

在法學與國家法中看見 原住民族法律*

王 泰 升**

要 目

- | | |
|----------------------------|------------------------------|
| 壹、確認原住民族法律之存在：與漢族法律並存 | 肆、戰後國家法及法學對原住民族法律的消極態度及晚近的調整 |
| 貳、原住民族法律之逐漸為外來政權所排斥：以平埔族為例 | 伍、採取法學化習慣、習慣法到習慣立法的路徑 |
| 參、日本國家法貶抑但仍部分採用原住民族法律 | 陸、結 論 |

DOI : 10.3966/102398202013090134001

* 本文的參考資料承蒙臺大法律學院林傳勝碩士生協助蒐集，特此誌謝。並感謝政大法學評論匿名審查人的指教，讓本文的立論更周延。

** 臺灣大學法律學院特聘教授，西雅圖華盛頓大學法學博士。

投稿日期：一〇一年八月十七日；接受刊登日期：一〇二年一月十七日

責任校對：阮玉婷

摘 要

若將「法律」定義為社會規範中，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，則如同漢族之有傳統中國法，臺灣原住民族亦有其自己的法律，亦即「原住民法」。原住民族中的平埔族的固有法律觀念，因其受清朝統治二百一十二年遭漢化之故，終告流失。另一群尚未受外族統治的高山族原住民族，則固有法律觀念一直維持到日治時期才開始面對改變的壓力。按日本殖民地統治當局對於高山族原住民族的民事、刑事、程序法等事項，均不遵行「法治」，而是由所謂的蕃務警察就個案而為裁決，以致住在普通行政區內的高山族原住民當中的少數人，有機會接觸現代意義法制。在這樣的國家法底下，原住民法被視為是「習慣」（或稱「舊慣」），而成為警察為個案裁斷時的選項之一。相對的，國民黨政權將中華民國法全面地施行於原住民族，但高山族原住民族對此迥異其固有法的現代意義法制頗為陌生，而中華民國法院也從未援引民法第一條來建構屬於原住民族的習慣法。一九九〇年代起，國家法才開始尊重原住民族的文化，但縱令二〇〇〇年代有不少顧及原住民族特有法律觀的立法，但在法律執行上仍有大落差。對此，本文提出「法學化習慣、習慣法到習慣立法」的路徑，期能本於原住民族法律傳統，形塑出對原住民族友善的民刑事法律，唯有如此「法治」才對其有實質意義。

關鍵詞：原住民族、平埔族、舊慣、習慣法、法學、立法

壹、確認原住民族法律之存在：與漢族法律並存

討論原住民族相關的法律議題時，常見的提問方式是，從外來的政權或現代型國家的法律，包括國際法和國內法，作為基準，探究其對原住民個人或原住民族整體，採取了哪些管理措施或對待方式，及其對原住民社會的影響。不過，若將前述問法中作為權力行使對象的原住民族，轉換成為發問的主體，則首先應追問的是原住民族自身，有哪一些自古流傳、於今仍被族內一般人普遍遵行的法律規範？然後，方探詢其與現代意義的法律體系應如何相容或融合。這才是晚近國際人權公約與思潮所主張之「透過法制化」，亦即經由國家法化（權利化）來保障原住民族生存與發展的真正意涵，也是建構「原住民族法學」所應同時著力的兩個側面：從國家法出發，以及從原住民法出發。¹

這樣的主張很可能遭人反問：「原住民族有法律嗎？」，而我的回答則是另一個反問：「您認為什麼是『法律』呢？」有鑑於臺灣的原住民族所欲對話的對象是當今在臺灣的國家法，所以就法律的定義亦求諸臺灣的法學界，蓋定義本無絕對的對錯，而應視討論之需要而採取合適者，故如美國等國外學者的定義方式姑且略掉不談。在臺灣向來有一種定義方式是，限於現代型國家以強制力加以執行的規範方為法律。²倘若採此定義，則在一八九五年日本國將現代意義法律體系帶入臺灣之前，包括清朝統治時期（一六八三年

¹ 關於國際上「透過法制化」的主張，以及應作為一個研究領域的「原住民族法學」，參見蔡志偉（Awi Mona），從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展，國立臺灣大學法學論叢，40卷特刊，頁1509、1516，2011年10月。

² 臺灣的法學界所出版的法學概論書籍，為了能介紹或詮釋現代意義的法制，就法律之定義，經常以國家的強制力為必要。例如參見鄭玉波著、黃宗樂修訂，法學緒論，頁5，1999年修訂新版；陳麗娟，法學緒論，頁5，2000年。

至一八九五年），臺灣都不存在著法律規範，這將使得對臺灣人民法律生活經驗的探究，僅限於十九世紀末迄今，不符合具有貫時性的法學研究所需。況且本文所關注的議題之一是國家與非屬國家的群體之間的互動關係，為了平等地看待兩者，在下定義時，宜承認兩者都可能擁有法律規範，而非獨厚一方。是以，在此擬採取觀察範圍較廣的定義方式，亦即：法律（亦可稱為「法」）是人類共同生活（族群、部落、國家等）中，為形成秩序、維繫和平（解決紛爭）、實現自由，可透過權威機關之強制力所實施的規範。³簡言之，法律規範係指，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。按作為社會規範的一種，法律規範與其他社會規範之差別即在於：社會公認權威將以強制力確保該規範之被遵守。

以上揭定義為準，臺灣這塊土地上於今所知最早的主人，也就是屬於南島民族之一的臺灣原住民族，擁有其自己的法律，可簡稱為「原住民法」。臺灣原住民族是以口傳，而非文字記載的方式，表徵及傳遞前述定義下的法律規範，故其過去存在著什麼樣的法律內容，於今反而需靠他族，例如荷蘭人等西方人或來臺的漢人，因接觸原住民族而以文字史料所做的報導。⁴尤其是二十世紀前期日本統治者，曾觀察那些在此之前不曾遭外族統治，故尚維持其固有社會規範的原住民族部落，並以文字記載這些口傳式法律規範的內

³ 參見李太正等，法學入門，頁5-16，2003年5版，此部分由顏厥安撰寫；莊柏毅、黃英哲，法學入門，頁3-5，2006年。

⁴ 這些報導仍屬「他族的觀察」，是否存在著偏見或誤解，仍可再探究。在此所稱原住民族法律是指各族共通的法律概念，其具體內容可能並不全然一致，就像中國歷朝法律也不全然一致但總稱為「傳統中國法」、歐陸法系國家的法律亦有其個別差異性。參見王泰升，台灣法律史概論，頁19-20、35、102，2012年4版。

容。⁵不過，這些來自外族的記載，不論從觀察所及的範圍或觀察者所持的角度，都可能有再質疑的空間，合先說明。

根據這些他族的報導，原住民族法律的思想淵源是「崇祖」觀念，認為祖先流傳下來者，即具有存在的合理性與正當性，且相信祖靈或神靈依然與族人共同生活在一起。若違反固有習俗、禁忌等，則祖靈必降災禍，故須探求祖靈的意志，祈求祖靈的冥護。⁶從今天的觀點，各個民族的文化經常是源自特定土地的自然條件，以維繫共同生活之秩序為任務的法律規範亦然。世代居住於臺灣山林原野的原住民族，在生活條件缺乏變化的情況下，遵循著由經驗累積而來的慣例行事，乃穩當的生存之道，故在文化論述上出現祖靈或神靈，以訓誡族人遵守既存規範；這些規範若由社會所公認的權威以強制力貫徹之，即相當於今天所稱／所定義的法律規範。

某些原住民族之社會規範實際上相當於今之法律規範，可以下舉諸多事例加以說明。就存在著社會公認的政治權威而言，多數部

⁵ 日本在臺殖民統治當局於1909年完成對臺灣漢人所為的固有（舊有）習慣的調查之後，即開始對時稱「蕃人」的高山族原住民族進行固有（舊有）習慣的調查。故同年於「臨時臺灣舊慣調查會」第一部下增設「蕃族科」。蕃族科其後分別出版了《臨時臺灣舊慣調查會第一部蕃族調查報告書》（1913年至1921年，共8冊）、《臨時臺灣舊慣調查會第一部蕃族慣習調查報告書》（1921年至1922年，共8冊），以及《臺灣蕃族慣習研究》（1921年，共8冊）。前兩者調查原住民族的語言、風俗習慣、祭典儀式等，偏向人類學的研究方法；後者《臺灣蕃族慣習研究》則是根據前兩者的調查結果，以法學的方法所編纂完成。參見王泰升，殖民現代性法學：日本殖民統治下台灣現代法學知識的發展（1895-1945），政大法學評論，130期，頁199-255，2012年12月。至日治晚期，另有一份由受過法律學訓練的日本人學者所做的調查，其屬於法學性質的論述相當多，參見增田福太郎，未開社會における法の成立，頁1-268，1964年。

⁶ 參見張勝彥等，台灣開發史，頁24-26，1996年；王泰升主持，台灣原住民的法律地位，頁149-150，1997年。

落設有頭目，其權力因族而異，大多只是較受尊敬而為協調工作，少數如排灣族、魯凱族則擁有徵稅的權力，而其產生有由族人推選，有依世襲者，縱令屬母系氏族社會，亦大多由男子出任。不過，年長者累積了最多生存所需的傳統知識，故「長老會議」擁有極大的權力，未設頭目者即由其對外代表，就算採專制世襲的頭目制，長老仍具影響力。然關係最重大的事項，應由「族人會議」決定，即令是排灣族的頭目，也不能違反族人會議的決議。依據既存的規範，產生了如上所述的政治權威，並使社會一般人因而服從該權威所做的裁斷，則這些規範實際上相當於今所稱有關「憲政體制」的法律規範。⁷

被報導人稱為「固有習俗、禁忌」之原住民族文化中的規範，是否存有「制裁」以發揮其強制性的力量呢？據報導，違反者可能遭到如下的處置：死刑、逐出族外、絕交除名、林野間獨居數年或數月再返家、毀肢或鞭打、斥責、交付贖金等等。這些處置乃是給予違反規範者一定的懲罰，例如逐出族外，在一個生活各方面都需靠集體力量支援的社會裡，被迫到不熟悉之處憑一己之力生存，當然非常痛苦，就好比漢族法律傳統中的「流刑」一樣，絕不像現代人移居外地那樣稀鬆平常。不過，原住民族對於族內或部落內的殺人行為，主要以財物賠償為主，極少處以死刑。處於這個文化體的人又相信，違反禁忌者將受「冥罰」，如早死或生病、所生小孩四肢不全或夭折、全家死光、甚或整個氏族衰敗。因此須於災禍降臨前，依特定儀式來排除，例如殺豬後以豬血為違反者淨身，或由女巫向神靈祈禱。另有所謂「共食」的作法，由加害人提供酒或肉，

⁷ 參見王泰升，同註4，頁21-22；張勝彥等，同前註，頁19、21-22；王泰升主持，同前註，頁158-162。

由被害人及其親屬或族內一般人共同飲用，以為整個群體消災。⁸這些心理層面的壓力，無疑將強化這些堪稱法律規範者之強制性。

如果說上述規範相當於今所稱「刑法」，那麼也有相當於今所稱「民法」者。原住民族社會中，對於誰擁有或者說可使用哪一些自然資源，自有一套社會成員應共同遵守的規範。例如，依某些族的認知，當發現樹上有蜜蜂巢而欲待其成熟後始採收時，可結一個茅草，將其尖端對準蜂巢，以表示已是有主物了。各氏族的領域界線，可能是以小溪等為界，若無自然狀態的界線，則經彼此協議訂出人為界線。在某些族的社會裡，關於耕地的界線，是以矗立樹幹，並在石頭上披上草來做記號，且認為凡侵越此界線者將會「病死」。⁹今之臺灣國家法就所有權之表徵，不動產以登記、動產以占有為之，但這只不過是來自近代西方的一種制度性安排或設計。至少在漢族法律傳統上，就今所稱「不動產」，即不是以今之「登記」作為表徵其擁有的方式。¹⁰為什麼原住民族不能善用其生存環境，而發展出以例如「結一個茅草，將其尖端對準標的物」的方式，表徵特定人已擁有該物呢？若在特定社會中的人們都接受此一規範之拘束，則其當然可稱為是法律規範。同樣的，平埔族常被指為係「母系社會」，因其男女結婚後，女子仍住娘家，男子則「夜來晨出」或者移歸女家。高山族中阿美族、卑南族，亦屬母系社會，財產及家系由母女相承，惟公共事務仍由男子負責；其他如賽夏族、布農族、鄒族，則屬父系氏族社會。¹¹凡此，皆是與今之國

⁸ 參見增田福太郎，同註5，頁216-228、255-261。

⁹ 參見增田福太郎，同註5，頁187-189。

¹⁰ 例如臺灣在清治時期有所謂的「一田二主」，縱令作為業戶的大租戶在官方為徵稅而設的清冊中有登載，被一般人認為是業主的小租戶也未登載於官方清冊上。嚴格來講，以證明私權為目的的登記制度是不存在於帝制中國的。

¹¹ 參見張勝彥等，同註6，頁18-22。

家法所稱「親屬繼承」事項相關的法律規範。

就某人應否受處罰、某種財產或身分應歸於何人有爭議時，原住民族亦有其解決的方式，若該方式被眾人認為是正當的、應受其拘束，那就是相當於今所稱「程序法」的法律規範了。有紛爭解決時，通常會由頭目居中促請雙方讓步以彌平爭執，然對事實之發生各執一詞、利益衝突而無法獲得一致共識的情形不免存在，此時即須由政治權威介入，做成裁斷。關於事實之證明何者為真，可能要求當事者宣誓，即表示「若吾錯，願受某種不幸」，或進行報導人所稱之「神判」，亦即首（級）狩審、狩獵審、角力審，按祖靈或神靈對是非曲直作出判斷後，將透過這些方法顯現給族人知悉，例如幫助說實話的人狩獵成功或角力得勝。¹²或許從知識已更豐富的今天來看這些傳統的作法，會覺得不合「理性」，但是今之所謂「理性」其實需要一整套成本甚高的現代法院的支撐，沒有或不願使用這套機制的社會，為了維繫秩序，不能不以一種社會成員都認可的方式來終結爭端，此所以上述這些解決紛爭的規則必須存在。總之，以怎樣的程序性規範來解決紛爭較為妥當，永遠是可以爭辯的，但原住民族就此確實是有其自己的法律規範。

依據一份由任職檢察官者在非正式的情形下所為的報導，¹³這套原住民族法律迄今仍然運作中。依居住於今屏東縣瑪家鄉魯凱族老部落的長者表示，他們部落沒有形成文字的法律，只有大家口耳相傳、形成共識的一些規範，違反了這些規範會受到族人共同的排斥，也會有長輩出來處理糾紛，如果是更大的罪，例如通姦、竊盜、過失致死等，就會遭到隔離，讓犯錯者去反省。所謂隔離是

¹² 參見王泰升主持，同註6，頁164。

¹³ 陳鈺銘檢察官於2003年7月9日，將其拜訪魯凱族舊好茶部落的見聞記錄下來，做成一份報導後與朋友分享，筆者因而擁有此文。

指，犯錯者會自己或由家屬將其送到叫「巴茨格魯」的場所，意思是庇護所，由一個世襲的家族所掌管，以防止被害人方為報復行為。然後族裡的長老會到這裡開會，決定此人是否有錯、該如何處置。若決定隔離，就會將犯錯者送到一處隔離的地點，這裡有屋有良田以及作物收成前的糧食，但必須一個人在那獨自生活，不能和族人往來。等過了一段時日，犯錯者覺得受不了，且有收成及狩獵所得，可以提出來作為賠償請求原諒，就會回到「巴茨格魯」透過他們表達懺悔之意，然後還需有一個長老會議，決定部落要重新接受，此人才可備好賠償之物回來族裡。但回來之後社會地位便下降，其家屬也因此受貶抑，若沒有將功贖罪來提升地位，甚至會影響其子女的擇偶。據此，我們可以看到，作為社會公認權威的長老會議在運作一套法律體系，當中甚至有一個專門的執法機構：「巴茨格魯」。

其實，漢族的固有傳統中，跟原住民族一樣欠缺現代意義的國家，如果必須有現代國家這樣的執法機構才能謂有法律存在，那麼漢族原本亦無法律。惟向來皆稱漢族固有法律為「傳統中國法」（亦有稱「帝制中國法」），或因其有別於現代法而稱「漢族（華人）法律傳統（Chinese legal traditions）」，則原住民族亦應有其「原住民法」，或同樣因其有別於現代法而稱「原住民族法律傳統」或「傳統規範」。固然漢族不同於原住民族之原僅係口傳法，而擁有為帝制統治而被書寫下來（成文的）、從秦律到清律的這些官府規定，但許多未被書寫下來（不成文）的民間習慣，還是在其法律生活中扮演重要角色。同樣的，漢族就某人應否受處罰、某種財產或身分應歸於何人有爭議時，也有一套不同於來自近代西方之現代意義司法體系的處理流程。¹⁴總之，猶如以農耕定居為主的漢

¹⁴ 漢族法律文明中的官府規定（國法），雖為帝國中央集權統治之需而成文，

族形塑出自身的法律，在臺灣利用各種原野資源、從事農漁獵的原住民族亦發展出適合其生存的法律。

貳、原住民族法律之逐漸為外來政權所排斥： 以平埔族為例

臺灣原住民族當中，屬於平埔族者的固有法律體系首先遭到外族破壞。一六二四年來自前近代西方世界的荷蘭東印度東公司，在臺灣西部的平原地帶建立其殖民地政權，並統治一部分原住民族，亦即今天基於特定歷史經驗而非地域或種族屬性而稱的「平埔族」。¹⁵平埔族因此開始接觸以西方的國家主權觀念為基礎的荷蘭法律及司法權威，亦即由西方法律文明所發展出、職司根據具普遍適用性的規則而為裁判的「法院」（不屬原住民族或漢族的法律傳

但仍是「非規則型」來運作，亦即沒有必然的普遍適用性。從而，此案如此處理，不保證相似的下一案亦如此處理，而是可權變、衡情酌理地決定是否依從先前之例。官府規定只是官員為個案審斷時的重要參考準則之一，也有可能同時參酌民間習慣或情理而為決定。作為一般人公認的執法權威，除了皇帝和朝廷官員之外，還可能是社群或宗族領袖，由其依民間習慣或情理做成裁斷。參見王泰升，同註4，頁44-51。

¹⁵ 「平埔族」是相對於「高山族」的稱呼。前者指稱原住民族當中，居住在平原地帶且遭到荷蘭、鄭家、清朝統治的族群；後者則指稱沒有前述歷史經驗，居住於高山或平原且較晚近才遭日本、國民黨政權相繼統治的族群。兩者雖同屬原住民族，但因歷史遭遇有別而有區分意義。此一區分就類似同屬移居臺灣的漢族，曾受荷蘭、鄭家、清朝、日本統治者稱為「本省」族群（其可再依語言而分福佬、客家兩族群），沒有前述歷史經驗、但於二次大戰後之初因國民黨政權治臺而移入者稱為「外省」族群（其實內含極少數之非漢族之人）。這些區分對於解釋臺灣歷史發展經過，是具有意義的，但是未來是否維持這些分類，則視有無必要而定。在討論戰後臺灣的法律規定時，如果沒有區分平埔族和高山族的必要時，直接使用「原住民族」即可。

統，但當時尚無後來獨立於行政之外為司法審判的制度）。當時的荷蘭統治當局已曾審理涉及原住民的重大案件，或者以其他方式宣示司法主權，例如荷蘭統治當局曾派遣軍隊至發生長老遭族人殺害的原住民族村社，找出兇手後交由諸村長老聯合會審後定罪執行。然而，在原住民族村社內的一般紛爭或犯罪，則由村社長老與公司所指派的政務員（曾由牧師兼任）處理。是以紛爭解決或犯罪與否的判斷基準，固然可適用荷蘭法律，但原住民族固有法律觀及其法律規範可能仍相當程度被尊重。¹⁶且當時臺灣多數的原住民族，未遭荷蘭統治，故當然維持其固有的法律生活方式。

受荷蘭統治的平埔族繼續為屬於漢族政權的鄭氏家族所統治。鄭氏政權要求原受荷蘭統治的原住民族村社歸順之，且沿用荷蘭舊制，設立土官使自治之，但基於漢族中心的所謂「華夷之辨」，將已受漢化者稱為「民」，未受漢化者為「土番」，首度出現意味著漢族優越於原住民族的「民」與「番」之別。且所謂的「屯田制」，經常就以軍隊的優勢侵奪原住民族土地，並將原住民族的反抗稱為「番害」，為此而於漢人與原住民居住地交界處，設立土牛，派兵防守；換言之，原住民族被在臺漢人政權區分為：一、受其統治但允許自治和二、不受其統治等兩類。又，鄭氏政權志在逐鹿中原，對於拓展對原住民族的統治沒什麼興趣，故整體上與荷治時期相似，原住民族固有法律體系僅受到相當有限的干擾。¹⁷

平埔族人法律觀念整個被轉化成漢族法律觀，乃受清朝統治二百一十二年之故。從漢族眼光原屬「化外」夷人的滿族，進入漢族

¹⁶ 參見江樹生譯註，熱蘭遮城日誌，第二冊，頁424，2002年；鄭維中，荷蘭時代的台灣社會：自然法的難題與文明化的歷程，頁78-83，2004年；王泰升、薛化元、黃世杰編，追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究，頁14-15，2006年。

¹⁷ 詳見王泰升，同註4，頁29-31。

居住地（入關）而建立了清朝，為建立其統治漢族的正當性，乃基於漢族文化觀而自命為中原天朝。當清朝於一六八三年以武力降服在臺的鄭氏政權後，即承襲鄭氏基於漢族觀點所採取的原住民族統治措施。亦即，其繼續統治原有或清治後始移入的在臺漢人，這些人才是「民人」，而未接受漢文化的原住民族則因「化外」而被稱為「番」。清朝對於在荷鄭兩時代已與漢族移民接觸而部分漢化的平埔族，一方面繼續統治之，另一方面稱之為「熟番」（意指較成熟的番人），採取不同於民人（漢人）的統治方式；而一直未遭外族統治的原住民族，則同樣不予統治，且視之為毫無文化可言的「生番」。

清朝相關的官府規定，清楚地表現此項態度。清朝戶律婚姻門「嫁娶為律主婚人罪」條所附之「例」，曾載明：「福建臺灣地方民人，不得與番人結親，違者離異，民人照違（筆者註：比照違反該條而予以處罰）。……其從前已娶生有子嗣者，即安置本地為民，不准往來番社，……」此處的「番」即指清朝統治下的熟番，不准民人與之通婚，之前已因通婚所生之子亦不得受熟番風俗影響，其禁止通婚的態度有甚於對待湖南省民人與苗人的通婚。¹⁸再者，清朝兵律關津門「私出外境及違禁下海」條曾有「例」表示：「凡民人偷越定界，私入臺灣番境者，杖一百……」，同條另一「例」又曰：「……有散髮改裝，擅娶生番婦女情事……其僅擅娶生番婦女，並無散髮改裝情事者……」。於「兵部處分則例」亦謂：「臺灣……，生番熟番分界，勒石界以外，聽生番採補。如姦民越界……擅出界外者……」。¹⁹據此可知，生番居住地已屬清朝

¹⁸ 就此一定例，光緒元年（1875）大臣沈葆楨奏准刪除。參見薛允升著，黃靜嘉編校，讀例存疑重刊本，第二冊，頁314，1970年。

¹⁹ 「凡民人偷越定界，私入臺灣番境者，杖一百……」之例，光緒元年（1875）大

不予統治的疆界外，民人若越界就要受罰，與生番通婚亦罰，若改從原住民族習俗則罰更重，一貫地表露歧視原住民族文化的態度。至於區分民人與熟番的界內與生番的界外者，乃一七二二年的土牛線，惟一七九〇年將界線往接近山地之處移動，擴張了清朝統治範圍，亦即民人與熟番生活空間；不過漢民以熟番為前鋒繼續向山地越界侵墾，一八八六年劉銘傳設隘之一線，可說是清治時期最後生番與熟番（及漢民）之分界。²⁰從結果論，因清朝「不屑」統治之故，非平埔族的原住民族反而得以維持其固有的法律生活方式。

受清朝統治的平埔族，則一步一步失去其自治的地位，漸次失去其固有的法律生活方式。清朝政府如同在中國內地般以縣或廳作為最底層行政單位，治理在臺漢人（民人），但對於平埔族（熟番），則將其劃分為各「社」，不但沿襲荷鄭時期之設置土官（長老），使其自治，尚設有辦納番餉及科差役的通事，其實際權力凌駕於土官之上。復於一七六五年，設置南北兩路理番同知，專管轄下縣及廳境內的番社，且理番同知屬「直隸廳」不受府之管轄，亦即漢番分治（因府僅能管轄治理漢人的縣或廳）。惟一八一二年新設噶瑪蘭廳之通判，兼理漢民及廳下熟番，打破了徹底分治態勢。迨一八七五年，北路理番同知改為中路理番同知，移到新設的埔里社廳，南路理番同知改為南路撫民理番同知，移置於新設的卑南廳，更重要的是管轄熟番的這兩個廳已分別隸屬於府了。至一八八八年再改制，將番社事務歸一般的縣或廳辦理，裁撤理番同知，廢熟番社之通事，此意味著將平埔族人與漢人同等視之。又，清朝官府歸類為熟番的實際上基準是：編入版籍、納糧（即繳稅）、應差

臣沈葆楨奏准刪除。參見薛允升著，黃靜嘉編校，讀例存疑重刊本，第三冊，頁505、520，1970年。

²⁰ 參見王泰升，同註4，頁57。

（即服勞役）；但清治末期劉銘傳整理屯務時，曾將熟番「編籍為民」，使同於民人。這樣的制度上改變，意味著經逾兩百年的統治後，清朝政府認為平埔族人與漢人的差異性逐漸泯沒，包括其法律生活方式已再不具有特殊性。宜注意的是，不在版圖內的生番當中，也有向清朝政府納糧者被稱為「歸化生番」，且生番可能嗣後成為熟番，熟番亦可能復歸生番，故兩者之區分有其模糊空間存在。²¹雖於今仍無法從平埔族人留下的史料證明其固有法律生活已改變，但從清朝相對所採的統治方式，可推定平埔族原有的原住民族法律傳統已因漢化而消逝，不過從清朝認為熟番有復歸生番者，似乎某些平埔族仍欲維持其固有的生活方式。

直到清治晚期，清朝政府才嘗試將統治權擴及生番。一八七四年日本以生番地為清朝政令所不及，依國際法主張該地不在清帝國主權範圍內，而出兵攻打臺灣南部牡丹社等番社，清朝則從原本表示生番乃「化外之民」不對其行為負責，改變為自稱「生番地方本係中國轄境」，並欲「開山撫番」，亦即積極統治生番居住地，²²但似乎並沒有什麼具體的成效。在此情形下，非平埔族的原住民族仍得維持其固有生活方式，直到日本政權的到來。

參、日本國家法貶抑但仍部分採用原住民族法律

日本在明治維新後不久採取了來自近代西方的現代意義法制，其於一八九五年領有臺灣之時，即準據這套有別於傳統中國法或原住民法的法律規範體系，展開對臺灣人民的殖民地統治。²³現代法

²¹ 參見王泰升，同註4，頁57-58。

²² 其詳，參見王泰升，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，國立臺灣大學法學論叢，40卷1期，頁12-14，2011年3月。

²³ 參見王泰升，同註4，頁109-112。

制的特色之一就是主權國家壟斷了法律規範的制定權力，存在於社會（民族或社群）中的規範，若未被國家實證法（**positive law**，簡稱「國家法」）所接納，則不能得到國家機關以強制力來確保其之被遵守，只能靠社會成員自發地或在社會壓力底下的遵行。且作為日本繼受來源的歐陸國家法係以立法機關所制定的法律，亦即「制定法」（**statute**）作為國家法形式意義上的法源，有別於英美法系國家承認由法院在裁判中所形成的「普通法」（**common law**）亦為國家法的法源。因此，日本統治下臺灣的原住民族或漢族固有的法律規範能否成為現代型國家法律的一部分，就必須看國家立法機關是否願意接納之；若不被接納，則將成為以社會共識、而非以立法程序為其規範效力基礎的「習慣規範」。

為了對照出日本國家法律對待原住民族法律的方式，必須先交代其係如何對待當時被稱為「臺灣人」（國家法稱「本島人」）之在臺漢人及已被漢化的平埔族人固有的法律規範。依日本在臺憲政體制之規定（即所謂的「六三法」等），臺灣總督所發布之律令的效力相當於經帝國議會協贊的制定法，²⁴而至一九二二年年年底為止的日治前期，律令（例如「台灣民事令」等）規定：僅涉及臺灣人的民事事項「依舊慣」。按此時國家法中的制定法已明文規定，臺灣人在舊時代即有之法律規範就是於今國家法上的「舊慣」，並以之作為處理臺灣人民民事事項的法律規範。²⁵基於這項「依舊慣」的規定而欲決定個案的法律關係時，司法或行政機關須「發現」臺灣人社會中，普遍被認為應被遵守方足以維繫既有秩序的「法規」，

²⁴ 參見王泰升，同註4，頁130。

²⁵ 1898年律令第8號「有關民事商事及刑事律令」、同年律令第9號「有關民事商事及刑事律令施行規則」，以及1908年「台灣民事令」（律令）的條文規定及其意涵，參見王泰升，同註4，頁278。

以之作為法律適用之邏輯三段論法上的「大前提」；再認定個案中的事實確已該當此一法規的構成要件，以作為「小前提」；進而以此一法規的法律效果作為「結論」，亦即法律判斷的結果。²⁶這些「法規」即是現代意義法學所稱的「習慣法」。²⁷換言之，之前不以現代型國家強制力為要素而定義的「漢族法律規範」，在現代型國家法律體系中僅僅被視為習慣規範（日文漢字通常用「慣習」兩字），但日治前期國家法卻以具有與制定法同一之效力的法條，賦予這些習慣規範具有國家法上的法律效力（以規範人民的權利義務，亦即時稱的「立法事項」），故其已提升至「習慣法」的地位。不過，也僅僅限於民事事項是如此，就刑事事項、程序法事項、行政法事項等，漢族固有法律規範仍只是習慣規範爾。到了日治後期（一九二三年至日治結束），制定法再限縮到只剩僅涉及臺灣人的親屬繼承事項以及祭祀公業，才賦予相關的習慣規範（原漢族法律）具有國家民事法上效力。²⁸

正因在國家民事法上，有認定什麼是臺灣人（含福佬人、客家人、平埔族人）舊慣的需求，在法學上乃發展出「舊慣法學」，闡釋性質上即是在臺漢人固有法律規範的「舊慣」的內涵。按除了國家特別設置專責機關進行調查，並出版著名的《臺灣私法》六冊以及《臺灣私法附錄參考書》七冊外，司法人員及辯護士等亦在期刊

²⁶ 關於歐陸法系國家就法律適用所操作的邏輯三段論法，參見王澤鑑，法律思維與民法實例，頁240-243，1999年。

²⁷ 參見同前註，頁241；鄭玉山，民事習慣在司法實務上之運用，載：法律史與民事司法實務，頁64-65、69，2005年。

²⁸ 在此所謂「制定法」是指1922年敕令第407號第5條、第15條所規定之臺灣人親屬繼承、祭祀公業「依習慣」，該敕令經1921年法律第3號（俗稱「法三號」）的授權，就施行於臺灣的法律（例如日本民法）得設特例，故關於此等特例之條文，具有與立法機關所通過的法律同一之效力。參見王泰升，同註4，頁130、282。

上熱烈討論舊慣相關的法律議題。由於日本所繼受的歐陸法系向來是以成文法典作為民事法源，且為增加國家法之明確性、可預測性，故臺灣總督府在法學者岡松參太郎等的協助下，於一九一四年完成了將司法機關所認定的臺灣人習慣法，以及歐陸日本等國現代型民法典融為一爐的臺灣民事法典。如果這項被稱為「舊慣立法」的法案能通過且施行，等於是直接以具有臺灣人習慣，實即固有法律規範之內涵的成文法條，作為法律適用時邏輯三段論法上的「大前提」，亦即在現代法制架構下，以在地人的法律觀念規範在地人的法律生活。然而，從日本國族主義的立場，讓臺灣人依從日本民法典方有助於同化為日本人，是以前述舊慣立法被拒絕，而是自一九二三年起令臺灣人民事財產法事項適用日本民法典，僅臺灣人親屬繼承事項或祭祀公業可適用臺灣人習慣法。²⁹

直到日本政權到來方被外族統治之曾被漢人與清朝稱為「生番」、被日本政權稱為「蕃人」或「高砂族」的「高山族原住民族」，³⁰在國家法上受到與原屬同族的平埔族以及漢族移民不同的

²⁹ 其詳，參見王泰升，同註5；王泰升，具有歷史思維的法學：結合臺灣法律社會史與法律論證，頁176-205，2010年。

³⁰ 「高山族」一詞係1945年戰後國民黨政權接收臺灣後，主政的臺灣省行政長官公署所用以稱呼日治時期的「蕃地蕃人」（1945年時尚未將日治時期的「平地蕃人」納入此一群體中）。在1947年長官公署改制為省政府時，身為「高山族」原住民族制憲國民大會代表的南志信，向政府提議禁止使用「高山族」而改為「臺灣族」，亦即「臺灣土著民族」之意，但是臺灣省政府雖認為「高山族」乃日治時期受歧視同化而成，故同意不使用「高山族」，但卻改用「山地同胞」。之所以稱「同胞」乃認為其為中華民族（中國國族）一份子，不是獨立的民族，故不需民族的名稱，而「山地」則取其主要的居住地。參見曾文亮，戰後初期臺灣人群分類的調整及其法律效果：1945-1949，發表於「近代臺灣的經濟社會變遷：以臺日關係為中心」國際研討會，愛知大學東亞同文書院大學紀念センター、中央研究院臺灣史研究所主題計畫「戰後臺灣歷史的多元鑲嵌與主體創造」主辦，2012年8月4-5日，頁

對待。日本治臺初期即在法律論述上認為，對於高山族的統治不必適用現代意義法制，³¹故依明治憲政體制「法治」原則，須以制定法位階的規範來規制民事刑事等「法律保留事項」的要求，皆未延伸至有關高山族原住民族的法律事務。在日治時期國家法中，屬於制定法位階的法律規範，都只用以規範日本人、臺灣人等，而非高山族原住民。³²蓋對於高山族原住民族的民事、刑事、程序法等事項，均不必事先確立一套應普遍適用的法律規範體系，而是由所謂的理蕃警察就個案而為裁決；³³只有非住蕃地而是居住於普通行政區內的高山族原住民，才有機會因使用民事法院，或因刑事案件遭

16-17。於今關於稱呼的問題，「山地同胞」一詞已不為此一團體的人所接受，其主張應稱具有「係原本之主人」意涵的「原住民族」，國家法亦已從之。至於在原住民族內部宜否再區分為「高山族」與「平埔族」，以顯現兩者歷史境遇以致今之情狀均有所不同？筆者認為，相較於「番」或「蕃」字之具歧視意涵，以「高山」為族名或許仍有不能涵蓋居住於平原者之弊，但其字的本身似無歧視之意，於1947年時毋寧是因為太過接近日文漢字的「高砂」，而被認為有「同化為日本人」之意，並在當時去日本化的考量下認為不妥。然而，於今學界已肯認正視臺灣曾受日本統治半世紀的必要，筆者在無盲目「排日」的情緒下，仍然在「原住民族」一詞上面冠上「高山族」，以特定臺灣原住民族內部特定的一群：日治時期所稱之「蕃地蕃人」和「平地蕃人」，其意涵與1945年時行政長官公署所稱者不全然相同，且在某些情況下將稱「高山族原住民」。又，此項用語與今之中國將所有的臺灣原住民族稱為「高山族」，並視其為「少數民族」，當然有所不同。不過，如果未來沒有再區分平埔族和高山族之必要時，「高山族」一詞可僅僅留供歷史敘述之用即可，本文在討論臺灣現行法時係不加區分地直接稱「原住民族」。

³¹ 其詳，參見王泰升，同註22，頁24-47。

³² 例如臺灣總督府以律令規定「非蕃人」不論以何種名義，均不得占有以及為其他權利之目的使用蕃地，除非依特別規定經總督許可。參見王泰升，同註4，頁180。

³³ 從1903年之後，就將「蕃人蕃地」確立為警察系統專責事務。凡屬蕃人，不論居住於蕃地或普通行政區，均受到理蕃警察的特別統治。參見王泰升，同註4，頁162；參見王泰升，同註22，頁49-50。

檢察官起訴、刑事法院判刑，而接觸現代意義法制。³⁴

在這樣的國家法底下，高山族原住民族仍繼續保有之原住民法被視為是「習慣」（或稱「舊慣」），而成為警察為個案裁斷時的選項之一。此對有關高山族原住民族之法學知識的建構，有一定的影響。按正因為沒有找出「習慣法」以適用於個案的國家法上要求，故日本統治當局對高山族原住民族「習慣」進行調查時，不像對在臺漢族習慣之汲汲於探詢各種「法規」並發展出舊慣法學，而是更全面的探究原住民族的生活習俗及一般慣行，以在現代意義的「行政」上作為採取治理上各種措施的參考，或在現代意義的「司法」上據以認定犯罪或紛爭事件的案件事實，以及必要時以之為個案裁斷的依據，但終究未被具體轉化為可在現代法院裡操作之可普遍適用的法規範（即前述法律適用之邏輯三段論法上的「大前提」）。不過，如上所述，日本統治當局對高山族原住民的民、刑等各種法律事務，不預先在立法上明確決定是否一概（具有普遍性地）依日本現代式／西方式法律規範、或依原住民族固有法律規範，而是由屬於行政機關的理蕃警察依個案需要，就兩者擇一或在兩者之外另為創設。³⁵因此，若理蕃警察經常以被稱為「習慣」的原住民族法律為個案裁斷依據，則原住民族法律仍將具有一定的生命力，不像臺灣漢人及平埔族人之僅僅剩下民事事項（日治後期更

³⁴ 居住於普通行政區的高山族原住民，自1920年8月起關於其刑事訴訟案件之起訴與否，不必再如1900年內訓所要求的須經總督同意，則檢察官或進入審判程序後的法官，皆須依刑法斷案；且早在1912年，即有居住普通行政區的高山族原住民在法院做成公證，而適用了日本民法，按日本的刑法、民法皆屬現代法。不過，理蕃警察對居住普通行政區的高山族原住民，仍可能不適用刑法而為處斷。參見王泰升，同註22，頁50-52。

³⁵ 理蕃警察就高山族原住民之惡行如何制裁，已有專文討論，參見王泰升，同註22，頁1-98。

只剩親屬繼承祭祀公業爾)可依從固有法律規範。

在理蕃警察所為的個案裁斷中，於哪些情形下係準據被稱為「習慣」(或稱「舊慣」)的原住民族法律規範，並沒有一定的規則可循。在此僅就事關重大的殺人行為，舉例說明警察在怎樣的範圍內採用原住民族法律規範而為裁斷。單純的殺人行為若加害人與被害人屬於同一社，警察大多協調雙方依循社內的習慣規範解決，且遵從禁止社內之人互殺的禁忌。但若殺人行為發生於異社之間，警察經常依習慣規範處理但有所修正，例如不接受以原住民法中的「林野間獨居數年」作為制裁，但樂於接受原住民法中「贖財」的制裁方式，只不過可能將財物換為金錢，或許因其較接近現代刑法中的罰金吧；在少數已引發兩社間仇敵關係的案例裡，警察將加害人移送法院依現代法處理，此時原住民法即全無發揮餘地。如果該殺人行為，是基於原住民法中所認可的復仇或出草，此時警察並不依據原住民法而認為其為正當，故仍然加以處罰，且經常是混合著習慣上與現代式的刑罰，例如要求給付撫慰金給被害人遺族並加以拘禁。再者，若案件發生於高山族原住民與稱為「本島人」的漢人及平埔族人之間，以及與日本人之間，當加害人是高山族原住民、被害人為本島人或日本人時，通常不會準據高山族原住民習慣而為制裁；當加害人是本島人或日本人時，原本應依日本刑法處罰之，但經常因被害人是高山族原住民而準據其習慣來解決，例如令本島人或日本人的加害者交付幾百圓與豬、酒等予被害人家屬，此相當接近原住民法的制裁方式。³⁶

若與國家統治權威關係最密切的刑事制裁都能援引習慣規範了，則高山族原住民的民事事項更有習慣規範發揮的空間。按漢人

³⁶ 參見蔡桓文，國家法與原住民族習慣規範之衝突與解決，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁154-164，2007年。

與平埔族人的刑事事項原則上依日本現代式刑法處理，僅有極少數的漢族傳統的制裁方式（例如笞刑）曾被保留，但在民事事項則可依習慣法。總之，首度面對外族統治的高山族，仍在相當大的範圍內適用固有的法律規範／原住民法，雖然其亦在一定的程度內受到現代法的否定或修正，但相較之下歷經數外族統治、被漢化的平埔族，於日治時期在國法上已被視同漢族，故其原住民族法律傳統已告流失。

肆、戰後國家法及法學對原住民族法律的消極態度及晚近的調整

二次大戰後，國民黨政權（指稱從一九四五至二〇〇〇年在臺灣一黨專政的國民黨統治當局）帶入臺灣的另一個繼受自近代西方、具現代意義的中華民國法秩序，同樣由國家壟斷制定法律之權威。在此法秩序下，固有的漢族法律及原住民族法律都只能以「習慣」（法）的身分存在。戰後初期國民黨政權採取如同日治後期的內地延長政策，在加速強化中國國族認同的政策下，依據法治原則，將現代意義民刑事法施行於高山族原住民族，以致僅能被視為／稱為「習慣」的原住民法遭到幾乎全面性的排斥。蓋中華民國民法僅承認在「法律無明文規定」，亦即在包山包海、欲涵蓋所有日常法律關係的民法典上沒有規定的情形下，才可「依習慣」（參見民法第一條），此時方以「習慣法」作為法律適用之邏輯三段論法上的大前提，以補制定法關於「大前提」（即「法規」，或稱「法源」）之不足；此外，民法典中有少數條文將習慣納入其規定中，使習慣因法律之特別規定而有優先被適用的機會。³⁷刑法則全然不

³⁷ 中華民國民法典中，計有約40條的法律條文規定「另有習慣者，依其習

顧及習慣，各種行政法規亦鮮少將習慣納入其規定中。

在形式上與漢人一視同仁底下，高山族原住民承受較大的不利益。固然性質上屬現代法的中華民國、刑事法律及各種行政法規，乃是一概適用於在臺灣的漢人與高山族原住民，但以戰後初期而言，漢人及漢化的平埔族人已在日治時期因適用日本式現代法而較熟悉現代式法律，只需適應民國中國與戰前日本兩個國家法較細部的差異即可，³⁸高山族原住民則如前所述在日治時期對現代法仍相當陌生，故不免遭遇初次接觸時的不解或不適應。況且，中華民國法制內法規雖來自近代西歐，但係由以漢人為主的民國時代中國所制訂，故在以民國中國的需求為主之餘，還會顧及漢族法律傳統（例如在親屬繼承法方面），但高山族原住民所擁有的卻是與漢族不同的原住民族法律傳統。全面施行中華民國法制對高山族原住民族而言，須面對西歐、中國、漢族等三重外來性格的衝擊。又，經戰後數十年的發展，中華民國法院經由適用民法第一條，而將少數漢族固有習慣形塑成習慣法，例如關於祭祀公業、合會之國家法規範；相對的，迄今還看不到中華民國法院援引民法第一條來建構屬於原住民族的習慣法。按戰後與漢人同採法治原則只是一種形式平等，若所施行的法律本身不符合高山族原住民族的需要，則法治原則的採用可能實質上是意味著更大、更深的壓迫；其實高山

慣」，例如第68條、第207條、第314條等等，此時習慣係因成爲法律規定的一部分而發生規範上效力。在法律適用上，係該法律條文，而非習慣法，作爲邏輯三段論法上的大前提。參見王澤鑑，民法總則，頁62-64，2010年增訂版；施啓揚，民法總則，頁55-56，2000年9版；鄭玉山，同註27，頁64-65、98-99。

³⁸ 就日治時期臺灣人（種族上包括在臺漢人及平埔族人）與現代法的接觸歷程，及其戰後對中華民國法制內涵之並不陌生，已有專論，故不再重述，參見王泰升，台灣日治時期的法律改革，頁401-405，1999年。

族原住民族的法律生活是在國民黨政權，而非日本政權的統治下，遭到大幅度的改變，雖然「改變」與「壓迫」是否同義還有待探究。

國民黨政權某些延續日治時期不重視法治原則的作為，卻也對高山族原住民造成傷害。國民黨政權早於一九四八年即就日治時期的「蕃地」劃出一定的「山地保留地」，並循日治時期不採法治原則的作法，僅以「臺灣省各縣山地保留地管理辦法」等等為名稱之行政命令，而非以立法機關所制定之法律，來加以規範；在該等保留地上，被稱為「山地人民」的高山族原住民得享有農林地使用收益的權利，乃至所有權，惟其權利之轉讓受有一定之限制。³⁹然而，因涉及人民權利義務之事項，依法治原則底下的「法律保留原則」應以法律位階者規範之，故於司法個案，法院對於前揭有關保留地之行政命令的效力或承認或不承認，以致擁有該等權利的高山族原住民必須承受因立法怠惰所帶來的法的不安定。⁴⁰國家法對於原住民身分的規制亦延續日治時期作法，故自戰後之初即僅以行政命令為之；起初以「山地同胞」稱呼高山族原住民族，但在一九五六年透過「平地山胞」的認定標準，將簡稱為「山胞」者區分為「山地山胞」與「平地山胞」，且隔年允許日治時期被稱「熟番」者得以申請登記為平地山胞，雖實際上為該項登記者甚少。⁴¹至一

³⁹ 2002年時曾有一份屬法律位階的「原住民族保留地開發管理條例」草案被提出。相關行政命令之條文內容，詳見王泰升、楊志航、林佳陵，原住民保留地土地專屬法庭設置研究，頁18-35，2003年。

⁴⁰ 其詳，參見同前註，頁66。

⁴¹ 臺灣省政府1956年10月3日（肆伍）府民一字第109708號令訂定的「平地山胞認定標準」，即規定「凡日據時代居住平地行政區域內，其原戶口調查簿記載為『高山族』者，為平地山胞」。接著臺灣省政府1957年1月22日（肆陸）府民一字第128663號令表示，日治時期的戶籍簿種族欄記載為「熟」，於戰後繼續居住於平地行政區域者，經聲請登記後，可准予登記為「平地山

九九四年才將「山胞」改稱「原住民」；至二〇〇一年一月才公布

胞」。不過，當時在原住民族已遭污名化底下，這些「熟蕃」願意經由聲請登記而取得「平地山胞」身分者僅占少數。參見詹素娟，臺灣平埔族的身分認定與變遷（1895-1960）——以戶口制度與國勢調查的「種族」分類為中心，臺灣史研究，12卷2期，頁154-155、158，2005年12月。臺灣省政府於1957年3月11日函覆屏東縣政府時再次表示，日治時期「居住於平地，其種族為『熟』者，應認為『平地山胞』」。從臺灣法律史來看，日治時期國家法將平埔族（熟番）和高山族分別對待數十年後，戰後的國家法（中華民國法）轉而將平埔族和居住於「平地」的高山族同等視之。由於前述1956年的「山胞身分認定標準」要求居住於「平地」，亦即日治時期的普通行政區域者，須向當地鄉鎮市公所「申請為平地山胞之登記」，始具有「山胞」身分，故為使尚未聲請登記者也有機會取得「山胞」身分，曾分別於1957年、1959年、1963年，一再地准許於一定時限內「補辦登記」。甚至1991年的「山胞身分認定標準」第4條規定：「……平地山胞未及於登記時效期間內取得山胞身分者，得檢具足資證明本人具有山胞身分之文件，申請回復或取得山胞身分。」隔年修改該認定標準時，在條文上改以概括性的「其他原因……未取得山胞身分者」，取代原本具體規定「平地山胞未及於登記時效期間內取得山胞身分者」，但法律效果同樣是「得檢具足資證明本人具有山胞身分之文件，申請回復或取得山胞身分。」可見直到1990年代，該項作為身分認定要件之一的「申請為平地山胞之登記」，都是可以補辦的。於今關於平埔族人是否係國家法上原住民之爭議，行政院原民會曾於2003年5月30日函示，大部分的平埔族人「並未辦理登記，是以，並未取得原住民身分」。若從「申請為平地山胞之登記」乃是取得身分的要件之一而論此函示沒錯，但是一旦某平埔族人補辦了該項登記，應即滿足了此要件。惟行政院原民會2003年4月3日又於函示中認為，欲申請取得原住民身分者，必須日治時期戶口調查簿上登載為「生」、「蕃」、「阿眉」、「高山族」或「高砂族」等，而排除了登載為「熟」者，這等於是「不准平埔族為前揭『補辦登記』」，而其之不承認所謂「熟」者是原住民，顯然違反前揭臺灣省政府1957年1月22日令之意旨。在經過半世紀之後，國家法又回復日治時期的平埔族與高山族分別對待的老路，其合理性何在？中華民國政府應有所說明。以上各令函原文，見陳俊安等，西拉雅正名運動暨文化復振回顧專輯，頁40-43、46-48，2010年。

施行具有法律位階的「原住民身分法」。⁴²

到了一九九〇年代，亦即李登輝主政下的國民黨政權統治晚期，中華民國的國家法對待原住民族的態度終於有所改變。在臺灣脫離國民黨威權統治而朝向民主，各種社會運動得以自由地推展，以及引介國際原住民族權利運動的大環境底下，一九九一年及一九九二年憲法修正時明文保障時稱「山胞」之原住民的公民與政治權利，一九九四年於憲法增修條文中將「山胞」正名為「原住民」，以彰顯原住民族係臺灣土地上原本的主人，一九九七年憲法修正時確立原住民族條款（憲法增修條文第十條第十一項、第十二項）的集體權地位，並於一九九八年公布施行了第一部原住民族專屬法律——「原住民族教育法」。⁴³在中華民國的國家法上，專門規範涉及國家所認定之「原住民族」的法律事務的「原住民族法制」，已然存在。受規範者從戰後被劃歸「山胞」，亦即高山族原住民族的九族，到二〇〇八年擴充至十四族，⁴⁴而是否再擴及平埔族於今雖仍有爭議，但宜採肯定見解，只不過其法律上待遇可以有不同於其他族的設計。⁴⁵

⁴² 其詳，參見王泰升、楊志航、林佳陵，同註39，頁9-15。

⁴³ 參見蔡志偉（Awi Mona），同註1，頁1504、1512、1525、1528-1529。

⁴⁴ 2001年增邵族，2002年增噶瑪蘭族，2004年增太魯閣族，2007年增撒奇萊雅族，2008年4月23日再增列賽德克族。但以上增列，均是在民進黨中央執政期間完成。

⁴⁵ 從追求歷史正義的觀點，如本文所描述的、遭多重壓迫而流失固有文化的平埔族，若欲重拾原住民族認同，其他族怎忍心予以拒絕？且增列入平埔族，將可壯大整個原住民族，以凸顯臺灣之為多民族國家，抗衡漢族文化唯一或獨大的想法。不過，基於原住民族特定的政經社文條件而給予的法律上待遇，須平埔族亦具有相同狀況方同等待之。與此相似的是，同屬原住民族的個人，若經濟社會文化條件不同，例如係居住於部落或都會區，則法律上待遇似乎也應有所區別。

其後，中華民國的原住民族法制的實質內容，開始趨向於承認並尊重原住民族自主性的方向發展。依身為原住民的蔡志偉（Awi Mona）對中華民國原住民族法制立論基礎所為分析，二〇〇〇年以前係以「國家中心」的觀點，從國家發展的角度思考原住民族事務，二〇〇〇年之後則轉為奠基於國家與原住民族的「新夥伴關係」，形塑原住民族的集體性權利。⁴⁶按進入政黨輪替時期，於民進黨掌握中央行政權時，立法上從二〇〇一年一月一日起施行「原住民身分法」，當中明訂原住民姓名可不受中華民國民法相關規定之限制，⁴⁷開啟「原住民族民事特別法制」之概念。二〇〇一年以後，原住民族因狩獵文化而製造或持有獵槍、魚槍「供作生活工具之用」，已不再觸犯「槍砲彈藥刀械管制條例」所規定之罪；二〇〇四年「野生動物保育法」修正後，原住民族「基於其傳統文化、祭儀」之用，得「獵捕、宰殺或利用」一般野生動物（不含保育類）；二〇〇四年「森林法」修正後，就「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物」。⁴⁸二〇〇五年公布施行了一部政治綱領式的「原住民族基本法」，但此亦可謂是依憲法增修條文而在法制上具體實踐原住民族主體性的動作。⁴⁹又，臺灣法學界已有論者指出，二〇〇七年公布的「原住民族傳統智慧創作保護條例」，確認了一種堪稱「原住民族傳統智

⁴⁶ 參見蔡志偉（Awi Mona），同註1，頁1513-1514、1526。

⁴⁷ 原住民身分法第4條第2項揭示：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」並在第7條明訂可「不受民法第一千零五十九條及姓名條例第一條第二項規定之限制」，展現其之作爲民法的特別法。

⁴⁸ 其詳細的規定及發展經過，參見蔡志偉（Awi Mona），同註1，頁1530-1533。

⁴⁹ 參見蔡志偉（Awi Mona），同註1，頁1512、1529。

慧創作專用權利」的集體性權利，乃「平行」於以個人主義為基盤的民法體系的「特殊權利」。⁵⁰

不過，中華民國行政或司法部門，尚欠缺積極執行上述立法的作為，而此又源自未能理解並尊重在歷史上長期被忽略甚至被污名化的原住民族文化。⁵¹若從法學的觀點，實即原住民族關於狩獵、使用山林資源的原住民族法律，不被當代的法學以及國家法所承認，⁵²且在立法的層次上頂多稱之為「生活慣俗」，並藉以排除刑法上的違法性，但仍不能據以規範人民之間，或人民與包括國家的公法上團體之間的權利義務關係。按迄今最佳的範例只不過是，突破向來執法上落差的二〇〇九年、二〇一〇年有關「司馬庫斯倒木案」司法判決，依從「原住民族基本法」上尊重原住民族文化的誠命，以「森林法」中允許「依其生活慣俗需要，採取森林產物」之規定，引用政府所為習慣調查所載「泰雅族生活習慣會對山中資源視為財產的一種」，而認定搬運倒木之行為係正當的，宣告涉案之原住民無罪。⁵³然而，未來此是否成為行政或司法機關普遍的作法

⁵⁰ 參見黃居正，特殊權利概念的重建——評析原住民族傳統智慧創作保護條例，載：傳統智慧與公共領域：原住民族傳統智慧創作保護論文集，頁121-160，2008年。

⁵¹ 參見蔡志偉（Awi Mona），同註1，頁1531-1534。

⁵² 臺灣的法學界對「原住民法」的概念非常陌生。臺灣目前可看到的「法學緒論」教科書，基本上若非參考西方或日本，即是沿襲民國時代中國的相關書籍；在那些書籍中本就沒必要提及臺灣的原住民族，但作為臺灣的法學緒論也應如此嗎？至於法律史，向來是以漢族的傳統中國法為主軸來論述「中國法制史」，根本不談原住民族的傳統法律，只有以臺灣土地及人民為主體的臺灣法律史，才會正視臺灣最早的主人，亦即原住民族的歷史，從而將原住民法納入討論。

⁵³ 關於本案的內容及分析與探究已有其他論著詳述，請參見蔡志偉（Awi Mona），同註1，頁1529-1530、1533-1534；王泰升，法律史——臺灣法律發展的「輪替」、轉機與在地化（2007-2009），國立臺灣大學法學論叢，39卷2

尚待觀察，且原住民族在民事法上也未因此被賦予取得山中資源的權利。換言之，前述原住民族法律中使用自然資源的「法規」，並未被國家法化、權利化。

伍、採取法學化習慣、習慣法到習慣立法的路徑

在以各種法學或文化理論批判國家實證法的同時，要求國家實證法接納原住民族法律，亦即將其「法律化／法制化」或「權利化」，仍是確保原住民族生存發展最務實的作法。⁵⁴除了國際法上條約之外，在國內法上如何使源自原住民族固有文化的原住民法／法律傳統，得以規範原住民之間、或原住民與非原住民的個人、公法上團體或國家之間的權利義務關係呢？以下將詳論之。

戰後中華民國法制與日治時期法制同樣，將漢族及原住民族固有的法律，視為是實質內涵來自社會共識的習慣規範。如前已述，習慣在中華民國法上處於非常邊緣的地位，不但在刑法等法領域根本無適用餘地，在民法上只要與法律明文相牴觸即無法律上效力，但屬於漢族的祭祀公業、合會等法律傳統還是被法院接受為習慣法（參見民法第一條），漢人童養媳的婚姻方式亦為大法官會議解釋所支持，⁵⁵然而原住民族法律傳統卻無一依同樣方式成為國家法上的習慣法，難道原住民族的習慣均因「背於公共秩序或善良風俗」

期，頁195-196，2010年6月。對於司法機關原本對該案所持見解的批判，參見王皇玉，刑罰與社會規訓——台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁255-279，2009年。

⁵⁴ 以此為探究重點的論文，例如林佳陵，原住民族神聖文化之法律化及其內涵，國立臺灣大學法律研究所博士論文，2012年。

⁵⁵ 釋字第32號、第58號、第91號解釋，都透過法律的解釋適用，讓實為童養媳者脫離「養女」的身分，以方便其與在童養媳約定中所預定的婚姻對象結婚。參見王泰升，同註4，頁302。

而不具國家法上效力嗎（參見民法第二條）？若果真如此，恐怕於今應從尊重多元文化的觀點重新審視。

對此議題值得注意的是，戰後臺灣的法院幾乎都是根據一九五〇年代出版、大量參考日治時期日本學者就臺灣漢人所為舊慣調查而完成的「台灣民事習慣調查報告」，以建構關於祭祀公業、合會等習慣法的內涵。然而該民事習慣調查報告中並無關於臺灣的原住民族者，或許這也使得中華民國法院因無從引用習慣，而不願依民法第一條將原住民族習慣規範，作為在司法個案中進行法律適用時的「法規」，亦即「習慣法」。所幸由於二〇〇三年發生鄒族頭目搶奪蜂蜜案，民進黨政府已開始進行原住民族習慣的調查，雖然其調查結果尚未能完全符合法院認定為習慣法之所需，但今之法院於司法個案應參考之而依職權調查習慣法內涵（民事訴訟法第二八三條），如前述審理「司馬庫斯倒木案」的法院即是如此。

中華民國民法中，有些法律條文明確表示可準據習慣或以習慣為優先，這是原住民族固有法律被納入國家法的另一管道。不過，向來的通說認為，民法第一條以外的條文中所謂的「習慣」，僅是「事實上習慣」，即「社會上反覆實施的行為」而為「一種慣行」（客觀要件），不必如「習慣法」之尚須「具有法的確信」，亦即一般人具有該慣行必須遵從，否則其共同生活就不能維持的確信（主觀要件），故不具有法源性。⁵⁶但依拙見，民法第一條以外的條文中的「習慣」，只不過是就個案，應以該等條文本身，而非以條文中所稱的「習慣」，作為法律適用時形式上的法源，亦即邏輯三段論法上作為大前提的「法規」，⁵⁷但非謂所有民法第一條以

⁵⁶ 參見王澤鑑，同註37，頁62-64；施啓揚，同註37，頁55-56；鄭玉山，同註27，頁99。

⁵⁷ 相對的，依民法第1條而為司法裁判時，即是以習慣法作為形式上的法源。按

外之條文所稱的習慣皆不須「具有法的確信」。⁵⁸

詳言之，被民法第一條以外的條文認為應優先或可準據的習慣，若作為一種與法律規範相當的社會規範，即在實質意義上具備了「法規」性格，而與民法第一條所稱之習慣並無不同。例如二〇〇九年民法物權編第七五七條修正後，可作為創設物權之準據的「習慣」，應不僅是反覆實施的慣行，還要具有法之確信。⁵⁹如前所述，日治時期的民事制定法係規定在「僅涉及台灣人之親屬繼承事項」的條件下「依舊慣」或「依習慣」（其規範內涵與中華民國民法第一條不同），而「舊慣」或「習慣」在司法實踐上通常指具有法之確信的慣行，亦即是習慣法。又，二〇〇九年民法物權編修正第八二八條，使「共同共有人之權利義務，依其共同共有關係所由成立之法律、法律行為或習慣定之」，此一可發生與法律規範同等效力的習慣，從立法目的解釋亦應指稱具有法之確信的慣行。包

黃茂榮教授謂：「習慣法藉裁判的途徑，裁判藉習慣法之名，取得其形式上的法源地位。」見黃茂榮，法學方法與現代民法，頁15，2006年5版。

⁵⁸ 王澤鑑教授於書中係就民法第207條第2項所稱商業上另有「習慣」，是否與民法第1條所稱習慣同一意義而為討論，進而透過比較法的研究，認為其僅只交易上慣行，並不具習慣法的意義。參見王澤鑑，同註37，頁63。筆者承認某些條文中所指稱的習慣，可能在社會上尚不具有「若不遵行即無法維持共同生活」的重要性，但認為若謂除了民法第1條之外所有條文的習慣，皆僅是一種慣行的「事實上習慣」，則稍嫌速斷，仍宜就各條文立法目的等逐一認定為妥，例如2009年修正後民法第757條「物權除依法律或習慣外，不得創設。」其所謂的「習慣」，在社會上宜不僅是反覆實施的慣行，還必須「具有法的確信」，始應與制定法在物權創設上具有同等的效力，故該習慣本身應具有「習慣法」作為一種「法規」的實質，雖然在法律適用上仍應引用民法第757條作為形式上的法源。

⁵⁹ 參見同前註；亦有學者在討論2009年修正後民法第757條的「習慣」時，認為是「加入習慣法作為創設物權類型的方式」，參見張永健，物權「自治」主義的美麗新世界——民法第757條之立法論與解釋論，科技法學評論，7卷1期，頁125，2010年4月。

括上述兩條文在內的民法物權編內明文規定可優先適用習慣的條文，⁶⁰本非針對原住民族而制訂，但是原住民族關於使用山林資源的固有法律，以「習慣」的地位，可經由適用該等條文而被納入國家法。此外，在包括中華民國法在內的歐陸法系國家法制中，被稱為「事實上習慣」的慣行，可成為解釋或補充當事人法律行為或意思表示之基準，⁶¹據此原住民族慣行的發現，將有助於理解原住民所表達的意思表示或所為的法律行為，有效避免凡事均以漢人觀點來解釋之弊。

立法上若直接以被視為習慣的原住民族固有的法律作為規範內涵，即屬原住民族的「習慣立法」。按漢族的習慣立法，已有其例。中華民國民法典於民國時代中國被制訂時，即已將漢族固有的「典」關係成文化為物權編中的「典權」，⁶²此即習慣立法。不過該民法於一九四五年施行於臺灣後，在臺灣的漢人已因日治時期典關係被國家法轉化為不動產質權，而極少利用典權制度。⁶³對臺灣社會較具有重要性的是，司法機關依民法第一條所形成之關於合會的習慣法，立法機關已於一九九九年將其納入民法債編「各種之債」的一種（第七〇九條之一至之九），⁶⁴若從習慣法之被整編及補全為具有體系的成文規定，更可謂為「法典化」。與此相似的是，二〇〇七年十二月十二日公布的「祭祀公業條例」，以民事單行法的形式完成了關於祭祀公業的習慣立法；法院向來所不承認之

⁶⁰ 計有15條，但臺灣關於這類「物權習慣」的調查與研究相當稀少，參見張永健，物權法中之習慣，月旦法學雜誌，188期，頁81-92，2011年1月。

⁶¹ 日本民法第92條對此有明文規定。參見鄭玉山，同註27，頁87-88、112；王澤鑑，民法概要，頁16，2009年增訂版。

⁶² 參見鄭玉山，同註27，頁105。

⁶³ 相關的討論，參見王泰升，同註4，頁296-297。

⁶⁴ 亦參見鄭玉山，同註27，頁105-106。

視祭祀公業為法人的「習慣」，得到了該制定法的接納，允許祭祀公業得登記為「祭祀公業法人」（祭祀公業條例第二十一條）。甚至之前被制定法所排斥之漢族傳統上由當舖所運作的「當」法律關係，亦在二〇〇七年的物權編修正中，以「營業質權」為名被納入民法典中（第八九九條之二）。從臺灣法律史的觀點，這是約一百年前岡松參太郎所倡議、但因日本政府不願臺灣作為一個政治單元的性格被凸顯而終遭擱置的「先習慣法、後習慣立法」路徑的實現。⁶⁵

於今，既然臺灣人民已當家作主，既然漢族習慣可成為制定法實質內涵的由來，沒有理由單單排斥原住民族習慣。尤要者，若能以立法的高度，法律化或法典化實即原住民族固有法律的所謂「習慣」，則可秉持今之法理念全面地檢視既有的法律傳統，在生活條件已不同於往昔的今天應否予以延續呢？以超越傳統價值的束縛，同時亦可適時引進新時代的法律制度，與臺灣法上「外來法的在地化」同步發展。⁶⁶再以法律複數主義的思維，將上述習慣立法作為原住民族的自治法律，則原住民族的自治才具有實質的意義。

另一種意義或更廣義的「習慣立法」，係指在立法層次阻卻符合原住民族習慣之行為的違法性。若國家法僅將原住民族固有法律視為是習慣法，則因現代法制通常採取「罪刑法定主義」，不容習慣法推翻刑事制定法之效力，故唯有將習慣法內涵直接作為制定法本身的規定，方足以使遵守原住民族習慣／法律傳統之人免於國家

⁶⁵ 2007年的擔保物權修正，將法院原依民法第1條承認之日治時期由日本人引進、於戰後臺灣社會已成為具法之確信之慣行的「最高限額抵押權」，納入民法物權編（第881條之1至之17），亦屬習慣立法。較詳細的討論，參見王泰升，同註53，頁188-191。

⁶⁶ 關於臺灣法社會「因多源而多元」並存在「外來法的在地化」現象，參見王泰升，同註29，頁39-84。

刑事制裁。詳言之，與原住民族使用山林原野資源的固有法律規範，最常發生衝突或牴觸之為保障現代型國家利益而設置的刑法規範，即為前述二〇〇〇年代前期曾特別針對原住民某些行為予以「除罪化」（但仍為行政管制）的「槍砲彈藥刀械管制條例」、「野生動物保育法」和「森林法」。⁶⁷這些可謂是明文規定原住民族基於固有的法律傳統所為之某些行為不構成犯罪，即是「習慣立法」的一種。且依臺灣現行法規定，包括原住民族事務主管機關在內的行政部門，應主導及管制獵殺與採集的方式、種類、數量、區域等條件，不過原住民仍須事先經過申請與核准，否則仍有觸法之虞。⁶⁸不過上述規定仍有立法不周延或欠缺執行之處，故迄今原住民族對於相關的國家管制或刑罰猶頗多怨言。

若本於原住民族有其固有法律的立場，原住民法中有關資源利用的法規，例如在非飛魚季時不得捕魚、對獵物不得趕盡殺絕等等，⁶⁹與國家法資源利用或保育的相關法律並不衝突，宜直接成文法化，或者成為原住民族自治法一部分。其實某些不當的資源利用行為，例如砍伐千年牛樟樹，不僅觸犯國家法，也不見容於原住民法，故兩個法律規範體系有其攜手合作的可能。成為爭議的是，當原住民法所容許、但牴觸國家刑罰規定時，應如何處理？以前舉「司馬庫斯倒木案」為例，依部落決議將倒木運回以做部落造景之用，在原住民法上是合法的，但在國家法上卻違反國有林之林產物屬於國家的規定。這種情形絕非僅止一例，而是相當普遍的現象；惟應如何處理，亦非可一概而論，至少所牽涉的原住民法與國家法兩者的正當性都值得探究，再做決定。不過，關於此時原住民所應

⁶⁷ 亦參見王皇玉，同註53，頁224-225、243。

⁶⁸ 參見王皇玉，同註53，頁244。

⁶⁹ 參見王皇玉，同註53，頁230-231，註46。

承擔的刑事責任，已有刑法學者指出，可引用刑法第十六條：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑」之規定，以原住民可能受到固有法律觀／法律傳統的影響，而不認同奠基於現代法觀念的國家法上規定，故要求其遵守國家法實欠缺期待可能性，從而其之「不知法律」，乃是「有正當理由而無法避免」，應免除刑事責任。⁷⁰究竟在哪一種原住民法與國家刑法相衝突時，應循此法律論證而免除原住民刑事責任，還有賴法院透過個案裁判形成類型，以漸趨明確。或者關於財產犯罪，認定凡基於原住民法上具有使用特定資源之權限而為的不法行為，只負過失責任，在僅處罰故意犯的情形下即屬無罪。⁷¹但無論如何，審判者都必須先認知到：原住民族有其經常被稱為「傳統文化或習俗」的固有法律規範，才有可能展開如上所述之關於刑法的解釋適用。

上述習慣立法或自治法等等理想，現實上須奠基於兩項努力：學術上法學化習慣、司法上習慣法的累積。若將原住民族固有的法律規範／法律傳統，納入法學探究的範疇內，則透過學術上所稱法史學、法社會學、法人類學、法哲學等等學科的之知識，即能呈現其為作為一種法律文明的內涵與哲理。本於這樣的認識，再以淵源自西方、但如今已是臺灣乃至世界主流的現代法律概念，重新詮釋原住民法／原住民族習慣的內涵，包括但不限於其各種「法規」的構成要件與法律效果，以使原住民法與臺灣現行法制，乃至世界上主要法制相結合。且經由「法學化習慣」所形塑的一般法規，還需

⁷⁰ 刑法學者王皇玉已就此提出刑法理論基礎並為詳細的法律論證，參見王皇玉，同註53，頁273-278。

⁷¹ 相關的刑法學上討論，參見許恒達，規範、良知與文化衝突——從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題，發表於「第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會」，行政院原住民族委員會主辦，2012年10月13-14日。

司法機關進一步在個案中具體化。按一般抽象的法規與社會上各種具體情況的相結合，有賴於司法於個案的解釋適用法律，故需要法院逐案地依現代的法律概念，具體形塑出原住民族民事習慣法，或在刑案中以原住民擁有可被接受的固有法律觀而免除刑責；有了這項基礎，才容易進行更高層次的習慣立法，亦即原住民族自治法律的制訂。又，在司法審理過程經常需當事人提出包括習慣內涵在內的種種法律論辯，以使司法機關將其納入裁判當中，由於原住民族在歷史上與現代司法接觸時間較短，故屬於原住民族的訴訟當事人在現實上可能更需要有法律專家的協助，以提出參酌「法學化習慣」而做的法律論證。⁷²

總之，正因向來欠缺有關傳統原住民法的法學知識，才使得法院未善用相關法規來將原住民族習慣納入國家法中。若以屬傳統中國法的漢族習慣來做對照組，漢人的祭祀公業因日治時期國家法有「依舊慣」「依習慣」的規定，故日治時期對此已進行「法學化」，法院亦累積相當多的判決例。戰後中華民國民法第一條雖規定限於「法律所未規定者」才可「依習慣」，然一九五〇年代出版的「台灣民事習慣調查報告」在已存在日治時期文獻及判決的情況下，將其抄錄至調查報告中，以致戰後的法官可以「看見」漢人的祭祀公業不同於民法上的遺產繼承，並本於此「特殊性」認為其係「法律所未規定者」，故將祭祀公業已被法學化之後的規則，包括僅男系子孫才能享有所謂的「派下權」，視為不違反公序良俗的習慣法而適用於個案裁判。國家法更在六〇餘年後進行習慣立法，且承認女子在一定條件下可擁有派下權（參見祭祀公業條例第四條與第五條），於承續傳統的同時，兼顧了傳統所無的兩性平等的憲法理念。究竟是所有原住民法有關世代間財產承繼關係都可被納入民

⁷² 這一點來自政大法學評論審查人的提醒，在此敬表感謝。

法上繼承的概念內，以致不符合「法律所未規定者」的要求？還是原住民法／原住民族法律傳統相關的規則從沒有被詮釋或建構出來，以致法官以為不存在任何「習慣」？欲回答這個問題，必須在法學教育中，讓「原住民族法學」成為一個特定領域，在司法體系中，讓原住民案件由具有原住民族相關知識的專業者來處理。司法院已訂於二〇一三年開始以專庭或專股的方式審理原住民案件，⁷³在國家法正式承認原住民司法案件具有特殊性後，原住民族法學之蓬勃發展似亦指日可待矣。

陸、結 論

原住民族當然有其延續自遠古的法律，展現一種與生存環境相結合的法律文明。然而，歷史上原住民族法律一直遭外來的強權或強勢文化所鄙夷，或僅在統治安定的考量下被酌以利用爾。直到一九九〇年代臺灣政治民主化之後，原住民族方在國家憲法上爭取到應被尊重的地位。今之國家法從而應摒棄成見地「看見」被稱為「習慣」的原住民族固有的法律規範，並與之對話，尋求共識。不過，如同整個東亞、臺灣或者在臺漢族的境遇，於今不能不以源自西方、但已成為當代普遍使用的法學概念，儘量不失真地重新表述原住民族法律傳統的內涵。況且對傳統的延續是出於必要，而非義務；活在當下與未來的原住民族不必被向來的法律傳統所束縛，仍應適時引進新的法理念或法制度。

⁷³ 司法院於2012年5月15日曾召開「評估設置原住民族專業法庭之可行性」座談會，筆者亦參與其中，該會議的結論肯定原住民族專業法庭在國家法上的意義及司法實務運作上的必要性。會後司法院已決定在幾個地方法院中設置原住民族專庭或專股，以辦理原住民相關司法案件。

因此，當代法學應正視原住民族法律之存在，以現代法概念轉譯的方式調查原住民族的「習慣」，形塑出可補制定法之不足的習慣法，或具體化已被納入個別法律條文中的慣行或習慣法或足以解釋法律行為的各種慣行。在方法上，除了建構原住民族法學外，還需由法院於個案審理中，形塑原住民族習慣法或將原住民族法律觀納入刑事責任的考量。假以時日即可透過立法作用，從具有原住民族固有法律之實質的習慣法出發，參酌更多當代的法理念以及包括外國法在內的法制度，制定出具普遍適用性、成文的一般規範，再經由法的解釋適用來運作原住民的日常法律生活。這樣的「法治」，才是值得原住民族期盼的生活方式。

參考文獻

一、中 文

1. 王皇玉，刑罰與社會規訓——台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，2009。
Wang, Huang-Yu, Xing Fa Yu She Hui Gui Xun—Tai Wan Xing Shi Zhi Cai Xin Jiu Si Wei De Chong Tu Yu Zhuan Bian, 2009.
Wang, Huang-Yu, Punishment and Social Discipline: Conflicts and Transformation between Old and New Ideas on Criminal Sanction in Taiwan, 2009.
2. 王泰升主持，台灣原住民的法律地位，國科會專題研究報告，1997。
Wang, Tay-Sheng Zhu Chi, Tai Wan Yuan Zhu Min De Fa Lü Di Wei, Guo Ke Hui Zhuan Ti Yan Jiu Bao Gao, 1997.
Wang, Tay-Sheng, The Legal Status of Taiwan's Indigenous Peoples, Research Paper of National Science Council, 1997.
3. 王泰升，台灣日治時期的法律改革，1999。
Wang, Tay-Sheng, Tai Wan Ri Zhi Shi Qi De Fa Lü Gai Ge, 1999.
Wang, Tay-Sheng, Legal Reforms in Taiwan under Japanese Colonial Rule, 1999.
4. 王泰升、楊志航、林佳陵，原住民保留地土地專屬法庭設置研究，2003。
Wang, Tay-Sheng, Yang, Chih-Hang, Lin, Chia-Ling, Yuan Zhu Min Bao Liu Di Tu Di Zhuan Shu Fa Ting She Zhi Yan Jiu, 2003.
Wang, Tay-Sheng, Yang, Chih-Hang & Lin, Chia-Ling, Studies on the Establishment of a Special Court for the Reserved Land of Indigenous Peoples, 2003.
5. 王泰升、薛化元、黃世杰編，追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究，2006。
Wang, Tay-Sheng, Hsueh, Hua-Yuan, Huang, Shih-Chien, Bian, Zhui Xun Tai Wan Fa Lü De Zu Ji: Shi Jian Bai Xuan Yu Fa Lü Shi Yan Jiu, 2006.
Wang, Tay-Sheng, Hsueh, Hua-Yuan, Huang Shih-Chien (ed.), Tracing the Footprints of Taiwanese Law, 2006.

6. 王泰升，法律史——臺灣法律發展的「輪替」、轉機與在地化（2007-2009），國立臺灣大學法學論叢，39卷2期，頁165-198，2010。
Wang, Tay-Sheng, Fa Lǚ Shi—Tai Wan Fa Lǚ Fa Zhan De “Lun Ti”, Zhuan Ji Yu Zai Di Hua (2007-2009), Guo Li Tai Wan Da Xue Fa Xue Lun Cong, vol. 39, no. 2, pp. 165-198, 2010.
Wang, Tay-Sheng, A Turning Point in the Development of Taiwanese Law (2007-2009), National Taiwan University Law Journal, vol. 39, no. 2, pp. 165-198, 2010.
7. 王泰升，具有歷史思維的法學：結合臺灣法律社會史與法律論證，2010。
Wang, Tay-Sheng, Ju You Li Shi Si Wei De Fa Xue: Jie He Tai Wan Fa Lǚ She Hui Shi Yu Fa Lǚ Lun Zheng, 2010.
Wang, Tay-Sheng, Jurisprudence with Historical Thinking: Combination of Taiwanese Social History of Law and Legal Reasoning, 2010.
8. 王泰升，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，國立臺灣大學法學論叢，40卷1期，頁1-98，2011。
Wang, Tay-Sheng, Ri Zhi Shi Qi Gao Shan Zu Yuan Zhu Min Zu De Xian Dai Fa Zhi Chu Ti Yan: Yi Guan Yu E Xing De Zhi Cai Wei Zhong Xin, Guo Li Tai Wan Da Xue Fa Xue Lun Cong, vol. 40, no. 1, pp. 1-98, 2011.
Wang, Tay-Sheng, The Initial Encounter of Mountain Indigenous Peoples with Modern Law under Japanese Rule in Taiwan: On Criminal Sanctions, National Taiwan University Law Journal, vol. 40, no. 1, pp. 1-98, 2011.
9. 王泰升，台灣法律史概論，4版，2012。
Wang, Tay-Sheng, Tai Wan Fa Lǚ Shi Gai Lun, 4th ed., 2012.
Wang, Tay-Sheng, Introduction to Taiwanese Legal History, 4th ed., 2012.
10. 王泰升，殖民現代性法學：日本殖民統治下台灣現代法學知識的發展（1895-1945），政大法學評論，130期，頁199-255，2012。
Wang, Tay-Sheng, Zhi Min Xian Dai Xing Fa Xue: Ri Ben Zhi Min Tong Zhi Xia Tai Wan Xian Dai Fa Xue Zhi Shi De Fa Zhan (1895-1945), Zheng Da Fa Xue Ping Lun, no. 130, pp. 199-255, 2012.
Wang, Tay-Sheng, Jurisprudence with Colonial Modernity: The Development of

- Modern Knowledge of Law in Taiwan under Japanese Colonial Rule (1895-1945),
Chengchi Law Review, no. 130, pp. 199-255, 2012.
11. 王澤鑑，法律思維與民法實例，1999。
Wang, Tse-Chien, Fa Lü Si Wei Yu Min Fa Shi Li, 1999.
Wang, Tse-Chien, Legal Reasoning and the Cases of Civil Law, 1999.
 12. 王澤鑑，民法概要，增訂版，2009。
Wang, Tse-Chien, Min Fa Gai Yao, Zeng Ding Ban, 2009.
Wang, Tse-Chien, Overview Civil Law, Rev. ed., 2009.
 13. 王澤鑑，民法總則，增訂版，2010。
Wang, Tse-Chien, Min Fa Zong Ze, Zeng Ding Ban, 2010.
Wang, Tse-Chien, Civil Code: General Principles, Rev. ed., 2010
 14. 江樹生譯註，熱蘭遮城日誌，第二冊，2002。
Chiang, Shu-Sheng, Yi Zhu, Re Lan Zhe Cheng Ri Zhi, Di Er Ce, 2002.
Chiang, Shu-Sheng, The Diary of Fort Zeelandia, vol. II, 2002.
 15. 李太正等，法學入門，5版，2003。
Li, Tai-Cheng Deng, Fa Xue Ru Men, 5th ed., 2003.
Li, Tai-Cheng et al., The Introduction to Legal Science, 5th ed., 2003.
 16. 林佳陵，原住民族神聖文化之法律化及其內涵，國立臺灣大學法律研究所博士論文，2012。
Lin, Chia-Ling, Yuan Zhu Min Zu Shen Sheng Wen Hua Zhi Fa Lü Hua Ji Qi Nei Han, Guo Li Tai Wan Da Xue Fa Lü Xue Xi Bo Shi Lun Wen, 2012.
Lin, Chia-Ling, The Legalization of the Sacred Culture of Indigenous Peoples and Its Implications, Ph.D. Thesis, Department of Law, National Taiwan University, 2012.
 17. 施啟揚，民法總則，9版，2000。
Shih, Chi-Yang, Min Fa Zong Ze, 9th ed., 2000.
Shih, Chi-Yang, General Principles of Civil Law, 9th ed., 2000.
 18. 許恒達，規範、良知與文化衝突——從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題，發表於「第三屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會」，行政院原

- 住民族委員會主辦，2012。
- Hsu, Heng-Ta, Gui Fan, Liang Zhi Yu Wen Hua Chong Tu—Cong Xing Fa Li Lun Fan Si Yuan Zhu Min Fan Zui De Xing Ze Wen Ti, Fa Biao Yu “Di San Jie Yuan Zhu Min Zu Chuan Tong Xi Guan Gui Fan Yu Guo Jia Fa Zhi Yan Tao Hui”, Xing Zheng Yuan Yuan Zhu Min Zu Wei Yuan Hui Zhu Ban, 2012.
- Hsu, Heng-Ta, Norms, Conscience, and Cultural Conflict: Rethinking the Punishment on the Crimes of Indigenous Peoples According to Theories of Criminal Law, presented in the Council of Indigenous Peoples, Executive Yuan, The Third Conference on Traditional Customary Norms of Indigenous Peoples and Legal System of the State, 2012.
19. 莊柏毅、黃英哲，法學入門，2006。
- Chuang, Pa-Yi, Huang, Ying-Che, Fa Xue Ru Men, 2006.
- Chuang, Pa-Yi, Huang, Ying-Che, An Introduction to the Study of Law, 2006.
20. 陳俊安等，西拉雅正名運動暨文化復振回顧專輯，2010。
- Chen, Chun-An Deng, Xi La Ya Zheng Ming Yun Dong Ji Wen Hua Fu Zhen Hui Gu Zhuan Ji, 2010.
- Chen, Chun-An et al., Essays on the Movement to Recover the Name and Culture of the Silaya People, 2010.
21. 陳麗娟，法學緒論，2000。
- Chen, Li-Chuan, Fa Xue Xu Lun, 2000.
- Chen, Li-Chuan, An Introduction to the Study of Law, 2000.
22. 曾文亮，戰後初期臺灣人群分類的調整及其法律效果：1945-1949，發表於「近代臺灣的經濟社會變遷：以臺日關係為中心」國際研討會，愛知大學東亞同文書院大學紀念センター、中央研究院臺灣史研究所主題計畫「戰後臺灣歷史的多元鑲嵌與主體創造」主辦，2012。
- Tseng, Wen-Liang, Zhan Hou Chu Qi Tai Wan Ren Qun Fen Lei De Tiao Zheng Ji Qi Fa Lü Xiao Guo: 1945-1949, Fa Biao Yu “Jin Dai Tai Wan De Jing Ji She Hui Bian Qian: Yi Tai Ri Guan Xi Wei Zhong Xin”, Ai Zhi Da Xue Dong Ya Tong Wen Shu Yuan Da Xue Ji Nianセンター, Zhong Yang Yan Jiu Yuan Tai Wan Shi Yan Jiu Suo Zhu Ti Ji Hua “Zhan Hou Tai Wan Li Shi De Duo Yuan Xiang Qian Yu Zhu Ti Chuang Zao” Zhu Ban, 2012.

- Tseng, Wen-Liang, Changes in the Classification of People in Taiwan in the Early Postwar Era and Its Legal Consequences: 1945-49, presented at Aichi University and Academia Sinica Institute of Taiwan History, International Conference on Economic and Social Change in Modern Taiwan: A Focus on Taiwan-Japan Relations, 2012.
23. 張永健，物權「自治」主義的美麗新世界——民法第757條之立法論與解釋論，科技法學評論，7卷1期，頁119-168，2010。
Chang, Yung-Chien, Wu Quan “Zi Zhi” Zhu Yi De Mei Li Xin Shi Jie—Min Fa Di 757 Tiao Zhi Li Fa Lun Yu Jie Shi Lun, Ke Ji Fa Xue Ping Lun, vol. 7, no. 1, pp. 119-168, 2010.
Chang, Yung-Chien, A Beautiful New World of “Self-Rule” Principle in Property Law: A Discussion on the Enactment and Interpretation of Article 757 of the Civil Code, Technology Law Review, vol. 7, no. 1, pp. 119-168, 2010.
24. 張永健，物權法中之習慣，月旦法學雜誌，188期，頁81-92，2011。
Chang, Yung-Chien, Wu Quan Fa Zhong Zhi Xi Guan, Yue Dan Fa Xue Za Zhi, no. 188, pp. 81-92, 2011.
Chang, Yung-Chien, Customs of Property Law, The Taiwan Law Review, no. 188, pp. 81-92, 2011.
25. 張勝彥等，台灣開發史，1996。
Chang, Sheng-Yen Deng, Tai Wan Kai Fa Shi, 1996.
Chang, Sheng-Yen et al., The History of Taiwanese Development, 1996.
26. 黃居正，特殊權利概念的重建——評析原住民族傳統智慧創作保護條例，載：傳統智慧與公共領域：原住民族傳統智慧創作保護論文集，頁121-160，2008。
Huang, Chu-Cheng, Te Shu Quan Li Gai Nian De Chong Jian—Ping Xi Yuan Zhu Min Zu Chuan Tong Zhi Hui Chuang Zuo Bao Hu Tiao Li, in Chuan Tong Zhi Hui Yu Gong Gong Ling Yu: Yuan Zhu Min Zu Chuan Tong Zhi Hui Chuang Zuo Bao Hu Lun Wen Ji, pp. 121-160, 2008.
Huang, Chu-Cheng, The Re-establishment of Special Concept of Rights: Comments on the Statute for Protection of Creation based on Traditional Wisdom of

- Indigenous Peoples, in *Traditional Wisdom and Public Sphere: Essays on Creation based on Traditional Wisdom of Indigenous Peoples*, pp. 121-160, 2008.
27. 黃茂榮，法學方法與現代民法，5版，2006。
Huang, Mao-Jung, *Fa Xue Fang Fa Yu Xian Dai Min Fa*, 5th ed., 2006.
Huang, Mao-Jung, *The Methodology of Legal Science and Modern Civil Law*, 5th ed., 2006.
28. 詹素娟，臺灣平埔族的身分認定與變遷（1895-1960）——以戶口制度與國勢調查的「種族」分類為中心，*臺灣史研究*，12卷2期，頁121-166，2005。
Chan, Su-Chuan, *Tai Wan Ping Pu Zu De Shen Fen Ren Ding Yu Bian Qian (1895-1920) —Yi Hu Kou Zhi Du Yu Guo Shi Diao Cha De “Zhong Zu” Fen Lei Wei Zhong Xin*, *Tai Wan Shi Yan Jiu*, vol. 12, no. 2, pp. 121-166, 2005.
Chan, Su-Chuan, *Identification and Transformation of Taiwan’s Plains Aborigines, Based on the “Racial” Classification of Household System and Census (1895-1960)* *Taiwan Historical Research*, vol. 12, no. 2, pp. 121-166, 2005.
29. 薛允升著，黃靜嘉編校，讀例存疑重刊本，第二冊，1970。
Hsueh, Yun-Sheng, Zhu, Huang, Ching-Chia, *Bian Jiao, Du Li Cun Yi Zhong Kan Ben, Di Er Ce*, 1970.
Hsueh, Yun-Sheng, Huang, Ching-Chia (comp.), *Studying Regulations and Maintaining Doubts (Reprint)*, vol. II, 1970.
30. 薛允升著，黃靜嘉編校，讀例存疑重刊本，第三冊，1970。
Hsueh, Yun-Sheng, Zhu, Huang, Ching-Chia, *Bian Jiao, Du Li Cun Yi Zhong Kan Ben, Di San Ce*, 1970.
Hsueh, Yun-Sheng, Huang, Ching-Chia (comp.), *Studying Regulations and Maintaining Doubts (Reprint)*, vol. III, 1970.
31. 蔡志偉（Awi Mona），從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展，*國立臺灣大學法學論叢*，40卷特刊，頁1499-1550，2011。
Tsai, Chih-Wei, *Cong Ke Ti Dao Zhu Ti: Tai Wan Yuan Zhu Min Zu Fa Zhi Yu Quan Li De Fa Zhan*, *Guo Li Tai Wan Da Xue Fa Xue Lun Cong*, vol. 40 Te Kan, pp. 1499-1550, 2011.

Tsai, Chih-Wei (Awi Mona), From Object to Subject: The Development of the Laws and Rights of Taiwan's Indigenous Peoples, *National Taiwan University Law Journal*, vol. 40, special issue, pp. 1499-1550, 2011.

32. 蔡桓文，國家法與原住民族習慣規範之衝突與解決，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，2007。

Tsai, Huan-Wen, *Guo Jia Fa Yu Yuan Zhu Min Zu Xi Guan Gui Fan Zhi Chong Tu Yu Jie Jue*, *Guo Li Tai Wan Da Xue Fa Lü Xue Xi Shuo Shi Lun Wen*, 2007.

Tsai, Huan-Wen, *State Law and Customary Norms of Indigenous Peoples: Conflicts and Resolutions*, Master's Thesis, Department of Law, National Taiwan University, 2007.

33. 鄭玉山，民事習慣在司法實務上之運用，載：法律史與民事司法實務，頁59-167，2005。

Cheng, Yu-Shan, *Min Shi Xi Guan Zai Si Fa Shi Wu Shang Zhi Yun Yong*, in *Fa Lü Shi Yu Min Shi Si Fa Shi Wu*, pp. 59-167, 2005.

Cheng, Yu-Shan, *The Application of Civil Customs in Judicial Practice*, in *Legal History and Judicial Practice of Civil Law*, pp. 59-167, 2005.

34. 鄭玉波著、黃宗樂修訂，法學緒論，修訂新版，1999。

Cheng, Yu-Po, Zhu, Hunag, Tsung-Le, Siou Ding, *Fa Xue Xu Lun*, Xiu Ding Xin Ban, 1999.

Cheng, Yu-Po, Huang, Tsung-Le (revised), *An Introduction to the Study of Law*, Rev. ed., 1999.

35. 鄭維中，荷蘭時代的台灣社會：自然法的難題與文明化的歷程，2004。

Cheng, Wei-Chung, *He Lan Shi Dai De Tai Wan She Hui: Zi Ran Fa De Nan Ti Yu Wen Ming Hua De Li Cheng*, 2004.

Cheng, Wei-Chung, *Taiwanese Society under Dutch Rule: A Problem of Natural Law and the Development of Civilization*, 2004.

二、日 文

- 増田福太郎，未開社會における法の成立，1964。

Taking Note of Indigenous Peoples' Laws in Legal Science and State Law

Tay-Sheng Wang^{*}

Abstract

Like ethnic Chinese who have traditional Chinese law, indigenous peoples have their own laws, if law has been defined as a social norm that should be enforced by the authority recognized by a given society. Plains indigenous peoples lost their own legal traditions due to their being ruled by the Ch'ing Dynasty for 212 years and assimilated by the ethnic Chinese in Taiwan. In contrast, mountain indigenous peoples, who were not governed by foreign rulers until Japan acquired the sovereignty of Taiwan in the late nineteenth century, kept their own legal concepts for a longer period of time. The Japanese authorities in colonial Taiwan, however, did not follow the principle of "rule by law" when they dealt with the legal affairs of the mountain indigenous peoples. Thus, only a small number of them had the opportunity to come into contact with Japanese modern-style laws. The laws of indigenous peoples, called "customs" in Japan's modernized legal system, had been sometimes applied by colonial policemen to deal with legal affairs of

^{*} Distinguished Professor, National Taiwan University College of Law; Ph.D., University of Washington.

Received: August 17, 2012; accepted: January 17, 2013

mountain indigenous peoples. By contrast, the KMT regime immediately applied all of the modern-style laws of Republican China to indigenous peoples in 1945 when it took over Taiwan, although mountain indigenous peoples were quite unfamiliar with the modern law at that time. Meanwhile, Taiwan's courts have never recognized customary law based on indigenous legal traditions in accordance with Article 1 of the ROC Civil Code. Since the 1990s, the positive law of Taiwan has begun to respect the special culture of indigenous peoples. However, many statutes enacted for the benefit of indigenous peoples in the 2000s have been poorly enforced. In order to improve this situation, the author argue that it is necessary to interpret the customs of indigenous peoples by legal terminology and jurisprudence, to establish customary law by courts, and to enact statutes based on the indigenous customary law. The rule of law will not be significant for indigenous peoples unless their own legal traditions have been taken into consideration in shaping what is the law.

Keywords: Indigenous Peoples, Plains Indigenous Peoples, Old Customs, Customary Law, Legal Science, Legislation