

第一章 緒論

第一節 問題的重要

一、研究動機

在滾滾不停的歷史長河上，作為人類社會體系不可或缺的制度與構成社會有機體運行的法律（*Law*），它從萌發到完善的歷程，每一步都凝結人類心血，紀錄眾人為其犧牲、奮鬥所付出的代價，充分反應人類生活規範的最大公約數與最低限度的強制要求，體現人類維護社會秩序和公平正義的智慧增長。觀察世界各地法律史的演變，文明智識的進步、自由經濟的發展、民主政治的建立和權利意識的增強，象徵法治實現是法律發展的首要趨勢與必經歷程。儘管法治並非完美無缺，但作為一種理性制度，它客觀反應人類制度文明發展的必然，而且法治的原則、精神、架構、規範和價值亦逐漸為人們所熟悉、所認識。

但法律的發展並沒有固定規則、一定路線或朝向單一方向演進，反倒因為各民族社會文化的不同，要重複西方社會十七、十八世紀以降的法治演進軌跡是一件不可能的任務，這意味著如果想要探索未來原住民的法治之路，僅對西方經驗照單全收或單純複製並不一定會成功。事實是，無論西方社會法哲學的價值觀念範圍有多麼寬廣，或在非西方社會的近代化過程中扮演多重要的角色，都必須在繼承傳統的基礎上，合理地學習、移植、借鑒外來制度，才能滿足在地社會的現實需求並促進社會的繁榮。因此，法律文化（*Legal Culture*）¹與時俱進的旺盛生命力，以及不斷改革、進化的發展趨勢，除了源自其不斷吸收、兼容外來文化的開放性外，更在於其根植於本民族深厚文化土壤的基礎之上。

¹ 法律文化係指人類法律生活一切現象的總和，是由法律規範、法律制度、法律思想，以及實際運作的長期互動，在民族意識與民族心理層面上所形成的一種特有文化機制，除了外在的立法或司法因素，也包含人民對法律的認知與態度等內在因素，是用文化解釋的立場和方法，研究古今中外人類社會存在的法律現象和制度在文化中的價值和態度，而價值和態度則表現在人們如何看待法律？是否願意通過仲裁機構解決紛爭？裁判者接受何種訓練？法律與宗教的關係為何？法律與道德要如何區別？法律在此民族文化中有何社會意義？等討論（梁治平，1998）。

隨著全球多元文化研究的興起，各種民族運動的蓬勃，透過理論引介與在地實踐，承認原住民族（*Indigenous Peoples ; Native Peoples ; Aborigines*）²的集體權利，建構原住民法律體系，成為當前世界各國處理族群關係的優位政策，也是目前原住民族法律改革的理想與目標。原住民本來擁有不同的習慣風俗，呈現多元自主的法律形式，荷蘭及西班牙帶來當時西方大航海世紀開啓後的商品經濟法律制度。漢人移民、鄭氏政權和清國帶來前近代型國家的傳統漢民族法律秩序。非西方的日本帝國主義者則於十九世紀末將近代西方法制引進，台灣總督府以主權國家的強制武力迫使原住民納入統一且壟斷的國家法體系內，台灣殖民地的立法內容也從初期的舊慣承認，逐漸演變為以西方式法律為主的規範結構。這些不同的政權統治者透過種種手段，瓦解原住民各族原有的法律思維與文化價值。

泰雅族的思想觀念、政治、經濟與社會等文化規範，在短短五十年間發生激烈的重大轉折，原有維持部落社會秩序的價值觀與法規範，面臨殖民政權介入並改以國家法取代習慣法的危機，被迫經歷一個學習、吸收外來法律文化，以及改造、揚棄既有法律文化的歷程。泰雅族法律思維受到近代化／日本化的影響，使得原來的法律生活隨著時間推移產生更新。這樣的社會變遷卻與法律秩序產生不協調或脫節，讓泰雅族人在適應現代資本主義社會生活的同時，卻在經濟、政治與社會地位上處於一個非自願的邊陲位置，這樣的弱勢地位甚而持續至現代的台灣社會。這往往也是不同民族法律文化衝突後，弱勢（被統治）民族只能（被迫）繼受強勢（統治）民族法律體系的主因。

² 依據聯合國防止歧視暨保護少數族群小組委員會（*Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities*）特別專員（*Special Rapporteur*）José R. Martínez Cobo的報告，原住民係指：「those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems.」關於上述這段文字，參見《*Study of the problem of discrimination against indigenous populations*》（UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7 (1986)）。從這段文字中明白，原住民係指其先祖在外來殖民者或入侵者到來前就已經在當地居住、在目前居住的社會處於非統治地位、其文化特質異於主流社會、具有自我認同感，民族身分係由該民族自己決定的民族。而少數民族（*Minorities*）則是在多民族國家中不同於主體民族，且人口居於少數的民族，有時也包含外來移民，在某些特殊情況下，少數民族係指他們在社會或法律上的從屬地位，而不一定指人數較少，所以少數民族和原住民族是有所區別。至於原住民的定義或分類，還可參考《原住民和部落人口公約》（*ILO Convention 107 (1957)*）、《原住民和部落民族公約》（*ILO Convention 169 (1989)*）的論述。

隨著世界原住民權利意識的高漲，以及原住民運動所引發的當代思潮，立法保障原住民固有習慣法規範，早已是現代國家法律政策的首要考量。觀察聯合國的《世界人權宣言》（*Universal Declaration of Human Rights*，1948）、《消除一切形式種族歧視國際公約》（*United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*，1969）、《原住民和部落民族公約》（*Convention Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*，1989）、以及《原住民權利宣言草案》（*Draft declaration on the Rights of Indigenous Peoples*，1993）等條約，國際社會對於過往消極的反歧視與追求實質平等的訴求，也開始轉而強調原住民族自治權、發展權、資源權、傳統智慧權、文化資產權等「集體權利」（*Collective Right*）。

但在民族組成多元的台灣，除了部份原住民條款有入憲外，目前朝野積極推動的《原住民族基本法》、《原住民族發展法》、《原住民族自治法》等相關法案仍待立法院審議，原住民族權利法制化（*Legalizing Indigenous Rights*）的路途依舊很遙遠。未來要如何避免草率地複製西方社會的法律條文，忽略對本土資源的認真分析，制定出僅滿足統治政權利益的法律規範與體系；並在兼顧台灣島上不同民族的各種法律文化體系的基礎上，蒐集與整理台灣原住民族文化中涉及規範層次的習慣法，用以填補台灣法律史中的空白與缺憾。這項嘗試及摸索自然成為本文研究的最大誘因。

二、研究目的

法律不是一個獨立存在的體系，是一種抽象邏輯、是一種社會經驗、更是一個社會共同體的組成部分，當社會的語言文化、政治制度、經濟結構與宗教思想進化時，法律也會隨之變化。換言之，作為文化規範次體系的法律，其制定、執行或發展，充分受到文化價值與社會結構的影響，當文化價值瓦解或社會結構變動時，新一套價值系統的實踐，會導致原有的社會結構及文化價值產生極大的變遷。因此法律發展是一個具有整體性的概念，是一個連續不斷的變遷現象，通常的發展理論都將法律視為一個自給自足的實體來探討其整體結構演變，並從實際個案中瞭解法律與經濟、政治或社會結構的互動。

許多新近的社會學、人類學和法律學研究成果表明，無論是原始社會還是文明社會，法律存在的必備條件是只要有一種經過社會授權的組織所制定或約定俗成並具有強制力的規範，無論它是以成文或不成文的型態展示，或是否藉由國家體制產生，這個規範就具有法律效果。換言之，作為一種社會現象，在原始社會就已經存在著法律，只是其表現形式與現代意義上的法律有所不同。因此作為不同於國家制定法的另一種知識傳統和文化現象，習慣法是原始社會群眾調整社會關係、維持社會秩序的一種手段，研究原住民族習慣法毫無疑問地是法學的基本課題，若僅以國家存在與否當作法律產生的前提，必然會將泰雅族習慣法排除在法律史（*Legal History*）³乃至法學研究的視野之外。

法律發展是一種具有方向性的變遷，法律發展與社會發展是一個相適應的互動過程，是與社會、經濟、政治和文化發展相適應、相協調，包括制度變遷、精神轉換、體系重構等在內的法律進步與變革。法律發展的內涵基本上是與法制現代化相等的，意味著從傳統型法制向現代型法制的歷史變革過程，例如假設沒有商品經濟和資本市場的發展，就不可能有民商法、經濟法或相關法律的出現和完善，沒有政治體制改革，就不會有現代的民主立法。換言之，法律隨時都處於正在進化（*Evolution*）的一種狀態，本文關注並限定觀察日治時期泰雅族習慣法的發展，就是因為泰雅族的社會在這段期間經歷重大變革，從獨立自主的部落法到現代主權國家統治的實定法進程，就是社會制度變遷所引領的法律文化變動。

緣此，本文將以發展（*Development*）作為討論核心，從整個泰雅族文化網絡中進行理解，並依循泰雅族民族誌（*Ethnography*）⁴的歷史文獻記載，通過分析宗教、經濟、政治與思想觀念等一系列因素的互動，說明泰雅族習慣法的發展

³ 法律史學是研究過去包含法規範與法事實的法律現象，其方法偏重歷史時間的連續性，透過對以往法律現象的瞭解，經由分析個別歷史事件的因果關係，解釋過去法律適用的具體內容與運作情形，試圖找出一個普遍架構以設計相對應的法律制度，並建構完整的法律發展理論。

⁴ 民族誌是文化人類學中的一個領域，是通過長期的個人接觸，對被研究社會所觀察的現象提出解釋，其研究方法有從人類學的觀點，將特定民族的環境條件、生產方式、食衣住行、社會組織、法政制度、宗教信仰、藝術、語言等現象，以系統的方式加以考察並記述。換言之，民族誌學係用科學的方法，研究某一群人類的風俗習慣，以期闡明其開化之起源、發生與發展。法律民族誌也是民族誌的一種，是以記述某個民族的傳統法律制度現象為對象和內容。

是一個文化系統整合歷程。泰雅族法律文化的變遷，對台灣優先的法律研究能否啟發一條新的途徑？泰雅族固有的法律邏輯、架構，能否被吸收、納入台灣法的多元來源之一？多民族的台灣能否創造各民族法律文化兼容並蓄的空間？這些問題都指向一個終極目標，泰雅族習慣法發展歷程的探討，不僅是追問民族法⁵的發展途徑，更有其不容忽視的現實意義：代表國家／政府能否尊重在這塊土地上生活最久的原住民之民族權利，並從側面探求未來的台灣能否建構一個立足本土、對等夥伴關係之法律制度的美好遠景。

第二節 前人的研究

一、日治時期

台灣原住民研究奠基於日治時期，台灣總督府為統治需要，在一八九五年（清光緒二十一年、日明治二十八年）至一九四五年（日昭和二十年、民國三十四年）間，對原住民展開全面性的系統化、科學化的研究，這些田野調查留下法律生活與民族認同的線索，是法律人類學研究的基礎與探討原住民法律變遷的珍貴資產。而其中有關原住民族相關討論、調查，大略可分為三個階段：（1）「東京人類學會」時期（1895-1900）。（2）「臨時台灣舊慣調查會」時期（1901-1927）。（3）「台北帝國大學」成立後至中華民國時期（1929-1945）。以下就針對不同學者的論述進行概要介紹，重新梳理泰雅族的相關文獻。

第一階段的代表性人物，主要有鳥居龍藏、伊能嘉矩與森丑之助等學者。鳥居龍藏曾在一八九六（明治二十九年）年至一九〇〇年（明治三十三年）來台四

⁵ 民族法學是中國在一九八〇年代後發展的新興學科，主要探索少數民族地區的法治與國家解決民族問題的法律途徑，以及討論民族區域自治權益保障、人事、語言文字、經濟、教育、文化科技、風俗習慣、宗教信仰等少數民族法律制度的論述，其研究取向有：（1）處理民族關係的現行法研究；（2）少數民族傳統法律文化的研究；（3）多民族法律實施的研究（林長振，2002）。例如范宏貴（1990）就以豐富的調查資料和歷史文獻，針對習慣法與禁忌、道德、法律、鄉規民約等異同做出區分，闡明習慣法產生於原始社會，並指出由於觀念的不同，各民族在處理、調解與斷案中也有所不同。

次，是完成台灣民族學、人種學初步工作的第一人，他率先進行原住民的實體測量、調查和研究台灣原住民族，並將原住民族進行分類。他在一九〇二年（明治三十五年）撰寫的《紅頭嶼土俗調查報告書》是台灣原住民的第一部民族誌。

伊能嘉矩先後出版《台灣蕃人事情》（2000）、《台灣蕃政誌》（1999），以及《台灣文化誌》（1985-1991）等論述，對台灣原住民的分類與平埔族的研究貢獻良多。特別是他與栗野傳之丞在一九〇〇年（明治三十三年）合著《台灣蕃人事情》的出版，是第一個對泰雅族民族範疇進行劃分與認定的專著。他在書中依據語言、風俗習慣等異同，將台灣原住民分成アタイヤル（泰雅）、ヴオヌム（布農）、ツオオ（鄒）、スパヨワン（排灣）、ツアリヤソ（澤利先）、プユマ（漂馬）與アミス（阿美）等七族。

森丑之助於一八九五年（明治二十八年）來台，原為中國話的翻譯官，來台後開始學習台灣原住民族語言，著有《台灣蕃族志第一卷》（1917）與《台灣蕃族圖譜》（1994）。在《台灣蕃族志第一卷》書中，他以泰雅族的體質資料、考古資料、語言文化等資料，從種族、體質、社會狀態、風俗、信仰與經濟等方面來探討泰雅族的社會文化。在社會狀態篇中，他論述了蕃社組織、頭目、家族、婚喪喜慶、與社會制裁的慣例，指出「*gaga* 的本來意思亦意味著慣習規則，但平常則指依據此慣習規則所支配的團體之一族而言（黃文新譯，1917：145）。」從而提供研究泰雅族社會的原始刑罰的方法與內容。

第二階段的開始，源自於台灣總督府於一九〇〇年（明治三十三年）至一九〇一年（明治三十四年）間，由岡松參太郎分別主持「台灣舊慣研究會」與「臨時台灣舊慣調查會（一九一九年〔大正八年〕後改稱台灣總督府蕃族調查會）」的成立，主要以台灣漢人法制舊慣為研究範圍，後於一九〇九年（明治四十二年）設立「蕃族科」。該科成立後，台灣總督府基於政治需求（徹底控制原住民）與受歐陸法學思潮影響，認為法律和生活之間存有相當聯繫，希望能從原住民固有生活習慣（例如食、衣、住、生產、宗教等）的考察中，找尋殖民政權法律文化建置的可能道路。因此官方積極從事原住民舊慣調查，陸續出版佐山融吉編撰的《蕃族調查報告書》（1913-1921）、小島由道等編撰的《蕃族慣習調查報告書》

(1915-1922)、以及岡松參太郎編撰的《台灣蕃族慣習研究》(1921)。

小島由道編撰的《番族慣習調查報告書第一卷》(1915)是泰雅族習慣法研究的先驅之作，是長期深入部落所獲得第一手資料的結集，以法制史的理論方法對泰雅族的社會性質與律法觀念進行探討，目的是希望提供台灣總督府立法的依據。他在報告中提到 *gaga* 為慣習或祭祀之意，*qutux* 則為一個或共同之意，因此 *qutux-gaga* 為聯合祭祀之意（中央研究院民族學研究所編譯，1996：43）。這是最早對 *gaga* 提出觀察與解釋的論述，並闡明 *gaga* 在泰雅族不同亞群間，呈現其範圍與部落等組織不一致的論說，也對泰雅族的婚姻、收養、財產、土地、所有與繼承等概念提出深入分析。

一九一三年（大正二年）起由佐山融吉編撰的《蕃族調查報告書》(1917、1918、1920)系列中有三卷與泰雅族相關，分別是一九一七年（大正六年）的紗績族、一九一八年（大正七年）的大么族前篇、以及一九二〇年（大正九年）的大么族後篇。在這些文獻中，佐山融吉分別從社會狀態、季節行事、宗教、戰鬥和媾和、住居、生活狀態、人事、身體裝飾、遊戲與玩具、歌謠與舞蹈、教育與神話傳說等，探討泰雅族的物質文化和生活習慣，指出 *gaga* 就是在同一慣習下生活之意，而以血族團為規則（余萬居譯，1985a：31）。

岡松參太郎於一九一八年（大正七年）至一九二一年（大正十年）間編撰八卷的《台灣蕃族慣習研究》(1995)出版，書中所用資料係以《蕃族調查報告書》與《蕃族慣習調查報告書》為主。他認為原始社會的（習慣）法研究，是法制史與社會史不可忽視的重要資料，於是他師法梅因（*Henry Sumner Maine*）(2002)在一八六一年所出版的《古代法》(*Ancient Law*)研究，將台灣原住民族的習慣法體系以歐洲及日本的民法架構進行探索，全書有著非常嚴謹的法學架構。

「臨時台灣舊慣調查會」在一九一九年（大正八年）解散，改由「蕃族調查會」代之，此後到一九二八年（昭和三年）「台北帝國大學」成立前，整個台灣原住民研究陷入低潮，這段時間的代表學者為小泉鐵。他於一九二五年（大正十四年）至一九二八年（昭和三年）間，數度來台從事泰雅族及其他原住民族社會制度的調查，出版《蕃鄉風物記》(1932)與《台灣土俗誌》(1933)二書。他嘗

試將村落構成與土地所有的關係進行連結，提出 *gaga* 的本來意義是習慣，且已成為要共同遵守的法則，在祭祀行事時自成爲一個團體（小泉鐵，1932：60）。以及 *gaga* 就是法律之意，是他們之間的慣習法。共同其法律者的集團其本身也稱爲 *gaga*（黃文新譯，1933：197）。

第三階段則是一九二八年（昭和三年）台北帝國大學土俗人種學研究室的成立，爲原住民研究帶來新的發展。移川子之藏、宮本延人和馬淵東一三人在一九三五年（昭和十年）出版《台灣高砂族系統所屬の研究》（1938），依據傳說的系譜知識與語言文化特徵爲線索，重構原住民各族以遷移爲中心的歷史，並將台灣原住民分爲九族，此分類法亦爲後來學者所沿用。在一九四四年（昭和十九年）出版的《原始刑法：高砂族の刑制研究》（1946），出身於農業經濟研究室的增田福太郎，從刑罰角度討論泰雅族的犯罪觀與以神意決斷的制裁方式，特別是有關馘首審的珍貴資料，爲泰雅族習慣法的裁判方式指出明確的架構。

二、民國時期

對原住民持續進行民族誌記載、分析的研究取向，亦爲國府來台後的學者繼承，黃應貴（1999：60）就曾經以台灣社會的發展階段與人類學在台灣的發展脈絡，將台灣原住民研究分爲三階段來討論整體的研究趨勢。第一期是一九四五年到一九六五年間，學界對台灣南島民族的研究主題是其過去傳統的建構。第二期是一九六五年到一九八七年間，學界著重於南島民族的社會文化在現代化、工業化衝擊下的變遷與持續時期。第三期是一九八七年以來，隨著台灣社會解嚴的開放與族群之間更密集的交往，新的研究主題不斷出現，也是人類學探討文化實踐與社會實踐的時期。

第一個時期的首要研究是陳紹馨等人（1950）在一九四九年所進行的〈瑞岩民族學調查初步報告〉，書中涵蓋人口與家族、物質文化、宗教、時間觀念、系譜、親屬制度、體質等層面，此報告樹立國府時期人類學者從事民族學田野調查的範例之外，並重新啓發國內學者對泰雅族研究的熱誠，嘗試對 *gaga* 進行論述的風潮再起。例如林衡立就認爲 *gaga* 帶有社會法律的意義，它是遺訓，也是祖先用以守護、命令、審判子孫者（陳紹馨等，1950：46）。王崧興認爲 *gaga* 即是

互守共同的習慣、禁忌，共同舉行祭祀的團體（黃智慧譯，1986：572）。

李亦園等（1963、1964）從南澳金洋村泰雅族遷移歷史及文化背景著手，介紹南澳泰雅族人的社化過程、社會組織、超自然信仰與神話傳說，是一個超越日治時期的民族誌資料。他們發現在結構鬆散的泰雅族內，代替親族組織發生作用的就是各種共同參加宗教儀式的 *gaga*，是藉由崇奉超自然儀式的執行滿足泰雅族生物與社會兩者間互動所產生的種種心理需求。所以 *gaga* 的本意為祖訓或祖示，很明顯地是集合一些較近的親族（及一些假定的親族）組成團體以便共同遵守祖先的遺訓，遺訓為 *gaga*，因此團體亦以 *gaga* 稱之（李亦園等，1963：296）。

第二階段是台灣人類學界進入現代化的變遷與持續研究的時期，不同學者的不同研究都論及泰雅族呈現多聚落、無固定政治組織、經濟結構無明顯發展，以及親屬組織鬆散的雙系社會。例如折井博子（1980）從血族、祭祀、共食、地緣等方面來探討，認為 *gaga* 是以血緣與祖訓、習慣與道德禁忌、以及祭祀與生業等觀念所產生的制度，並具體呈現在其為血族、祭祀、共食、地緣、制約、獵團等不同概念混合的共同團體，擔負著泰雅族社會凝結的功能與機制。但各方對於 *gaga* 組成特性，以及材料掌握不足，始終無法將 *gaga* 與社會組織的框架相吻合。

第三階段是台灣解嚴之後到今日的情形，伴隨著國際社會越來越關注原住民權利發展的趨勢、原住民運動意識的高漲，以及台灣本土化的浪潮，許多原住民年輕一代自覺後投身於民族政治、經濟、社會與文化的重建。這時期後的原住民研究，開始出現書寫我族的第一人稱論述，內容從著重於物質文化、社會組織與宗教信仰的探討，轉向研究社會文化整合變遷過程。雖然研究者有意無意地忽略統攝於「原住民」一詞下的民族內部社會歧異，而將其視為由鬆散文化特質所組成的整體，但在這個階段也逐漸出現有關法律變遷與權利正當性的論述，開始有學者擺脫過往單純地以社會組織或宗教儀式的二分法來理解泰雅社會。

在《泰雅族的慣習法與贖罪，祭祀以及共同體》（1987）一書中，山路勝彥作了新的嘗試，指出舊慣時代的泰雅族視通姦、離婚、殺人等為犯法，認為是會帶來不潔、不淨、不吉的行為而被嚴厲地制裁、被要求贖罪，然後為著要洗滌不淨、禳除不吉而設有「共食」（*qutux-negan*）之機會，而這共食的單位是

(*qutux-gaga*)，即「共守相同習慣」的人們(山路勝彥，1987：11)。亦即 *gaga* 涉及違法行為所帶來的「不潔」、「不淨」、「不吉」行為，這都是一種神罰，必須透過共食進行贖罪，而「不吉」、「不淨」、「拔除」、「洗清」這些言詞才是規定泰雅族習慣法本質的關鍵概念(山路勝彥，1987：30)。

山路勝彥指出作為共同體的 *gaga* 會隨著情境更替而形成不同範疇，其變動原因來自於祭祀與贖罪、和解，所以禳拔不潔的目的就是要重建並調和人與神的秩序，而不在於處罰犯人。而殺人、通姦、離婚，特別是對法律之重大侵犯，對世界秩序之挑戰，都是冒瀆神的秩序，一但發覺違法事件之後，每次都只得請求神諭。而為了再重建世界秩序，比任何都需要除掉神罰，為此犯罪者必須提供「贖償」(*gomabeli*) 來贖其罪，因此與其說向人贖罪不如說向神贖罪者為泰雅族習慣基本精神(山路勝彥，1987：54)。總之，山路勝彥認為 *gaga* 並非一個制度化的團體，它的基本觀念所指涉的就是人與祖靈(*rutux*) 間的關係。

身為泰雅族的廖守臣在《泰雅族的社會組織》(1998) 做了新的努力，他在前人的基礎上展開研究，探討泰雅族人際之間的社會組織，以及人與自然、超自然之間的信仰與精神生活。他除了補充了過往資料的不足，更重要的是他從泰雅族史觀出發，作一個新的調查與了解。他認為 *gaga* 一詞，為「風俗習慣」或「習俗」的意思，一個泰雅族人一聲中需依照傳統習俗所支配的生活規範、價值判斷等，以維繫該族群人的生存，並予以傳承或維護(廖守臣，1998：50-51)。他在書中也透過田野所蒐集的資料，詳述泰雅族人的犯罪觀念、習慣法來源、刑責與制裁、訴訟程序與判決效力等，為後人研究提供一個重要的參考。

第三節 研究的架構

一、研究方法

法律孕育於社會案例(*Case*)之中，是解決社會糾紛的一套特殊辦法和系列原則，透過調查和分析該社會歷史上曾發生過的糾紛，考察其解決的原則，歸納

整理被研究社會的法律實踐，通過既相似又有差別的反覆出現案件，尋找、創造並進一步發展成爲一項正式的法律。霍貝爾（*Edward Adamson Hoebel*）（1954）就強調案例在原始法研究中的重要，因爲許多有效的法律制度，並不完全是人們理性設計的結果，更多地是人們行動和實踐的產物，所以他從三方面來討論原始法的研究方法：（1）在觀念中構成能正確引導和控制人們行爲的準則。（2）對現實生活進行描述並根據實際存在的行爲探索其模型。（3）研究事故、爭端、冤情和糾紛的案例，考察它們的性質及其發生的原因和過程，如果可能的話，還要考察其動機和結果。運用這些方法，就是企圖從案例中瞭解原始社會的法律結構。

法律是社會生活的一部分，也是一種動態的文化現象，法律必須依賴其他文化因子（如宗教信仰、政治制度、經濟型態、社會組織）才能發展。因此「法律發展歷程」將成爲本研究的重要參考。希望透過探究日治時期泰雅族習慣法規範的解釋與適用，對其法律現象形成之原因和實際運作之情形進行認識與了解，例如婚姻家庭制度（擇偶、結婚或離婚的規則）、物權（土地的占有、使用、收益和財產權）、債權（契約行爲）、侵權制度、生產制度、公共事務管理制度、違法犯罪的處罰等，明白這些規範對當時的社會型塑何種的法律生活或法律文化型態，在這個基礎上推測其是否透過文化傳遞而影響現今的法律社會，並從泰雅族法律文化與法律生活的變革中相互印證。

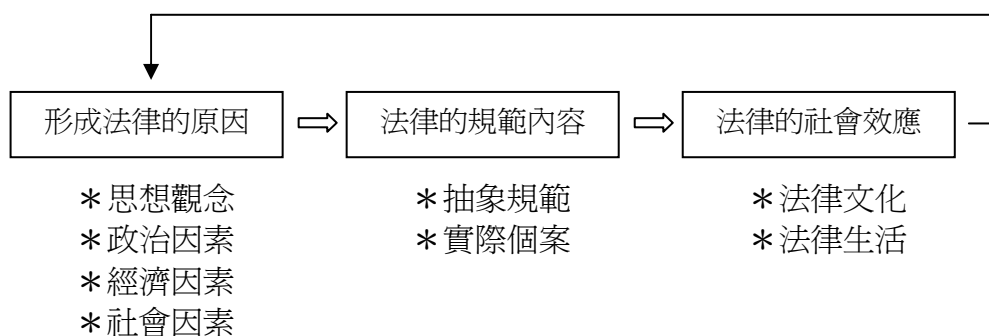


圖 1-1：法律發展歷程示意圖

資料來源：王泰升（1997），《台灣法律史的建立》，頁 8，台北市：自刊。

除了從泰雅族法律生活的糾紛解決進行案例研究 (*Case Study*) 外，還將以歷史研究 (*Historical Research*) 方法進行。因為對法律現象的探討，必須兼顧「法規範」(即法律當為規範) 與「法事實」(與法規範相關的經驗事實)，其方法就是歷史考察。歷史的發展有如長河，後段歷史必定是承繼前段歷史的發展，欲研究泰雅族習慣法的體系，必須綜觀一個有脈絡關係的時空背景，經由現代與過去永無止境的對話，冀求提供一種了解過去的視野，甚而在一定的限制範疇內，預測某種法律規範的施行結果及其帶來之社會效應，藉以設計相應的策略來維持或變易傳統觀念，達到改善現行法律的目的。

二、名詞界定

(一) 泰雅族 (*Atayal*)

泰雅族的民族範疇雖在日治時期由學者識別完成，但泰雅族的稱呼最早卻是一八九八年(明治三十一年)，由德國歷史學家維爾 (*Albrecht Wirth*) 提到：「在北緯 24°10'-25°之間的台灣中央山脈中，住著 *Atayal* 人 (*Ataiyal* 或 *Tayal*)，分為許多支族，而語言大致是相同的(台灣銀行經濟研究室譯，1957：7)。」此用法後來也逐漸為學者所用。台灣總督府的正式認定則遲至一九一三年(大正二年)刊行的《番社戶口》，才將台灣原住民分為 *Atayal*、*Saisiat*、*Bunun*、*Tsou*、*Paiwan*、*Ami* 與 *Yami* 等七族。而中華民國政府則將原住民統一譯名為泰雅 (*Atayal*)、賽夏 (*Saisiyat*)、布農 (*Bunun*)、鄒 (*Tsou*)、排灣 (*Paiwan*)、魯凱 (*Rukai*)、阿美 (*Amis*)、卑南 (*Puyuma*) 與雅美 (*Yami*) 等九族。

隨著歷史時間的延續，這個為了統治方便而劃分的民族分類，在今日的台灣社會引起很大的討論。對於賽德克群 (*Seediq*) 是否應包含在泰雅族的民族範疇之內，在民族意識與民族認同上是有些爭議，原因是這些被統治政權認定具有相近風俗習慣、語言文化、社會結構與體質特徵的群體，在日治初期仍處於原始部落生活型態，個人認同的不是血緣或地緣重疊的我群，就是自身所在的祭儀或狩獵團體，並未產生相同的民族意識。換言之，泰雅族的範疇與指稱是被統治者創造出來的，泰雅族或泰雅文化的概念也是在台灣總督府權力架構的操作下，在日治時期的五十年間慢慢地被認知、漸漸地普及。

時至今日，有關族群與文化認同的問題逐一浮現，原先依附在泰雅族內的各亞族、各部群，開始出現要求脫離泰雅族或推動正名的運動。尤其是遷移至花蓮居住的賽德克亞族內的太魯閣群人，在主觀上就無法對這個由外來統治者所認定的民族範疇產生認同，希望從原先被劃歸為泰雅族的分類中脫離出來，於是積極從事正名為太魯閣族 (*Truku*) 的運動。此舉於二〇〇三年七月二十六日獲得官方回應，由中華民國行政院長游錫堃於花蓮縣秀林鄉公開宣示，將於今年完成正名程序，讓居住於太魯閣地區的原泰雅族人得以選擇成為太魯閣族。

任何民族都有自我命名的選擇權利 (*Right*)，但這個由國家基於統治利益所劃定的民族範疇，究竟會對民族內部產生何種影響？對史料的解釋與取舍是否會有衝突？這些問題就要透過不同學者對民族形成與族群邊界的討論，作為釐清泰雅族民族範疇的依據。葛慈 (*Clifford Geertz*) (1973) 就從人類學角度出發，強調文化原初情感的重要性。他將文化視為一種象徵體系 (*Symbolic System*)，是人們對世界的看法與對事物的認知，而且文化具有某種程度的強制性，就是這些原初的情感連繫構成人們的身份與認同的基礎。

巴斯 (*Fredrik Barth*) (1969) 反駁將族群當作是文化承載單位且分享共同文化特質的看法。他強調對特定族群進行客觀描述，其重要性遠不如對於族群邊界 (*Ethnic Boundaries*) 的觀察。他認為族群的區別或分類，並非因為彼此缺乏文化流動、人際接觸或資訊交換。因為縱使社會互動頻繁，族群間存在著接觸與相互依賴關係，個別的生命歷程在族群中不斷地出入，但群體間的文化差異與族群界限仍舊被維持，且文化特質會不斷變動，因此型塑族群的具體意涵，是行動者運用族群身份去區分我群與他群，並藉以進行互動。

安德森 (*Benedict Anderson*) (1991) 以文化根源來闡釋民族的想像。他認為民族是一個本質被想像為有限的，而且同時具有主權 (*Limited & Sovereign*) 的共同體。他指出中世紀歐洲的兩個重要文化體系－宗教社群 (*Religious Community*) 與王朝 (*Dynastic Realm*) 的殞落，使得拉丁文 (神聖語言) 失去象徵的支配力量，人們開始尋找能將權力及時間連結的新方法。加上「印刷—資本主義」 (*Print-Capitalism*) 的出現，改變人們過去理解時間及世界的模式，使

得一種新形式的想像共同體成爲可能，促成具有政治界線的當代民族產生。因此他得到一個概念，即民族是一個想像的政治共同體 (*Imagined Communities*)。

霍布斯邦 (*Eric J. Hobsbawm*) (1990) 認爲藉由語言、共同區域、歷史或文化特徵的標準，去描述民族性或進一步解釋民族的形成，基本上都犯了先驗的錯誤。從經驗事實來檢視，永遠只有少部分的成員可以被視爲擁有同一民族的身份。況且這些指標 (如語言) 的界定，本身就不是固定或一成不變的，而是具移動性 (*Shifting*)。因此他認爲沒有任何一個客觀或主觀的定義是令人滿意的，而且都是一種誤導，一個民族的形成決不是僅經由個人或集體認同的主觀選擇，彼此自願地相互承認同屬一個民族，這是將一個民族的創造或再創造，都歸諸意志的問題，而缺乏對現實條件的考慮。

王明珂 (1997) 指出傳統歷史學或考古學上的溯源研究方法，都因爲無法取得客觀資訊進行分析而形成了一道障礙 (如研究者自身的族群認同與認同危機所導致的偏見)。基於傳統研究的缺憾，他結合人類學族群理論 (*Ethnicity Theory*) 與社會記憶理論，用邊緣研究的模型，以及集體記憶 (*Collective Memory*) 或結構性失憶 (*Structural Amnesia*) 的研究取向，提出與過往專注在體質、語言、文化風俗、生活習慣等族群內涵上截然不同的看法與角度。認爲民族被視爲一群人的主觀認同範疇，並非僅是一個特定語言、文化與體質特徵的綜合體，而這種主觀認同 (族群範圍) 是由族群邊界的界定來加以確認，且這個邊界會隨著內外環境的變化發生認同變遷。

從上述的討論可以發現，主觀認同是民族劃分的重要因素，民族除了具備血緣、語言、文化、宗教或體質的特徵等既定條件外，還必須處在一個特定的社經情境，以共同意識設定邊界排除他人，透過想像 (*Imagined*) (包括對集體過去的詮釋與篩選) 所建構的社群 (*Community*)，而且成員被理解爲有共同的我群觀念，是一個想像的共同體 (*Imagined Communities*)。值得注意的是，在主觀範疇形成的過程中，可以觀察到原來的共同祖源被淡忘，新的共同祖源被強調，族稱被重新定義，以及新的文化特質被強調等表徵。換言之，一個民族的形成、範疇或族稱，絕非任憑外來統治者強制賦予或操弄。

至於台灣島上的民族間是否有明確的族群界線？賽德克群（*Seediq*）是否應自泰雅族的民族範疇脫離出來？*gaga/gaya* 的不同發音是否隱含什麼特殊意義（*gaga* 與 *rutux* 並非通用於各地，譬如 *gaga* 是泰雅亞族的通稱，霧社地區稱為 *waya*，而太魯閣地區則用 *gaya*。*rutux* 一詞亦有相同情形，泰雅亞族稱 *rutux*，但太魯閣及霧社地區則用 *utux*。）？這些問題在本研究中似乎可以暫時忽略，因為至少在這個研究中，*gaga/gaya* 都指向律法型態的意義，而且現今歸屬於泰雅族內的各群都可以發現以 *gaga/gaya* 為核心的習慣法體系，故在本文的討論中並無區分的實益。至於泰雅族內的不同亞族或不同地區的習慣法發展是否有先後差異？*gaga/gaya* 的歧異有無任何現實意義？仍留待後文的繼續比較。

（二）習慣法（*Customary Law*）

關於習慣法發展的討論，除了必須明白其生成的社會文化網絡外，還必須先探討何謂習慣法？事實上，受到近代主權國家的發展，多數學說認為法律必須藉由國家強制力方能實現，卻忽略作為原始社會秩序維護的習慣法。事實上，習慣法是從原始社會以來各民族為維護社會秩序、保障社會安寧、調整人際關係而自然形成，或經由社會成員集體制定的行為規則。這些規則依靠社會的輿論、成員的信念、群眾的力量、民族的意識，甚至神明的力量來實施。雖然多數學者對於習慣法是否存在這一問題皆持肯定態度，但對其定義則眾說紛紜，以下將透過對不同觀點的檢討提出解釋與運用。

《中國大百科全書·法學》指「習慣法係經國家認可並由國家強制力保證實施的習慣，是法的淵源之一。習慣是在社會生活中經過長期實踐而逐漸形成為人們共同信守的行為規則。在國家產生以前的原始習慣並不具有法的性質，它是氏族社會全體成員共同意志的體現，如禁止氏族內結婚、氏族成員互相幫助、共同防禦一切危險和侵襲以及血族復仇等，都是為了維護其生存而自然形成的共同行為規則。它是依靠傳統的力量、人們內心的信念和氏族長的威信來維持的（中國大百科全書出版社，1984：87）。」《中國法律問題詮釋》則認為「習慣法是不成文法的一種，指國家認可並賦予法律效力的習慣（王金成等，1991：6）。」

以上兩種觀點並未區分「習慣法」與「習慣」的不同，對習慣法作為法律之一種形式的事實視而不見，忽略那些未被國家認可卻實際存在的習慣法，混淆了習慣法與制定法的區別，限縮了習慣法的範圍，也與習慣法在現實生活中廣泛存在的事實不相符合。而且這種觀點只承認正式意義上的習慣法，將習慣法視為不成文法的一種，是由國家認可並賦予法律效力的習慣。這種觀點否定原始社會法律存在的可能，認為維持社會秩序和調整人際互動的是習慣，法律則是隨著國家出現後才產生的。這種將習慣法的範圍侷限在國家所認可的部分，限縮習慣法概念的外延，除了否定習慣法有成文或不成文形式存在的可能性，亦無法解釋原始社會具有規範人們生活效力的概念本質。

《牛津法律大辭典》則認為「習慣法是當一些習慣、慣例和通行的做法在相當一部分地區已經確定，被人們所公認並被視為有一定法律約束力，像建立在成文的立法規則之上一樣時，它們就理所當然可被稱為習慣法。而且，習慣法至今仍在世界上廣泛存在，非洲的大部分地區是服從習慣法的，儘管有些地方也有西方式的法律作裝飾，在印尼，習慣法一直是穆斯林法律和荷蘭殖民者引入的民法觀念得以產生的基礎，在中國習慣法可能仍是有效的法律（北京社會與科技發展研究所組織譯，1988：263）。」此定義表達了習慣法的本質，同時也說明了習慣法必須具有約束力。但要注意的是，這個定義並無限縮習慣法的表現形式，表明習慣法作為除國家法的行為規則的可能。

哈特蘭（*Edwin Sidney Hartland*）（1924）提出原始法就是部落習慣總體的主張，認為習慣法就是傳統的習慣或習俗。此說法混淆了習慣法與習慣的區別，因為習慣的內容和範圍都是不確定的，同時也未將具有規範意義的規則與人們日常生活的行為加以區分。這個看法自然引起後來的學者批評，因為如果照字義解釋，這意味著陶器製造術、鑽木取火術、訓練小孩大小便的方法，以及所有人們的習慣都是法律（*Hoebel*，1954：20）。

高其才（1995）在廣泛地比較中國境內少數民族習慣法的性質、特徵與功能之後，認為所謂的習慣法是獨立於國家制定法之外，是依據某種社會權威和社會組織，且具有一定強制性的行為規範總和。在《中國習慣法論》書中，他列出宗

族習慣法、村落習慣法、行會習慣法、行業習慣法、宗教寺院習慣法、秘密社會習慣法和少數民族習慣法等七部分，認為習慣法源自於原始習慣，是民間在長期歷史生活與社會交往中共同確認並加以遵守的行為規範，目的是維護有利於民族整體的社會關係與社會秩序。從這個觀點來看，高其才認為習慣法是相對於國家法的，只問其權威來源是否是國家，而不管其具體形式究竟為何。

梁治平（1996：1）指出習慣法是在鄉民長期的生活與勞作過程中逐漸形成的一套地方性規範，它被用來分配鄉民之間的權利、義務，調查和解決他們之間的利益衝突，並且主要是在一套關係網絡中被予以實施。在這個觀點中，他從三方面進行闡述：（1）習慣法是地方性且未成文的規範，與國家制定法的適用範圍不同，與其他類型的民間法相比，具有更多的地域特徵。（2）習慣法的形成過程是鄉民長期生活的累積，不同於國家法是由立法者由上而下制定頒布的，習慣法雖未形諸文字，但並不因此缺乏效力和確定性。（3）習慣法的功能與效用是在關係網絡中調整、分配權利義務並解決利益衝突的規則，其效力來源於鄉民對此種地方性知識的熟悉和信賴，並且主要靠一套特殊關係結構的輿論機制來維護。

從這些不同的論述可以發現，習慣法和法律的目的與作用都是為了維護社會秩序、保障社會安寧、促進社會健康發展和調整人際之間的相互關係。雖然掌握習慣法或法律之解釋權力的人，會因為時代、民族或社會地位的不同，對社會秩序產生新的理解。但毫無疑問地，習慣法被視為法律的一種而非習慣，就是因為它具有以下五點特徵。

其一，習慣法是一種行為規則，對一定地區群眾的行為具有指導功能、評價作用、預測效果。它賦予人們一定權利的自由，並科以人們一定義務的履行。習慣法的價值實現就是透過規範群體行為，從而達到公平、正義與秩序的狀態。

其二，習慣法在其法領域內具有普遍、持續的約束力與權威性。習慣法作為法的存在仍然在世界各地仍有著不可忽視的作用，任何地方的習慣法都不會針對某些特定的個人而制定，只要有這種行為規則存在的地方，群體全都得遵守，違反這一規則的結果也必然大致相同。

其三，習慣法並非僅能由國家所制定或認可，它是在特定時空環境下約定俗成的行為規範。作為法律多元存在的表現形式，習慣法是一種文化傳統的積累沉澱，是憑藉民間權威來保障實施，並在這個權威下不斷地傳播、繼承、維繫和發展，若將國家視為法律存在的前提，將會割裂法律和社會之間的聯繫，忽略對法律制定產生基礎影響的社會生活與傳統習俗。

其四，習慣法不是道德規範。習慣法與道德也有異同之處，相同的是二者都是對人類行為的約束，而且習慣法的實施和道德的遵守都是依靠精神力量。不同的是，但習慣法反映在人們具體行為中，道德則著重於思想言論等。道德的真正範圍是個人的良心，但習慣法則必須具有群體性質。而且習慣法比道德具有更高的權威性及強制性，不道德的行為會被批評、譴責，但不會受到處罰，但違反習慣法的行為則必然要受到相應的懲處。

其五，習慣法不同於習慣。習慣有個人與群體之分，而且習慣的內容也是不確定的，但習慣法卻是群體性的規範，習慣的遵守與否並不具有強制性，習慣法則被要求嚴格遵守，否則將會引起具體明確的強制後果。

雖然學界迄今沒有廣義或狹義習慣法的概念區分標準，反映出習慣法概念的可伸縮性，使得習慣法的面貌略顯模糊，甚至認為習慣法可被其他同義之詞取代，如活法（*Living Law*）、初民法（*Primitive Law*）、傳統法（*Traditional Law*）、固有法（*Indigenous Law*）或民間法（*Folk Law*）。但無論是站在寬鬆或是嚴格的立場上，本文認為只要在一定的時間、地域與社會組織中自發形成，依據某種社會權威確立，具有強制性和習慣性以反應共同利益，並有明顯的地域性及群體性特點，該地域、群體以外的成員不受其約束的行為規範就是習慣法。

三、內容架構

法律文化與法律發展有著密切的關係，法律發展關注的是社會變化與法律變化之間的相互作用，特別是社會變革對法律制度的影響。從法律文化的角度來看，泰雅族習慣法由傳統到現代的變遷，並非在歷史演進下自然改變的，而是外來勢力積極介入的結果，特別是迥異的殖民法律規範，強加並取代原有文化體系

之故。因此若從泰雅族歷史分期的角度來觀察，要論述習慣法的變遷，應可以簡略地分為三個時期：(1) 遠古至日本統治之前的原始法時期。(2) 台灣總督府統治下的近代歐陸法繼受時期。(3) 中華民國政府接收台灣後的同化時期。

毫無疑問地，日治時期是泰雅族從原始社會（被迫或非自願地）進入現代社會的重要轉折點。也是在這個階段，泰雅族社會規範從習慣法轉變到國家法，促使泰雅族原有習慣法文化面臨瓦解，既存信仰價值觀的破碎，解決社會紛爭的機制被取代，這個巨大變動對群眾法律生活的影響，從而使泰雅族人在日治五十年間，社會發展就從原始部落過渡到現代資本主義國家體制內。基於以上認識，全文將分為以下五章討論泰雅族習慣法體系在日治時期的發展。

第一章，序論。簡要地說明本研究的重要、目的與方法，並在回顧前人研究的基礎上，對「泰雅族」與「習慣法」的定義進行釐清，以利全文的鋪陳。

第二章，探討法律與其發展的概念。日治時期的殖民地立法將近代西方歐陸法律制度引進台灣，而西方法律文化的影響亦隨著中華民國法制並承續至今。雖然理蕃當局並未直接對台灣原住民族進行特別立法，但伴隨著官方勢力的深入與控制，泰雅族原有法律生活亦漸次受到西方法律文化的影響。因此本章擬從西方法律思想的演變，探討泰雅族所繼受的法律背景，並從不同法學家對法律變革的分析中，找尋泰雅族習慣法發展的可能道路與方向。

第三章，探討泰雅族的習慣法。欲對法律發展作出正確的解釋，就必須考察其所在社會的文化背景。因此本章將先簡述泰雅族的一般社會文化。其次，針對泰雅族習慣法的核心—*gaga*—進行分析，以理解規範部落群體秩序的來源，並說明習慣法的形成、不法行為的制裁、裁判程序，以及特徵。

第四章，探討泰雅族習慣法變遷的因素。泰雅族習慣法制度或體系的變革可說是因為殖民政權強制介入所引起的。台灣總督府透過武力鎮壓、殖產興業與教化措施，迫使泰雅族揚棄過去依賴宗教力量解決紛爭的機制，轉而繼受日本化的近代西方法。本章以民事法律的演變作為例證，探討泰雅族繼受西方法的經過與影響。由於經濟開發的導引，日本極欲取得泰雅族所在區域的山林原野富源（例

如樟腦)，所以土地權利的國有化、官有化就成為其首要目標，泰雅族人雖然喪失千百年來對土地的掌控，但近代土地所有權制度也因此得以進入部落社會。

第五章，本文結論。站在身為泰雅族一份子的立場上，對日本統治之下的法律文化變遷進行歷史評價。