規約與官罰不同但並存。

在台南州對於蕃人非行，除了前述「官罰」外，也存在此種非官罰形式的處罰，如鄒族即有一種類似自治機關，以「違反部族規約」、「自助會」乃至「違反自助會自警規約」形式的處罰，然該項處罰之內容仍由政府掌握實權。其重要條文例如：第 6 條：社眾應遵守左列事項：一、不為竊盜，二、

²⁰⁵ 曾任保甲書記的孫江淮表示，保正、甲長沒有什麼決定權。保正若有違反保甲規約，被警察大人巡邏告發，要處以過怠處分時，就會拜託保甲書記向警察大人說情，希望不要被罰。當保甲書記向保正表示你不要蓋章就不會受罰了嘛，該名保正竟說如此豈非「奴欺主」，顯然其自認是「奴」，警察大人是「主」。參林玉茹、王泰升、曾品滄訪談（2008），《代書筆、商人風：百歲人瑞孫江淮先生訪問記錄》，頁 29，台北：遠流。

²⁰⁶ 安平政吉，前揭註 204，頁 19。

²⁰⁷ 安平政吉，前揭註 204，頁 19-20。

不為不穩言動及傷害，三、不為秘密交易，四、不隱匿所持有銃器彈藥，五、不妨害或損害鐵道、電話線、其他公共設施，六、在貸與銃器彈藥期間內儘速歸還，七、不為如同紊亂善良風俗習慣的行為；第 11 條：有違反本規約者時，社長審查其輕重，徵詢勢力者以上的意見，訂出處分方法，受郡守指示加以處分之；第 12 條：處罰為勞役或過料，在左列範圍內行之。勞役為 1 日以上 20 日以下，過料為 20 圓以下²⁰⁸。不過，上揭規約在 1940 年 2 月，被下述高砂族自助會會則標準所取代了²⁰⁹。

（三）依總督府標準所制訂的社內規約

如前所述，因發生 1930 年霧社事件，台灣總督府於 1931 年 12 月公布「有關理蕃政策大綱之件」，採取「教化」的同化政策。理蕃政策大綱第 1 項指出²¹⁰，欲實行「教化」須以「生活的安定」為前提，故而強調「授產」，以獎勵水稻耕作及集約農業為主要內容²¹¹。再於 1937 年 4 月 22 日所召開的全島地方長官會議上，由總務長官森岡二郎揭示「使高砂族迅速地向自主自立之域邁進，並樹立積極之方策。」3 個月後中日戰爭爆發，為對應戰爭之需要，「理蕃」亦構築起戰時體制。1939 年 3 月召開理蕃事務會議，警務局長訓示「導入作為善良的自治公民之新生活」，就在這次會議中，議決了高砂族自助會、高砂族授產指導要目、高砂族氏名新定變更等事項²¹²。並於 1939 年 5 月 30 日以總警第 190 號總務長官通牒中公布「高砂族自助會會則標準」，第二條宣示：「本會在官的指導下，目的在於以鄰保相助的精神增進部落共同的利益，圖求住民的安寧福祉，並且補助執行官憲事務。」。制定該標準之理由，在於漸次加入**公民之訓練**，使高砂族習於國家生活以及公共

²⁰⁸ 安平政吉，前揭註 201，頁 12-13。

²⁰⁹ 安平政吉，前揭註 201，頁 12。

²¹⁰ 「有關理蕃政策大綱之件」第 1 項：「理蕃以教化蕃人，安定其生活，一視同仁，咸沐聖德為目的。」

²¹¹ 近藤正己，前揭註 158，頁 45。

²¹² 近藤正己，前揭註 159，頁 305。

團體生活，為日後編入普通行政區域做準備²¹³。按高砂族自治會乃是修正施行於漢人的保甲制度²¹⁴，實際上是將舊有的社內規約，轉化成自助會會則。

此外，新竹州的賽夏族，於 1939 年 12 月制定「大東河自治會會則」。其第 5 條第 6 條即規定，在維持安寧之名目下，包含對非行的鎮壓，如過怠金的處分。並制定「自助會自警規約」，即對蕃人非行的制裁規定²¹⁵。從目前所發現的賽夏族「自助會自警規約」之內容，可看到其與總督府所制訂的「自助會自警規約標準」(依「高砂族自治會會則標準之件」而訂)相一致，該自助會自警規約的內容摘錄如下²¹⁶：

第 1 條 自警，是會員在**官府**的指揮監督之下，依其自發性的努力，保持部落內的安寧秩序為主旨。

第 7 條 家長(自警團之構成員)需遵守：(1)服從役員的訓誡，(2)在門戶顯明處標示門牌，(3)不得進行秘密交易，(4)不得以魚籐或其他毒物捕魚，(5)禁止未成年子女抽煙喝酒，(6)不得為狩獵而燃燒山野，(7)不得為粗暴、不穩的言論和行為，(8)不得隱匿所持銃器彈藥，(9)在借貸期限內返還借貸的槍銃與彈藥，(10)旅行之際不得帶用蕃刀，(11)保持家屋內外清潔，(12)不得放飼家畜。

不過，像是對台東廳內的布農族，由於其多散居山間僻地，自助會的制

²¹³ 臺灣總督府(1938)，《臺灣總督府公文類纂》，昭和 13 年(01/01/1938)，永久保存，第三門警務，蕃人蕃地，17、「高砂族自治會會則標準ニ關スル件、昭和十三年總警第一九一號の一括」(政府檔案原本)。另參臺灣總督府警務局編(1941)，《臺灣警察法規》，頁 22 之 6 之 1 之 2，東京：臺灣警察協會；近藤正己，前揭註 158，頁 46。

²¹⁴ 安平政吉(1940c)，〈臺灣高砂族の犯罪と刑罰(三)サイセツト族の刑事舊慣と、現在の非行制裁〉，《臺法月報》，34 卷 4 號，頁 16。

²¹⁵ 安平政吉，前揭註 214，頁 16-18。

²¹⁶ 安平政吉，前揭註 214，頁 17-18。總督府之「自助會自警規約標準」，參臺灣總督府，前揭註 213。

度就難以實施²¹⁷。

總之，原住民族傳統上的制裁規範，在形式上被轉化成社內規約、高砂族自助會會則並由部落自治、自為處罰，但其之執行事實上仍受到日本/國家行政機關的管理監督。至於日治末期，依總督府標準所制訂的社內規約根本，已非屬原住民族傳統規範，倒是被帶入了**現代法的元素**。雖然原住民族的傳統規範有透過社內規約進行某程度的成文化，但在當時關於原住民族的統治不適用憲法上法治原則的前提下，依然**沒有**進行「法律化」。如此一來，原住民族的固有生活方式還能被維持嗎？是否外來的、現代的法律概念或制度已悄悄地進入了高山族原住民族的生活天地裡？對此問題，宜繼續觀察當時在刑事訴訟（含犯罪即決）事件之外，由警察機關直接科處的行政處分/官罰，或其所指導監督的依社內規約制裁/過怠處分，在高山族原住民族日常生活上的運作實況。

柒、警察行政處分與依社內規約所為處分的運作實況

一、依警察機關之資料而為分析

管理蕃地或普通行政區域內蕃人的理蕃警察所為行政處分或蕃社依社內規約所為處分（例如過怠處分）所依據之準則，就像前揭的蕃人懲罰內則或各種社內規約，其實都僅做相當概括或原則性的指示，並未針對怎樣的具體惡行應給予怎樣的特定制裁而做規定。在此，將從警察機關所處理的實際案例及其統計，來了解其運作實態，並依惡行之種類分別做成數表。當然，仍可能有些高山族原住民族之間甚或其與外族之間因惡行引發的紛爭，並未讓警察機關知曉、介入或處置，以致未反映在此統計中，所以仍不宜據此案例與統計而過度強調整個高山族原住民族社會業已普遍存在這些現象。

²¹⁷ 安平政吉，前揭註 151，頁 17。布農族居住在普通行政區域者很少，參藤崎濟之助，前揭註 130，頁 8-14。

〔表三〕理蕃警察對於侵害生命之惡行所為處分（1915-1925）

處理時間及族別	行為人及其所屬行政區	惡行之內容	警察所為處分	依蕃社習慣應為之處置	處分所準據之規範	出處
1915 年 泰雅族	花蓮港廳 太魯閣支廳 ボクス イ社蕃丁 ヒーラン ハロン	殺害他社 蕃丁	贖財	復仇，正當 行為。	非習慣	《理蕃誌 稿 第三 卷》，頁 6。
1916 年 泰雅族	南投廳埔 里社支廳 バイバラ 蕃マタオ 口社生蕃 2 名	殺害同社 生蕃	贖財	故殺，應贖 財。	習慣 （徵詢頭 目與勢力 者意見）	《理蕃誌 稿 第三 卷》，頁 177-178。
1919 年 泰雅族	宜蘭廳南 澳支廳管 內之四方 林的伐木 業者高喬 榮太郎	日本人誤 殺泰雅族 蕃人	贖財	誤殺，應贖 財。	習慣	蔡桓文，頁 84。
1916 年 排灣族	台東廳直 轄知本社 生蕃 バン トル	殺害同社 生蕃	禁錮	社內殺害 行為，贖 財。	蕃人懲罰 內規	《理蕃誌 稿 第三 卷》，頁 209。
1916 年 排灣族	阿緱廳潮 州支廳ボ ンガリ社 生蕃	殺害本島 人	罰金、苦役	贖財、閉居	非習慣（本 案罰金未 交給被害 人，非贖 財；苦役具 勞 動 性 質，也非閉 居）	《理蕃誌 稿 第三 卷》，頁 173-175。
1917 年	阿緱廳枋	殺害他社	拘留、罰金	復仇，容許	非習慣	《理蕃誌

排灣族	寮支廳管 內クナナ ウ社蕃人 カブリア ンサリバ ツ外2名	蕃婦		之行為。		稿 第三 卷》，頁 351。
1917年 排灣族	阿緱廳潮 州支廳管 內プツン ロク社生 蕃	殺害他社 蕃人	拘留、罰金	故殺同一 蕃集團蕃 人，應贖財 與閉居。	似習慣	《理蕃誌 稿 第三 卷》，頁 385-386。
1917年 排灣族	台東廳巴 壘衛支廳 管內獅仔 獅社生蕃5 名	誤殺同社 蕃人	永久勞役	誤殺，應贖 財。	非習慣 (理蕃誌 稿說係習 慣，有誤)	《理蕃誌 稿 第三 卷》，頁 379-380。
1918年 布農族	花蓮港廳 玉里支廳 管內カウ ナン社生 蕃オラン	傷害他社 蕃人致死	贖財	應燒毀加 害人全部 家產。	仍有參酌 雙方習慣	《理蕃誌 稿 第三 卷》，頁 419-420。
1925年 布農族	1. 台中州 新高郡卡 社駐在所 管內カリ モアン社 翻丁ウラ ンタシカ バン等 11 人 2. 台中州 能高郡萬 大社サウ ボマホン 等 12人	1. 卡社對 萬大社鹹 首(出於復 仇) 2. 萬大社 對干卓萬 蕃トウコ ン社蕃人 鹹首	皆處勞 役、社民連 坐、停止銃 器借貸 2 個月、萬大 社對干卓 萬蕃贖財	1. 復仇， 容許之行 為。 2. 故殺，應 由被害人 遺族加以 復仇。	非習慣	《理蕃誌 稿 第四 卷》，頁 841-843。

※資料來源與說明：台灣總督府警務局編（1995），《理蕃誌稿 第三卷》，復刻版（據 1932 年初版），台北：南天；台灣總督府警務局編（1995），《理蕃誌稿 第四卷》，復刻版（據 1938 年初版），台北：南天；蔡桓文（2007），《國家法與原住民族習慣規範之衝突與解決》，頁 58-84，國立臺灣大學法律學系碩士論文。刑法第 199 條：殺人者，死刑、無期徒刑或 3 年以上有期徒刑。

高山族原住民族習慣中有所謂出草、復仇，並被認為係正當之行為。但是在現代國家法體制之下，絕對禁止私刑。因此如表三所示，警察對於侵害生命之行為，也就是殺人，不論是否出於習慣的正當復仇，或是單純故意殺人，都認定為係「惡行」，也就是不區分「復仇 / 故殺」。對此，以行政處分 / 臨機處分所給予的制裁有性質上類似習慣的贖財、閉居，也有性質上**非一般刑法或部族習慣**的勞役、連坐、禁止銃器借貸等。

可以說，一旦行為已侵害生命法益，日本統治當局即引進現代型國家法之概念，全視為不正義的行為，和原住民族傳統規範有所不同，但在懲罰方式上則有類似原住民族習慣者，亦有依據蕃人懲罰內則或理蕃警察自行創設者，後二者皆**非帝國刑法**所規定的刑罰種類。再從懲罰結果的多樣性，可知理蕃警察裁量空間甚大。值得注意的是，表三上 1916 年行為人屬台東廳知本社之案例，因知本社於 1901 年已劃歸台東廳南鄉，²¹⁸ 屬於平地蕃人，且台東廳在 1908 年制定「蕃人懲罰內則」，故此案應係依照該懲罰內則科以制裁之例。而獅子獅社也同樣於 1901 年劃入普通行政區域的台東廳南鄉底下的巴壠衛出張所²¹⁹，《理蕃誌稿》雖載為依舊慣，但是其處分結果反而較符合懲罰內則之規定。

〔表四〕理蕃警察對於侵害身體之惡行所為處分（1918-1916）

處理時間及族別	行為人及其所屬行政區	惡行之內容	警察所為處分	依蕃社習慣應為之處置	處分所準據之規範	出處
1918 年	南投廳霧社支廳	互毆	苦役，	傷害，應贖	非習慣	《理蕃誌

²¹⁸ 臺灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 552-553。

²¹⁹ 臺灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 506。

泰雅族	管内クローン社 與マヘボン社生 蕃		並停止 銃器貸 與2個 月。	財。		稿 第三 卷》，頁 458-459。
1919年 排灣族	阿緱廳枋山支廳 管内コワヤ社蕃 婦サジヤジユイ	殺傷其 夫	勞役	傷害，輕者 受頭目斥 責，重者謝 罪、贖財。	非習慣 (理蕃誌 稿說參酌 習慣)	《理蕃誌 稿 第三 卷》，頁 511。
1916年 排灣族	台東廳呂家社蕃 人レオン、卑南 社蕃人バヘガル ナン	傷害本 島人	不起 訴，禁 錮	--	蕃人懲罰 內則	《理蕃誌 稿 第三 卷》，頁 203-204。

※資料來源與說明：台灣總督府警務局編（1995），《理蕃誌稿 第三卷》，復刻版（據 1932 年初版），頁 122-123，台北：南天；台灣總督府警務局編（1995），《理蕃誌稿 第四卷》，復刻版（據 1938 年初版），台北：南天；蔡桓文（2007），《國家法與原住民族習慣規範之衝突與解決》，頁 84-88，國立臺灣大學法律學系碩士論文。刑法第 204 條：傷害人之身體者，處 10 年以下懲役，或科處 500 元以下罰金。刑法第 205 條第 1 項：因身體傷害致人於死者，處二年以上有期懲役。

關於侵害他人身體的行為類型，如表四所示，理蕃警察所為的行政處分皆**非依部族習慣**，以勞役較多。顯示日本統治當局對此類行為，並不依原住民族傳統規範為裁斷，而是依「臨機」之旨選擇就個案而言最適當的制裁，例如對於互毆行為，附加了「停止銃器貸與 2 個月」的處分。不過，有些案例就不能聽任基層警察為自由裁量，如表四上的 1916 年排灣族卑南社、呂家社案例²²⁰，卑南社、呂家社也在行為人因檢察官（經總督同意）為不起訴處分而被排除於法院的刑事訴訟程序之外後，與上述表三內知本社案例一樣，由於發生在普通行政區域內，警察機關須依懲戒內則的指令行事，故由支廳長決定處以「禁錮」（參見蕃人懲罰內則第 1、4 條）。

²²⁰ 呂家社、卑南社於 1901 年劃入台東廳南鄉。參台灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 552-553。

〔表五〕理蕃警察對於侵害財產之惡行所為處分（1916-1929）

處理時間及族別	行為人及其所屬行政區	惡行之內容	警察所為處分	依蕃社習慣應為之處置	處分所準據之規範	出處
1916 年 排灣族	台東廳直轄射馬干社生蕃 1.アチヤウ 2.シオラサイ外2人	1.竊盜 2.庇護 1	皆禁錮	竊盜，應贖財。	蕃人懲罰內則	《理蕃誌稿 第三卷》，頁 246。
1929 年 排灣族	台東廳里壠支廳腦丁邱阿祥	詐取里壠支廳生蕃金錢（漢人與行政區蕃人）	移送檢察局	--	一般法律	《理蕃誌稿 第四卷》，頁 848-849。
1915 年 泰雅族	花蓮港廳新城支廳プラタン社、アヨ社生蕃	竊取本島人財物	勞役、上繳青竹	竊盜，應返還贓物、贖財。	非習慣	《理蕃誌稿 第三卷》，頁 79-80。
1915 年 泰雅族	花蓮港廳ソワサル社生蕃 15 人	竊取電話線（侵占官廳物品）	苦役	竊盜，應返還贓物、贖財。	非習慣	《理蕃誌稿 第三卷》，頁 11。
1919 年 泰雅族	南投廳霧社支廳管內シーパウ社蕃丁アウイバツカン	強盜他社蕃童	拘留	若依竊盜，應返還財物、贖財。	非習慣	《理蕃誌稿 第三卷》，頁 584。
1922 年 賽夏族	新竹州竹南郡ガラワン社蕃丁カレユウマウ	竊取駐在所銃器	勞役	竊盜，應由頭目加以斥責，並返還贓物。	非習慣	《理蕃誌稿 第四卷》，頁 250-251。

※資料來源與說明：台灣總督府警務局編（1995），《理蕃誌稿 第三卷》，復刻版（據 1932 年初版），頁 122-123，台北：南天；台灣總督府警務局編（1995），《理蕃誌稿 第四卷》，復刻版（據 1938 年初版），台北：南天；蔡桓文（2007），《國家法與原住民族習慣規範之衝突與解決》，頁 88-93，國立臺灣大學法律學系碩士論文。刑法第 235 條：竊取他人財物者為竊盜罪，處 10 年以下懲役。刑法第 236 條：以暴行或脅迫強取他人財物者為強盜罪，處 5 年以上有期懲役。

關於侵害他人財產的行為，若依高山族原住民族習慣，可以贖財了事，但如表五所示，理蕃警察所為的行政處分，以**非一般刑法**所規定的勞役或拘留居多，並不依從原住民族傳統規範。而平地蕃人，如表五第一案射馬干社²²¹，則依蕃人懲罰內則。第二案，加害人係漢人，被害人則為高山族原住民，此時係依被告 / 加害人之身分決定準據法，故適用一般法律，移送至法院，由檢察官偵辦。

〔表六〕理蕃警察對於侵害名譽之惡行所為處分（1917-1918）

處理時間及族別	行為人及其所屬行政區	惡行之內容	警察所為處分	依蕃社習慣應為之處置	處分所準據之規範	出處
1917 年排灣族	台東廳巴壠衛支廳管內太麻里蕃大狗社頭目カリマソジ	猥褻他社蕃婦	贖財	猥褻行為，應贖財。	習慣（但減輕）	《理蕃誌稿 第三卷》，頁 317。
1918 年泰雅族	花蓮港廳新城支廳管內ブスリン社生蕃ラウスンピサオ（太魯閣總頭目之子）	猥褻日本人	1. 犯人生父免除頭目職位。 2. 沒收大部分犯人家族土地。 3. 要求犯人提供價格	贖財	非習慣（國家沒入財產與贖財給予被害人別）	《理蕃誌稿 第三卷》，頁 459-460。

²²¹ 臺灣總督府警務局編，前揭註 70，頁 552-553。

			30 元的農具、炊具。 4. 犯人受監視 1 年。			
--	--	--	------------------------------	--	--	--

※資料來源與說明：台灣總督府警務局編（1995），《理蕃誌稿 第三卷》，復刻版（據 1932 年初版），頁 122-123，台北：南天；台灣總督府警務局編（1995），《理蕃誌稿 第四卷》，復刻版（據 1938 年初版），台北：南天；蔡桓文（2007），《國家法與原住民族習慣規範之衝突與解決》，頁 93-97，國立臺灣大學法律學系碩士論文。刑法第 176 條：以暴行或脅迫對於 13 歲以上男女為猥褻行為，處 6 月以上 7 年以下懲役。

對於侵害他人名譽之行為，若依高山族原住民族習慣，大多處以贖財，但依表六所示，理蕃警察倒不一定全然依從。該 1917 年涉及排灣族頭目猥褻他社蕃婦之案，係依習慣處以贖財但予以減輕。按該案所在的台東廳訂有蕃人懲戒內則，但該懲戒內則並不對特定行為規定特定處罰，故可裁量的空間仍然非常的大，是以令人懷疑理蕃警察因加害人為頭目的政治考量而從輕發落。另一案的加害人是總頭目之子，也有政治因素存在，但此案被猥褻者是屬於殖民民族的日本人；結果理蕃警察不依習慣處以贖財了事，而是充分「臨機」地處罰了行為人以外之人，亦即剝奪行為人之父的頭目職位、沒收行為人之家族的土地等，而行為人卻只受監視 1 年。從這兩案例，可知理蕃警察行政處分之恣意，且無視於源自近代西方的個人主義法理念（例如「個人自己責任」），以及依犯罪行為輕重，而非犯罪人貴賤，而給予的寬嚴制裁的刑罰觀²²²。

綜上可知，若高山族原住民惡行案件由理蕃警察處理，則其所給予的處分，雖非依現代型刑法典所訂之刑罰種類，但經常科以傳統習慣所無、卻具有一定的現代法色彩的制裁方式，如勞役、拘留或禁止銃器借貸等。

²²² 王泰升，前揭註 3，頁 104、247。

二、警察行政處分與社內規約處分所佔比例之分析

日治時期對於高山族原住民惡行的制裁方式，在極少由法院依一般法律加以判處的情形下，主要為理蕃警察行政處分與依社內規約所為處分，而這兩者又以何者居多呢？蓋儘管社內規約也逐漸沾染現代法的氣息，但是執行的主體畢竟還是原住民族自身，相較之下仍比理蕃警察行政處分，亦即所謂的「官罰」，更具有自治、原住民族傳統習慣之色彩。台灣總督府警務局曾以各州廳和部族為單位，統計「官罰」與「社內規約及舊慣罰」的件數，在此依 1937 年度統計的絕對數字，計算出兩者各自的所佔比例，而做成表七。

〔表七〕1937 年官罰與社內規約及舊慣罰之件數及所佔比例

區分		總件數	官罰件數、比例	社內規約及舊慣罰件數、比例
台北市	泰雅	41	27 65.9%	14 34.2%
新竹州		51 (*2)	50 (*1) 98.0%	1 (*1) 2.0%
	泰雅	51 (*2)	50 (*1) 98.0%	1 (*1) 2.0%
	賽夏	—	—	—
台中州		65	65 (*1) 100%	*1 1.5%
	泰雅	24	24 100%	*1 4.2%
	布農	38	38 100%	— —
	鄒	3	3 100%	— —
台南州		3	—	100%
	布農	—	—	—
	鄒	3	—	3

			—	100%
高雄州		346	165 47.7%	181 52.3%
	布農	5	3 60%	2 40%
	鄒	—	—	—
	排灣	341	162 47.5%	179 52.4%
台東廳		18	18 100%	— —
	布農	9	9 100%	— —
	排灣	9	9 100%	— —
	達悟	—	—	—
花蓮港廳		45 (*5)	45 100%	*5 11.1%
	泰雅	36 (*5)	36 100%	*5 13.9%
	布農	9	9 100%	— —

※資料來源與說明：臺灣總督府警務局理蕃課編（1937），《高砂族調查書 第三編》，頁 414，台北：臺灣總督府警務局。該資料已註明：阿美族與排灣族之一部份（台東廳台東、新港、里壠各支廳），居住在普通行政區域內，屬於理蕃行政以外之範圍，僅調查認為有必要之項目。

註記* 代表官罰與社內規約及舊慣罰之併科處分件數。

依表七，若以地域來看，高雄州和台南州（數量極少）的舊慣或社內規約處分比例超過一半，台北也有三分之一。但是其他州廳（新竹州、台中州、台東廳、花蓮港廳），則是以官罰（即警察行政處分）占了絕大多數，台中州、台東廳、花蓮港廳更是全部依官罰。整體而言，以進行官罰者居多。是以如表三至表六所示的警察行政處分，已相當程度影響及原住民族法律生活，而使高山族原住民族得以接觸到官罰當中有限的現代國家法律概念。且

雖然社內規約和舊慣列為一類，但是社內規約也可能因現代國家的介入而帶入現代法律概念，已非全然依傳統上的「舊慣」。

若從部族別來看，同樣是泰雅族，新竹州、台中州的官罰占 98% 以上，台北州卻僅有三分之二。布農族的官罰只有在高雄州是 60%，其他台中州、台東廳、花蓮港廳都全部依官罰。鄒族僅有台中州的案例，且全部依官罰。排灣族，在高雄州官罰占 47%，在台東廳則是全依官罰。蘭嶼的達悟族則無案例²²³。據此可謂，日治時期的官罰已普遍地影響了除了達悟以外的所有高山族原住民族。

三、現代法治與高山族原住民族福祉之關係

於長達半世紀的日治時期，關於高山族原住民族的統治事務被排除於憲法上法治原則之外，且原則上不適用一般法律。雖如上述，現代型法律概念或制度仍可能透過統治蕃人的基層行政單位，如警察，而滲透到在國家統治高權所控制下的高山族原住民社會，其固有規範 / 習慣則可能被行政機關所接納或排斥或某程度轉化，故不能謂日治下高山族原住民族全然未接觸現代 / 近代西方的法律觀念。但是，由於日本殖民統治權威對於推動現代法治的消極態度，原住民族受其影響的程度的確是**非常有限**。

相對的，自日治之初（1897）即被視為國民、法律上稱本島人（社會上稱「台灣人」）的漢人與平埔族人，因其在國家法上應適用憲法上法治原則，使得到 1920 年代時，已有一群了解現代法治（縱令只是形式意義的法治）之意涵的本島人知識菁英，要求政府必須將已書寫在憲法和法律上的人民自由權利，「還給」人民。「法治」已儼然成為其透過法律上論戰或法庭鬥爭，以爭取個人或我族利益的一項「武器」²²⁴。

在上述日治時期高山族原住民族與現代法治的初次接觸裡，其族內似還

²²³ 同樣的部族在不同的州廳，比例甚有差別，故州廳別才是區別的重點，非依部族而有所不同。

²²⁴ 這項論點，詳見王泰升（2004），〈自由民主憲政在台灣的實現：一個歷史的巧合〉，《臺灣史研究》，11 卷 1 期，頁 182-186。

沒有形成一群理解現代法治的知識菁英。按日本統治當局從 1930 年代以後，才出於同化政策的需要，對高山族原住民族施以夾帶現代知識的日語教育，而 1945 年日本統治即告終止，日語世代尚未茁壯即腰斬。在此情形下，難以在日治時期即展開以現代法治爭取權益的政治運動，蓋仍欠缺足以運用現代型法制及法理論來進行法律論戰的高山族原住民知識菁英。可能一直要到 1980 年代，才有戰後始接受夾帶現代知識華語教育的某些高山族原住民知識菁英，理解並運用法治理論爭取原住民族利益。相較於在台灣的漢族，已晚了 60 年，步履也更加艱辛。

不過，回首看看高山族原住民族與現代法治初體現的日治時期，在當時成為主流的形式意義法治底下，已自稱「台灣人」的漢族，能夠向日本統治當局爭取到的，也只是那些被國家實證法所承認的利益，例如自 1935 年以後只有擁有半調子的地方自治選舉權²²⁵，對於自己在現代國家底下如何過法律生活根本沒有主導權。換言之，日本殖民政權對於高山族原住民族，係以**非法治**的方式進行法律改造，相較於其對漢族以形式意義法治原則來進行法律現代化，不同者僅只在於：形式上對原住民族依行政權、對漢族依立法權。然而在日治時期，屬漢族的台灣人仍不能選出代議士來參與立法權之行使，故實質上差別有限。有鑑於此，今日原住民族應抗拒過時的形式意義法治，否則所獲致的結果只不過相當於日治下台灣漢族的待遇，而應竭力主張在戰後所發展出來的實質意義的法治，透過具有實質正當性的法律來爭取更大的福祉。

捌、結 論

原不曾受外來異族統治的高山族原住民族，於日本領有台灣後即首次面臨外族的統治，且是一個已開始操作「現代型法律制度」的政權。高山族原住民族是否即因此項被統治的經驗，而接觸或接受現代法的上法治原則及其

²²⁵ 王泰升，前揭註 224，頁 186。

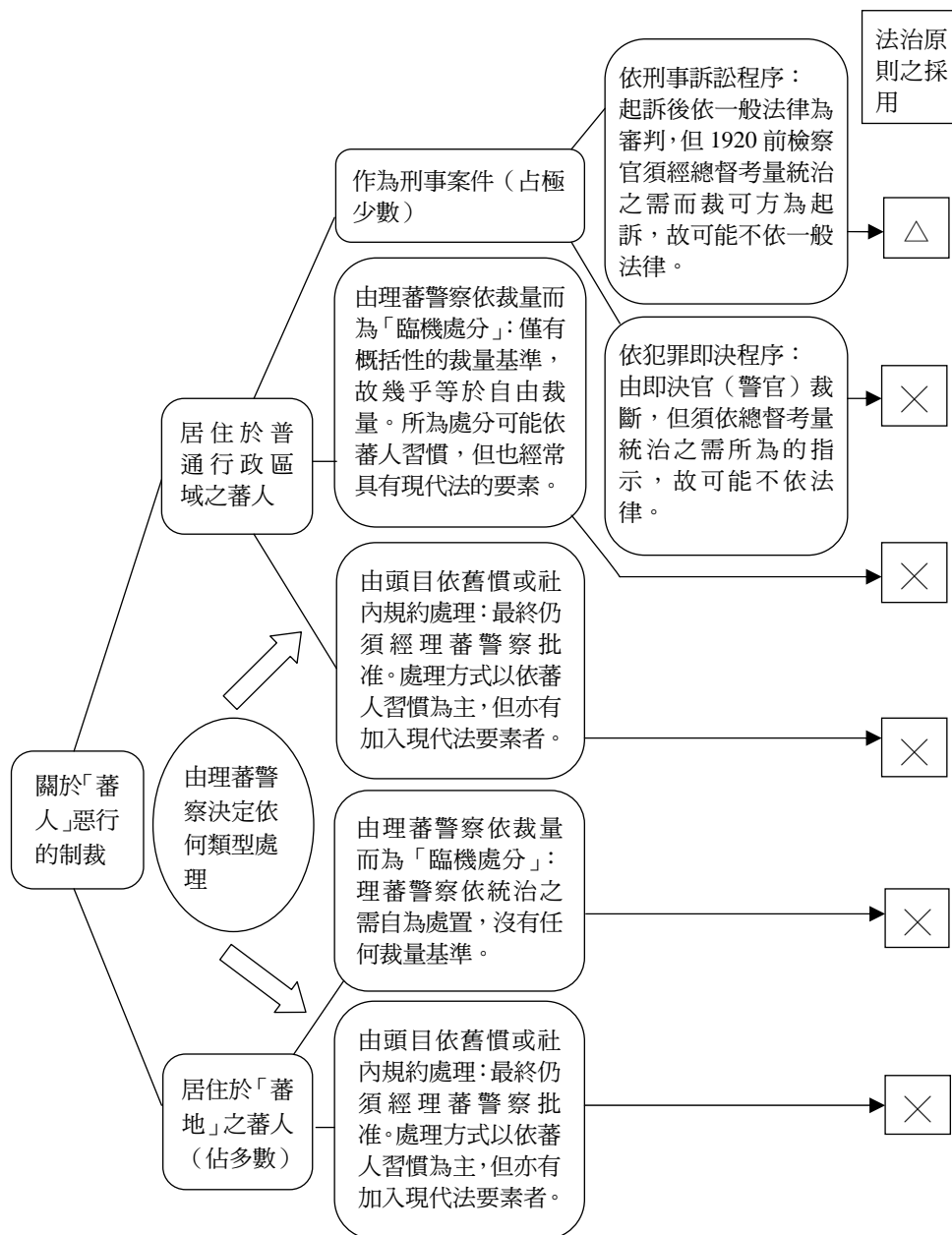
法制內涵呢？首先須指出的是，戰前日本帝國自歐陸引進的是一種只重形式意義的法治觀，日本統治者因此可輕易地以符合法律形式的作為，達成其所欲的統治目的，在台灣的殖民地立法制度即是一例。但是日本對於高山族原住民族的統治，卻連這種可廉價取得的法治外觀都不在乎。日本統治階層對此所持的理由，很諷刺的，也是所謂的「依法行事」，依國際法上對未開化原住民族的通例，依條約上國籍選擇的規定推理，依各式各樣的法律論證，竟曾得出「生蕃係化外之民，在我國領土上橫行的野獸而已」的結論。亦即以高山族原住民不具有法律上之人格，非帝國臣民等為由，對其**不適用明治憲法上法治原則**。

從而，也確立了對於高山族原住民族「不適用一般法律」的作法。按日治初期「生蕃刑罰令」草案被否決，即代表對高山族原住民族採特殊立法之不被採納。1900年公布內訓第1號，使得被告為高山族原住民的刑事案件起訴與否須經總督府同意，藉此程序規定大幅限縮原住民族適用一般法律的機會，明白排除現代法上法治原則之適用，並漸次確定由**行政機關**對高山族原住民族事務**自由裁量**的統治機制。在日本統治初期，尚可解釋為因現代型國家對高山族原住民族的控制力不足，無由推展現代法律。然而1915年理蕃事業結束後，絕大部分蕃地已被納入國家的有效統治範圍內，高山族原住民亦被承認為帝國臣民，但前述「蕃人不適用一般法律」之漠視法治的作法，僅僅對於劃歸到普通行政區域的高山族原住民族（多數為在東部的阿美族）略有所調整但未全盤修改，故行政機關仍可自為臨機處分，尤其是對居住於蕃地的高山族原住民族的態度，更未曾改變。直到1930年霧社事件後，日本統治當局為加強對高山族原住民族的「教化」，方擬使其「漸次適用一般法律」。甚至到二次大戰末期的1945年，才表示將在十年內結束不施行法治的特別理蕃行政。但是日本隨即戰敗，離開台灣了。

日本殖民統治當局對於高山族原住民惡行的制裁，大概可分「進入司法體系適用一般法律」、「行政機關自為裁量」、「依舊慣或社內規約」等三種類型。而進入司法體系者少之又少，在部分時期還需經過總督之同意。因此，「行政機關的自為裁量」以及「依舊慣或社內規約」才是處理高山族原住民

惡行的主要手段。關於行政機關的裁量，也僅台東廳曾制頒「蕃人懲罰內則」，算是具有較明確的判斷基準，其餘州廳幾乎就是聽任官員就個案自由處斷。「舊慣」在 1930 年代之後逐漸成文化為「社內規約」，但其之執行亦須得到警察的批准。因此這兩種類型的懲罰，其實都是由基層行政機關，也就是理蕃警察所掌握。不過，從當時警察的實際運作狀況，可發現理蕃警察的處置方式，實參雜了現代法的元素以及原住民族的傳統習慣。就此而言，高山族原住民族在日治時期已**曾接觸**過現代法律觀念，惟日本殖民統治當局對於在高山族原住民社會裡推動現代法治的興趣缺缺，使得這項接觸所生的影響**非常有限**。（參見圖二）

總之，日本帝國並不以「法治」作為對高山族原住民族的統治原則，從而日治下的高山族原住民族仍不解憲政主義之意義，其之身家性命與幸福僅能仰仗於理蕃警察的善心與施捨。相較之下日治下台灣的漢族還能以形式上法治原則，要求日本當局的施政必須遵守法律，雖然這些法律其實也是依統治者的意願而訂。不過，日治時期居住於普通行政區的高山族原住民族，越來越多機會適用現代型法律及使用現代型法院；居住於蕃地的高山族原住民族以及某部份普通行政區內高山族原住民案件，雖一直由擁有非常大的裁量權力的理蕃警察為處分，但其處置方式也可能帶有某程度的現代法律觀念，而非全然依高山族原住民族傳統習慣行事。



〔圖二〕日治時期國家機關對高山族原住民惡行的制裁概要

※資料來源與說明：王泰升、黃唯玲繪製。△：部分採用；×：未採用。

參考文獻

一、中文部分

- 山中永之佑等著，堯嘉寧等譯（2008）。《新日本近代法論》。台北：五南。
（Einosuke Yamanaka et al., Chia-Ning Yao et al. [Trans.]. [2008]. *Modern laws of Japen revisited*. Taipei: Wunan.）
- 王人英（1967）。《臺灣高山族的人口變遷》。台北：中央研究院民族學研究所。（Ren-Ying Wang [1967]. *Population change of the Mountain Aborigines in Taiwan*. Taipei: Institute of Ethnology, Academia Sinica.）
- 王泰升（1999）。《台灣日治時期的法律改革》。台北：聯經。（Tay-Sheng Wang [1999]. *Legal reform in Taiwan under Japanese colonial rule*. Taipei: Linking.）
- （2004）。〈自由民主憲政在台灣的實現：一個歷史的巧合〉，《臺灣史研究》，11 卷 1 期，頁 167-224。（Tay-Sheng Wang [2004]. The realization of liberal and democratic constitutional order in Taiwan: A coincidence in history. *Taiwan Historical Research*, 11[1], 167-224.）
- （2008）。〈台灣近代憲政文化的形成〉，《臺大法學論叢》，36 卷 3 期，頁 1-50。（Tay-Sheng Wang [2008]. The emergence of modern constitutional culture in Taiwan. *National Taiwan University Law Journal*, 36[3], 1-50.）
- （2009）。《台灣法律史概論》，3 版。台北：元照。（Tay-Sheng Wang [2009]. *Introduction to the legal history of Taiwan* [3rd ed.]. Taipei: Angel.）
- 王泰升、薛化元、黃世杰編（2006）。《追尋臺灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》。台北：五南。（Tay-Sheng Wang, Hua-Yuan Hsueh, & Shih-Chien Huang [Eds.]. [2006]. *Finding the footprints of Taiwan's law*. Taipei: Wunan.）
- 自由時報（06/25/2009）。平埔族爭正名 換來原民會羞辱，A10 版。（*Liberty Times* [06/25/2009]. Plains Aborigines strived for correcting their names,

but humiliated by the Council of Indigenous Peoples, A10.)

坂野潤治著，鍾淑敏譯(2008)。《近代日本政治史》。台北：五南。(Junji Banno, Shu-Min Chung [Trans.]. [2008]. *Japen's modern political history*. Taipei: Wunan.)

李崇僖(1996)。《日本時代臺灣警察制度之研究》。國立臺灣大學法律學系碩士論文。(Chung-Hsi Lee [1996]. *The study on the police system in Taiwan under Japanese colonial rule*. Unpublished master's thesis, National Taiwan University College of Law, Taiwan.)

法治斌、董保城(2001)。《中華民國憲法》，3版。台北：空大。(Jyh-Pin Fa & Bau-Tscheng Dung [2001]. *The constitution of the Republic of China* [3rd ed.]. Taipei: National Open University.)

林玉茹(2007)。《殖民地的邊區：東臺灣的政治與經濟發展》。台北：遠流。(Yu-Ju Lin [2007]. *The colony's frontier: Political and economical development in eastern Taiwan*. Taipei: Yuan-Liou.)

林玉茹、王泰升、曾品滄訪談(2008)。《代書筆、商人風：百歲人瑞孫江淮先生訪問記錄》。台北：遠流。(Yu-Ju Lin, Tay-Sheng Wang & Pin-Tsang Tseng [2008]. *Pen of a scrivener and style of a bussinessman: The record of interview with Mr. Sun Chiang-Hwai*. Taipei: Yuan-Liou.)

洪安全編(1998)。《清宮廷寄檔台灣史料(三)》，清代臺灣文獻叢編。台北：故宮。(An-Chuan Hung [Eds.]. [1998]. *The archives relating to Taiwan in the Qing Court, Vol.3*. Taipei: National Palace Museum.)

----- (1999a)。《清宮洋務始末台灣史料(二)》，清代臺灣文獻叢編。台北：故宮。(An-Chuan Hung [Eds.]. [1999]. *The foreign affair archives relating to Taiwan in the Qing Court, Vol.2*. Taipei: National Palace Museum.)

----- (1999b)。《清宮洋務始末台灣史料(四)》，清代臺灣文獻叢編。台北：故宮。(An-Chuan Hung [Eds.]. [1999]. *The foreign affair archives relating to Taiwan in the Qing Court, Vol.4*. Taipei: National Palace

Museum.)

周鍾瑄主修(1962)。《諸羅縣志(卷六)》，台灣文獻叢刊第 141 種，載於中央研究院漢籍電子文獻網站 <http://hanji.sinica.edu.tw> (最後瀏覽日：05/15/2010)。(Chung-Hsuan Chou [Eds.]. [1962]. *The gazetteer of Chu-Lo County, Vol.6*. Retrieved May 15, 2010, from the website of Academia Sinica Hanji wenxian ziliaoku databases: <http://hanji.sinica.edu.tw>)

近藤正己(1988)。〈霧社事件後的「理蕃」政策〉，《當代》，30 期，頁 40-55。(Masami Kondo [1988]. The policy on “dealing with aborigines” after the Wu-She Incident. *Contemporary*, 30, 40-55.)

近藤正己著，張旭宜譯(1995)。〈臺灣總督府的「理蕃」體制和霧社事件〉，《臺北文獻》，直字 111 期，頁 163-184。(Masami Kondo, Hsu-I Chang [Trans.]. [1995]. The institution for “dealing with aborigines” and the Wu-She Incident. *Taipei Historical Documents Quarterly*, 111, 163-184.)

姚錫光(1967)。《東方兵事紀略》，復刻版，沈雲龍主編，近代中國史料叢刊第五輯。台北：文海(1897年初版)。(Xi-Guang Yao [1967]. The sketch of military matters in the East. In Yun-Long Shen [Ed.], *Historical materials of modern China* (vol. 5). Taipei: Wen-Hai [Original work published 1897].)

陳守亭(1986)。《牡丹社事件與沈葆楨治台政績考》。台北：正中。(Shou-Ting Chen [1986]. *The Mu-Dan-She Incident and the political performance of Pao-Chen Shen in Taiwan*. Taipei: Cheng-Chung.)

陳新民(2001)。《法治國家論》。台北：學林。(Shin-Min Chen [2001]. *The theory of rechtsstaat*. Taipei: Sharing.)

陳愛娥(2001)。〈法治國原則的開放性及其意義核心：法治國內涵的矛盾與其解決的嘗試〉，林文雄教授祝壽論文集編輯委員會編，《當代基礎法學理論：林文雄教授祝壽論文集》，頁 169-203。台北：學林。(Ai-Er Chen [2001]. The opening and the core meaning of the principle of Rechtsstaat. In Editorial Committee for Commemorative Volume of Professor

- Wen-Shyong Lin's Birthday [Eds.], *Contemporary fundamental legal theory* [pp. 169-203]. Taipei: Sharing.)
- 張隆志(2004)。「帝國邊陲與殖民統治：十九世紀台灣的「番地」問題」，《歷史月刊》，199期，頁69-75。(Lung-Chih Chang [2004]. The empire's frontier and the colonial ruling: The "Aboriginal Land" problem of Taiwan in 19th century. *Historical Monthly*, 199, 69-75.)
- 黃昭堂著，黃英哲譯(2002)。《台灣總督府》。台北：前衛。(Chiau-Tong Ng, Ying-Che Huang [Trans.]. [2002]. *The Government-General of Taiwan*. Taipei: Avanguard.)
- 鈴木質著，王美晶譯(1999)。《台灣原住民風俗》。台北：原民文化。(Shichi Suzuki, Mei-Jing Wang [Trans.]. [1999]. *Taiwan indigenous peoples' customs*. Taipei: Indigenous Peoples' Culture.)
- 詹素娟(2004)。「日治初期臺灣總督府的「熟蕃」政策：以宜蘭平埔族為例」，《臺灣史研究》，11卷1期，頁43-78。(Su-Chuan Chan [2004]. The plains aborigines policy of the Government-General of Taiwan during the early period of Japanese rule: A case study on the plains aborigines in I-Lan. *Taiwan Historical Research*, 11[1], 43-78.)
- 楊鴻烈(1987)。《中國法律思想史》。台北：台灣商務印書館。(Hung-Lieh Yang [1987]. *History of Chinese legal thoughts*. Taipei: The Commercial Press.)
- 潘英(1996)。《臺灣平埔族史》。台北：南天。(Ying Pan [1996]. *The history of Taiwan's Pepo*. Taipei: SMC Publishing.)
- 蔡桓文(2007)。「國家法與原住民族習慣規範之衝突與解決」，國立臺灣大學法律學系碩士論文。(Huan-Wen Tsai [2007]. *The conflict and compromise of the state law and customs of indigenous peoples in Taiwan*. Unpublished master's thesis, National Taiwan University College of Law, Taiwan.)
- 瞿同祖(1984)。《中國法律與中國社會》。台北：里仁。(Tung-Tsu Chu [1984]. *Law and society in traditional China*. Taipei: Le-Jin.)

- 藍鼎元 (1985)。《東征集 (卷四)》，台灣文獻叢刊第 12 種，載於中央研究院漢籍電子文獻網站 <http://hanji.sinica.edu.tw> (最後瀏覽日：05/15/2010)。(Ding-Yuan Lan [1985]. *The collection on conquering the East, Vol.4*. Retrieved May 15, 2010, from the website of Academia Sinica Hanji wenxian ziliaoku databases: <http://hanji.sinica.edu.tw>)
- 藤井志津枝 (1997)。《日治時期台灣總督府理蕃政策》。台北：文英堂。(Huzii Shizue [1997]. *The policy on dealing with aborigines of the Government-General of Taiwan during the Japanese colonial period*. Taipei: Wen-Ying-Tang.)
- 臺灣史料集成編輯委員會編 (2009)。《明清臺灣檔案彙編》，第五輯第 104 冊。台南：國立臺灣歷史博物館。(The Editorial Committee of Taiwan Historical Materials [Eds.]. [2009]. *The archival collections of Taiwan in Ming and Qing, 5*[104]. Tainan: National Museum of Taiwan History.)
- 臺灣省文獻委員會編 (1991)。《重修臺灣省通志 卷七政治志建置沿革篇》。台中：臺灣省文獻委員會。(Historical Records Committee of Taiwan Provincial Government [Eds.]. [1991]. *The revision of the gazetteer of Taiwan province, Vol.7: Political affairs, chapter on organizational evolution*. Taichung: Historical Records Committee of Taiwan Provincial Government.)

二、日文部分

- 川口由彦 (1998)。《日本近代法制史》。東京：新世社。
- 山下康雄 (1949)。《領土割讓の主要問題》。東京：有斐閣。
- 大石真 (2005)。《日本憲法史》，2 版。東京：有斐閣。
- 三角生 (1928)。〈「法律上蕃人の身分如何を駁す」に答ふ〉，《臺灣警察協會雜誌》，130 期，頁 48-56。
- 伊能嘉矩 (1994)。《台灣文化誌 (下卷)》，復刻版。台北：南天 (1928 年東京初版)。

- 外務省編（1960）。《律令総覧（「外地法制誌」第三部の二）》。東京：条約局法規課。
- （1964）。《日本統治下五十年の台湾（「外地法制誌」第三部の三）》。東京：条約局法規課。
- （1969）。《日本統治下の樺太（「外地法制誌」第七部）》。東京：条約局法規課。
- 安平政吉（1940a）。〈臺灣高砂族の犯罪と刑罰（一）バイワン族の刑事舊慣習と、その非行制裁〉，《臺法月報》，34卷2號，頁1-21。
- （1940b）。〈臺灣高砂族の犯罪と刑罰（二）タイヤル族の刑事舊慣と、現在の非行制裁〉，《臺法月報》，34卷3號，頁4-29。
- （1940c）。〈臺灣高砂族の犯罪と刑罰（三）サイセット族の刑事舊慣と、現在の非行制裁〉，《臺法月報》，34卷4號，頁3-18。
- （1940d）。〈臺灣高砂族の犯罪と刑罰（四）ブヌン族の刑事舊慣習と、其の現在の非行制裁〉，《臺法月報》，34卷6號，頁1-24。
- （1940e）。〈臺灣高砂族の犯罪と刑罰（五）ツオウ族の刑事舊慣と、現在の非行制裁〉，《臺法月報》，34卷7號，頁1-19。
- 安井勝次（1907）。〈生蕃人の國法上の地位に就て〉，《台灣慣習記事》，7卷1號，頁1-27。
- 佐藤幸治（1998）。〈自由の法秩序〉，佐藤幸治、初宿正典、大石真編，《憲法五十年の展望 II 自由と秩序》，頁1-77。東京：有斐閣。
- 国立公文書館（1895）。《御署名原本・明治二十八年・条約五月十日・日清両国媾和条約及別約》，アジア歴史資料センター（JACAR），Ref. A03020213100。載於アジア歴史資料センター網站 <http://www.jacar.go.jp>（最後瀏覽日：05/15/2010）。
- 岡野才太郎（1906）。〈生蕃人の國法上の地位〉，《台灣慣習記事》，6卷11號，頁1-13。
- 近藤正己（1996）。《総力戦と台湾 日本植民地崩壊の研究》。東京：刀水書房。

- 鈴木作太郎 (1988)。《台灣の蕃族研究》，復刻版。台北：南天 (1932 年初版)。
- 持地六三郎 (1995)。〈持地參事官ノ蕃政問題ニ關スル意見〉，臺灣總督府警務局編，《理蕃誌稿 第一卷》，復刻版，頁 181-228。台北：南天 (1918 年台北初版)。
- 宮本延人 (1985)。《台湾の原住民族——回想・私の民族学調査》。東京：六興。
- 宮尾五郎 (1938)。〈高砂族の犯罪と防犯〉，《臺灣警察時報》，269 號，頁 25-35。
- 家永三郎 (1967)。《日本近代憲法思想史研究》。東京：岩波書店。
- 高田敏 (1982)。〈戦後わが国における「法治主義と法の支配」論争—序説〉，覺道豊治等編，《法と政治の現代的課題：大阪大学法学部創立三十年周年記念論文集》，頁 51-82。大阪：大阪大学法学部。
- (1992)。〈第 50 講 法治主義〉，日本近代法制史研究会編，《日本近代法 120 講》，頁 120-122。京都：日本近代法制史研究会。
- 高雄州警務部編 (1922)。《高雄州警察法規》。高雄：高雄警務部。
- 園部敏 (1943)。《行政法概論—特に臺灣行政法規を顧慮して》，改訂版。台北：臺灣出版文化。
- 臺中州警務部編 (1930)。《臺中州警察法規》。台北：臺中州警務部。
- 臺北州警務部編 (1930)。《臺北州警察法規 (上)》。台北：臺北州警務部。
- 臺北州知事官房文書課編 (1931)。《臺北州令規類纂 (上卷)》，第一輯，總規。東京：帝國地方行政學會。
- 臺東廳警務課編 (1923)。《臺東廳警察法規》。台北：臺東廳警務課。
- (1931)。《臺東廳警察法規》。台北：臺東廳警務課。
- 臺灣日日新報 (09/26/1897)，生蕃刑罰令に對する一説，2 版。
- (11/19/1899)。生蕃に刑法を適用すべき乎，2 版。
- (01/27/1900)。蕃人の控訴事件，4 版。
- (03/02/1900)。生蕃瀧浪の公判，2 版。

- (05/20/1902)。生蕃人死刑の宣告，2 版。
- (1911)。《蕃務警察法》，台北：臺灣日日新報。
- (04/26/1915)。瑞雲蕃山を掩ふ 觀喜に充てる歸順式 北勢蕃の本歸順，5 版。
- 臺灣總督府 (1896)。《臺灣總督府公文類纂》，明治 29 年 (06/07/1896)，乙種永久保存，第十三門殖產，撫墾，10、「土人ヲ殺害シタル生蕃人處分方臺中縣へ指令」。(政府檔案原本)。
- (1897a)。《臺灣總督府公文類纂》，明治 30 年 (08/01/1897)，十五年保存，第十三門殖產，撫墾，6、「加害生蕃人取押ノ際處分方憲兵司令官へ通達」。(政府檔案原本)。
- (1897b)。《臺灣總督府公文類纂》，明治 30 年 (06/01/1897)，十五年保存，第十三門殖產，撫墾，3、「兇行蕃人懲戒法等ニ付五指山署へ照會」。(政府檔案原本)。
- (1897c)。《臺灣總督府公文類纂》，明治 30 年 (07/30/1897)，乙種永久保存，第十一門警察及監獄，破獄逃走，31、「〔脱獄〕蕃人訊問澁滞ノ義ニ關シ軍務局〔長立見尚文ノ照會〕へ回答」。(政府檔案原本)。
- (1898)。《臺灣總督府公文類纂》，明治 31 年 (10/01/1898)，永久保存，第五門內務門殖產部，蕃人蕃地，28、「犯罪蕃人ノ判決謄本請求ノ件 (元臺南縣)」。(政府檔案原本)。
- (1899)。《臺灣總督府公文類纂》，明治 32 年 (01/12/1899)，甲種永久保存，第十六門司法，刑事，5、「內訓第一號蕃人ノ犯罪事件起訴ノ件」。(政府檔案原本)。
- (1902)。《臺灣總督府公文類纂》，明治 35 年 (03/01/1902)，十五年追加，第十六門司法，刑事，2、「指令第六六五號生蕃人ロンロン、サキスニ對スル被告事件起訴ノ件」。(政府檔案原本)。
- (1910a)。《臺灣總督府公文類纂》，明治 43 年 (05/07/1910)，永久保存，第五門地方，地方行政，12、「普通行政區域內ニ居住スル蕃人ニ對スル行政ニ關シ通達ノ件 (花蓮港廳長其外)」。(政府檔案原本)。

- (1910b)。《臺灣總督府公文類纂》，明治 43 年 (12/08/1910)，永久保存 (追加)，第三門警察，司法警察，5、「蕃人ノ即決處分ニ關シ通達」。(政府檔案原本)。
- (1912)。《臺灣總督府公文類纂》，大正元年 (1912/12/1912)，永久保存，第六門司法，誹訟，9、「生蕃人ニ對シ公正證書作成方花蓮港登記所書記請訓ニ對シ訓令報告 (覆審法院長)」。(政府檔案原本)。
- (1920)。《臺灣總督府公文類纂》，大正 9 年 (07/01/1920)，永久保存，第六門司法，刑事，4、「蕃人ノ犯罪事件ニ關シ内訓通達 (各法院檢察局)」。(政府檔案原本)。
- (1929)。《臺灣總督府公文類纂》，昭和 4 年 (07/01/1929)，甲種永久保存，冊號 11119、文號 34，官法 105、法 2317、「行政區域内定住蕃人犯罪事件起訴ニ關スル件」。(政府檔案原本)。
- (1938)。《臺灣總督府公文類纂》，昭和 13 年 (01/01/1938)，永久保存，第三門警務，蕃人蕃地，17、「高砂族自助會會則標準ニ關スル件、昭和十三年總警第一九一號の一括」。(政府檔案原本)。
- 臺灣總督府編 (1943)。《加除自在臺灣法令輯覽》。東京：帝國地方行政學會。
- 臺灣總督府蕃務本署調查課編 (1911)。《蕃務官吏必攜》。台北：臺灣日日新報社。
- 臺灣總督府警務局編 (1933)。《臺灣總督府警察沿革誌 第一編警察機關の構成》。台北：臺灣總督府警務局。
- (1934)。《臺灣總督府警察沿革誌 第三編警務事蹟編》。台北：臺灣總督府警務局。
- (1938)。《臺灣總督府警察沿革誌 第二編領臺以後の治安狀況 (上卷)》。台北：臺灣總督府警務局。
- (1941)。《臺灣警察法規》。東京：臺灣警察協會。
- (1942)。《臺灣總督府警察沿革誌 第二編領臺以後の治安狀況 (下卷)》。東京：臺灣總督府警務局。
- (1995a)。《理蕃誌稿 第一卷》，復刻版。台北：南天 (1918 年台北

初版)。

----- (1995b)。《理蕃誌稿 第二卷》，復刻版。台北：南天(1921年台北初版)。

----- (1995c)。《理蕃誌稿 第三卷》，復刻版。台北：南天(1932年初版)。

----- (1995d)。《理蕃誌稿 第四卷》，復刻版，台北：南天(1938年初版)。臺灣總督府警務局理蕃課編(1937)。《高砂族調查書 第三編》。台北：臺灣總督府警務局。

増田福太郎(1964)。《未開社会における法の成立》。京都：三和書房。

藤井乾助(1906)。〈生蕃人の國法上の地位〉，《台灣慣習記事》，6卷12號，頁1-28。

藤崎濟之助(1988)。《臺灣の蕃族》，復刻版。台北：南天(1930年東京初版)。

JACAR(アジア歴史資料センター)(1895)。《御署名原本・明治二十八年・条約五月十日・日清両国媾和条約及別約》，Ref. A03020213100。国立公文書館，載於アジア歴史資料センター網站 <http://www.jacar.go.jp> (最後瀏覽日：05/15/2010)。

----- (1931)。《自昭和5年1月～至昭和6年12月「來翰綴(陸普)第1部」》，Ref. C0100499640。防衛省防衛研究所，載於アジア歴史資料センター網站 <http://www.jacar.go.jp> (最後瀏覽日：05/15/2010)。

----- (1945)。〈朝鮮及台湾在住民政治処遇調査会二回總會ニ於ケル會議要録の10〉，《本邦内政関係雜纂／植民地関係 第五卷》，Ref. B02031290500。外務省外交史料館，載於アジア歴史資料センター網站 <http://www.jacar.go.jp/> (最後瀏覽日：05/15/2010)。

----- (1945)。〈台湾在住民政治処遇調査ニ関スル資料〉《本邦内政関係雜纂／植民地関係 第六卷》，Ref. B02031291200。外務省外交史料館，載於アジア歴史資料センター網站 <http://www.jacar.go.jp/> (最後瀏覽日：05/15/2010)。

----- (1994)。《1994年「日露交渉史(上卷)」》，Ref. B02130338400。外

務省外交史料館，載於アジア歴史資料センター網站
<http://www.jacar.go.jp>（最後瀏覽日：05/15/2010）。

衆議院議員選挙法中改正法律案委員会（1945）。《昭和 20 年 03 月 20 日議
事録》，載於帝国議会会議録システム網站 <http://teikokugikai-i.ndl.go.jp/>
（最後瀏覽日：05/15/2010）。

三、英文部分

*Treaty concerning the cession of the Russian Possessions in North America by
his Majesty the Emperor of all the Russians and the United States of
America.* Retrieved May 15, 2010, from the website of A century of
lawmaking for a new nation: U.S. Congressional documents and debates,
1774- 1875:

[http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=015/llsl015.d
b&recNum=572](http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=015/llsl015.d
b&recNum=572)

Treaty of Peace between the United States and Spain. Retrieved May 15, 2010,
from the website of The Avalon Project:
http://avalon.law.yale.edu/19th_century/sp1898.asp

Mountain Indigenous Peoples' Initial Encounter with Modern Law under the Japanese Rule in Taiwan: On the Criminal Sanctions

Tay-Sheng Wang^{*}

Abstract

At the beginning of Japanese rule on Taiwan, the Japanese colonialist rejected to apply the principle of rule by law to the “mountain” indigenous peoples on the ground that they were not “persons” in the law and not subjects of the Japanese Empire. According to an order issued in 1900, criminal defendants who were “mountain” indigenous peoples would not be prosecuted without the consent of the Governor-General of Taiwan. The criminal sanctions upon them therefore were not decided by the prosecutor, whose duty was to implement the law, but the Governor-General, who would take political needs into account. The governing affairs relating to “mountain” indigenous peoples were gradually decided by the police. After 1915, almost of “mountain” indigenous peoples had been conquered by the Japanese Empire and thus had become Japanese subjects; nevertheless, they still were not governed by the law, with the exception that those who inhabited in the “ordinary administrative area.” After an anti-government incident occurred in 1930, the Japanese authorities declared to gradually apply the law to “mountain” indigenous peoples for the purpose of assimilating them. That, however, was never carried out because the Japanese authorities left Taiwan in 1945 due to their failure in the World War II.

There were three patterns on the criminal sanctions imposed upon “mountain” indigenous peoples during the Japanese colonial period. The first pattern was to be decided by the law in the court. The number of the first one is

^{*} Distinguished Professor of Law, College of Law, National Taiwan University.
E-mail: tswang@ntu.edu.tw

quite small. The second pattern was to be disposed at discretion by the executive branch, that is, the police authorities. There were almost no regulations giving criterions for the disposition of the police. The third was to be decided by old customs with the approval of the police. The latter two in fact occupied the super-majority of them. It should be noted, however, that the disposition or approval of the police mentioned above had to a certain extent incorporated some elements in the modern criminal law. In sum, “mountain” indigenous peoples had already contacted the modern law under the Japanese rule, although the scope and degree of this contact were very limited.

Keywords: indigenous peoples, rule of law, modern law, customs, the police, criminal sanctions