

國立臺灣大學法律學院

博士論文

College of Law

National Taiwan University

Doctoral Dissertation

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發

Discussion on the “Rule by Law” in Taiwan under  
Japanese Colonial Rule:  
A Perspective from the Comparative Legal History

小金丸貴志

Takashi Koganemaru

指導教授：王泰升 博士

Advisor: Tay-sheng Wang, Ph.D.

中華民國 101 年 6 月

June 2012

## 謝辭

本論文是本人在台灣大學法律學院博士班五年間的研究成果。本人相信論文中包含許多未來應該繼續研究的重要主題，很可惜的是，由於個人能力有限，本文僅能抵達當初所期待的主題入口。本人深信尚存著很廣大的未知領域留待研究。

日治時期的台灣可謂是一個很奇妙的時代空間。過去我認識一位在大正年間末期出生的台灣人老人家。他就住在台灣大學鄰近的地方，這位老人在我博士班在籍期間過世，每次與他見面時，往往有種奇妙的感覺，彷彿進入到以往未曾進入過的房間。從一般台灣人的角度來看，日治時期無疑是台灣歷史的一部分，然而從日本人的角度來看，該時期好似一個《鏡中奇緣》，讓人覺得不可思議的時代。當時的許多事情已經被遺忘、永遠遺失，尤其社會上的規範意識等之觀念問題，隨著戰前世代從社會上消失，追溯其記憶越來越難。本人所處的世代，可能是能夠親身接觸、認識這些老人家的最後一個世代。

對於我的指導教授王泰升老師，我想表達最大的感謝。五年前還在淡江大學日本研究所碩士班留學的當時，王泰升教授接受原來是新聞記者的本人成為其博士班學生。對專門研究台灣法律史的研究者來說，這是很稀有、只有在台灣才能獲得的研究機會。當時本人仔細閱讀王泰升教授的著作，認為從台灣人的觀點，從法學者的觀點掌握日治時期的獨自研究，無人能出其右。由於王泰升教授的各種細心安排，加上台灣政府及台灣大學一直給我獎學金等的幫助，使我過去五年能集中在研究之上。對於這些恩惠，本人實不知如何言表。加上去年（2011年）在日本發生了東日本大地震，如此困頓時期下，本人在台灣目睹許多台灣民眾以巨額捐款援助日本，對於這樣的義舉，那感動本人實是無法用言語表達，這是在過去七年的台灣留學生活當中，最令本人感動的一事。

尚有許多本人應該感謝的人在此不能一一列舉，深感抱歉。尤其是王泰升教

授的學生王祥豪、黃唯玲、前輩曾文亮、阿部由理香等人，本人我蒙受幫助甚多。且關於論文的中文潤飾，李政宏（早稻田大學）、林政佑、林至曜三位長期精心修改本人的中文，特此表達深深感謝。若無他們的幫忙，本論文應不能順利完成。

五年的在學期間，時間匆匆流逝，如今要出版本論文，本人對於恩師及台灣社會有無充分履行自己的責任，實在無法確信。對於論文研究不足的部份，希望未來能夠補充訂正。

於居住七年的淡水寓居

2012年8月

小金丸 貴志



## 中文概要

在 19 世紀，西歐與日本立憲主義有很明顯的發展，同樣在這些母國以外的殖民地，殖民地法制也有相當的發展。母國本身統治權與憲法基本上一直相互作用，延伸到殖民地之母國的統治權也並不例外。於法治發達之殖民地母國，行政權力受到法令的限制，然而在其殖民地，由於某些法理，其限制被解除。簡言之，雖然在殖民地人民權利不一定有保障，其法治狀態還能夠視為母國法治和其限制的延伸。本論文將英國（印度）、德國（膠州灣）、日本（台灣）統治法制互相比較，透過比較法的觀點試圖發現，日治時期台灣統治法制特有的特徵如何。

英國法上，跟人身自由有關係的重要權利保障依據「人身保護令狀（Habeas Corpus）。但若看其沿革，其保護的本質是以國王與臣民的忠誠契約關係為其前提的由國王大權的介入，並且在英國殖民地，該令狀的發出受到各種理由加以限制。19 世紀德國是跟日本同樣的立憲君主國，但關於其「保護領」，德國官方和公法學界站在憲法不施行說，因此憲法典上的「法律保留（Vorbehalt des Gesetzes）」未有延伸到殖民地。然而在統治台灣，日本政府從最初期採用憲法施行說，所以至少形式上在台灣可考慮例外狀態（例如初期軍政、臨機處分、理蕃行政）和憲法之下的法治。總之，前者的範圍有限，但後者的基本法制依據著名的六三法，即對於台灣總督的立法範圍無限制之委任立法（律令權）。在這個架構之下，在刑事法令的領域快速出現了「依用」習慣，即在台沒有施行之刑法仍透過律令被依用而適用。然而既然還沒有其施行，律令自由地能制定其事實上的台灣特例。處死幾千人的「匪徒刑罰令」是其一例。本文使用《日治法院檔案》為資料，大致就被告兩千六百人的匪徒罪判決進行分析，確認該令是由委任立法侵害人權之最重要的例子。這樣在日治台灣，憲法的法律保留因為委任立法受到侵害，這可謂是日治台灣法治狀態的最大的特徵。

但在日治後期，匪徒刑罰令的適用消滅，關於社會上的權利侵害，警察權成爲更重要的問題。警察活動分爲警察犯（司法）和檢束（行政），但在台灣的警察活動的程度至少統計上跟內地警察活動比較近。總之而言，在日治時期憲法統治之下，立法權（憲法＝委任立法＝法律保留＝罪刑法定主義＝刑事司法）所發揮之人權侵害，規模與內容上遙遠超過由行政權（一般統治權＝警察權＝行政裁量），可謂是立法權的暴力。

關鍵詞：日治時期，殖民地法制，委任立法，憲法，警察權，法治



## 英文概要

It is widely accepted that constitutionalism – separation of powers – has made a fundamental development in the 19th century, whereas much less attention has been paid to the colonial law of the same century, which also played a significant role in the mother nations overseas territories. During the period, constitution steadily functioned with the ruling power in these mother nations, and it was not totally irrelevant even when the ruling power ran into the colonies, as mother nation's political systems were already based on their constitutions. Whereas administrative power should be subject to the limitation by law in mother nations, the limitation would sometimes be lifted for some reason in the colonies. This thesis focuses its attention on this legal situation that could be seen as mother nation's rule of law and its limitation, and by comparing Taiwan under Japanese rule with British India and Kiautschou, the German Schutzgebiet in China, tries to find what could be regarded as peculiar features of the Japanese colonial ruling system.

In English law, protection of basic rights, those concerning physical freedom in particular, depends on *habeas corpus*, a procedural remedy for the accused in court. However, if its historical background was considered, the legal nature of its protection is the intervention of royal prerogative, on the condition of the reciprocal contract relations between the king and his subjects. However in British India, issuance of the writ was often suspended by the court for some reasons, making the legal protection less active than in the mother country. Germany in the 19th century was constitutional monarchy like Japan, however for its “Schutzgebiet”, the german government and public law jurists took the stance of non-extension of its constitution. The “vorbehalt

des Gesetzes” therefore did not always extend to its colonies. On the other hand in Taiwan, the Japanese government supported the stance of extending its constitution since the very early period. In Taiwan, the extent of exceptional situation such as military administration in the early stage, summary execution, and aboriginal administration and constitutional administration was limited. The constitutional ruling depended on the famous “Act No. 63 of 1896”, which comprehensively delegated the Diet’s legislative power to the Governor-General’s order (Ritsurei). Under this system, a new custom of quoting the content of the laws of Japan proper that were not yet enforced in Taiwan, through the form of Ritsurei, rapidly appeared in the area of criminal law. For example, Criminal Code quoted by Ritsurei was never enforced in Taiwan, therefore other Ritsureis could freely set any “modifications” on the Criminal Code. A classic example of this custom was the famous “Bandit Punishment Ordinance” that sentenced death to thousands. This thesis used the judgment documents of the about 2,600 accused by the ordinance, which were found in the “Taiwan Colonial Court Records Archives”, to find the court’s theory and its statistical overview. It was confirmed that the most significant violation of basic rights under constitution was made by this ordinance, suggesting that the most important legal feature of Japanese rule was infringement on the “vorbehalt des Gesetzes” through delegated legislation.

In the latter half of the Japanese rule the ordinance was no longer used, and the police power played more important role concerning the infringement of the basic rights. Police activity could be classified into police offenses (judiciary) and administrative detention. When compared to the huge discrepancy in legislation between Japan proper and Taiwan, in the area of police power the difference seems to be much smaller. As a whole, under the Japanese constitutional rule, legislative

element (constitution, delegated legislation, Vorbehalt des Gesetzes, nulla poena sine lege, criminal justice) exerted in size and quality far larger infringement on basic rights than the administrative element (ruling power, police power, administrative discretion), which could be described as “violence by legislation”.

Keywords: Taiwan under Japanese rule, colonial law, delegated legislation, police power, constitution





# 目次

謝辭 .....	i
中文概要 .....	iii
英文概要 .....	v
目次 .....	viii
<b>第一章 前言 .....</b>	<b>1</b>
第一節 研究目的 .....	1
第二節 研究方法 .....	7
第三節 論文架構 .....	11
<b>第二章 統治權和法治的延伸—比較法史觀點的導入 .....</b>	<b>13</b>
第一節 英國殖民地法制（印度） .....	13
一、英國法的人權保障和國王大權 .....	13
二、國王大權和殖民地 .....	15
（一）國王大權和臣民的契約關係 .....	15
（二）契約關係的延伸 .....	18
（三）在殖民地的人身保護令狀的停止 .....	19
三、委任立法 .....	23
第二節 德國殖民地法制（膠州灣） .....	27
第三節 日治時期台灣法制 .....	34
一、國際法的視角 .....	34
二、帝國憲法和台灣 .....	36
（一）統治：在台灣憲法施行 .....	38
1. 政府的立場 .....	41
2. 憲法學說 .....	44
（二）委任立法和法律保留 .....	58
（三）自由權保障狀況的變動 .....	63
第四節 日治台灣特殊法律的問題 .....	66
<b>第三章 初期非法治統治與其延續 .....</b>	<b>70</b>
第一節 軍政 .....	70
第二節 臨機處分 .....	75
第三節 蕃地蕃人法制 .....	83

第四節 小結—日治時期的例外狀態.....	92
-----------------------	----

## 第四章 匪徒刑罰令的名與實—日治前期委任立法的暴力.....93

第一節 匪徒刑罰令.....	93
一、 制定理由・經緯.....	93
二、 實際的運作（判決分析）.....	103
（一） 條文構造.....	105
（二） 匪徒刑罰令和刑法的關係.....	106
（三） 第 1 條本文（匪徒之要件）.....	108
1. 結合.....	108
（1） 結合之人數.....	108
（2） 意圖（暴行強迫）.....	110
2. 匪首和指揮者（第 1 條第 1, 2 號）.....	114
3. 共謀（第 1 條第 2 號）.....	116
（四） 第 2 條（個別行爲）.....	117
1. 加重匪徒罪刑罰之行爲.....	117
（1） 被適用者的行爲.....	120
（2） 強盜或國事犯的混淆.....	122
2. 對於匪徒以外的適用.....	132
（1） 隨從・雜役（第 1 條第 3 號）、把風.....	132
（2） 幫助和藏匿・隱蔽（第 4, 5 條）.....	136
a. 幫助.....	136
b. 藏匿・隱避.....	138
c. 曖昧的區別.....	141
3. 未遂同罰（第 3 條）.....	144
第二節 法院的態度.....	145
一、 裁判的狀況.....	145
1. 證據.....	145
（1） 招供.....	145
（2） 拷問.....	149
2. 情狀酌量和未成年（刑法）.....	155
3. 無罪、冤罪.....	158
4. 控訴、上訴.....	160
（1） 臨時法院條例的修改、再審・非常上告.....	161
（2） 重罪輕罪控訴豫納金規則.....	161
a. 規則的制定.....	161
b. 法院・總督府的對立.....	166
c. 對於控訴豫納金制度的意見.....	170
（3） 其他.....	172
二、 匪徒罪的縮小・消滅.....	173
第三節 保甲條例—司法與行政的混雜.....	177

一、 保甲的本質，保甲條例等之條文構造.....	177
二、 刑事連坐的實際的運作.....	182
第四節 小結—對於匪徒刑罰令的批判.....	187
<b>第五章 日治後期警察權—非司法程序之身體拘束.....</b>	<b>191</b>
第一節 警察法理論.....	191
一、 英國本土警察.....	194
二、 英國殖民地警察.....	196
三、 德國殖民地警察.....	197
四、 德國和日本的行政法的警察理論.....	198
五、 實質意義的法律與憲法第二章.....	202
六、 官方的學說和台灣的延伸.....	206
第二節 警察犯.....	212
一、 實體法（台灣違警例）.....	214
二、 程序法（犯罪即決例）.....	223
三、 實際的運作.....	230
第三節 檢束.....	233
一、 即時強制＝檢束.....	234
二、 實際的運作.....	241
第四節 小結—在台灣警察權的意義.....	245
<b>第六章 結論.....</b>	<b>247</b>
<b>〈參考文獻〉.....</b>	<b>251</b>
一、 中文.....	251
二、 日文.....	253
三、 英文.....	264
四、 德文.....	267
五、 網路資源.....	271
六、 《日治法院檔案》系統上之匪徒罪判決.....	271
表 二—1：憲法施行與政府的意思表示.....	41
表 二—2：政府的解釋（統治權・領土權・憲法）.....	42
表 二—3：學說狀況（憲法與外地）.....	44
表 三—1：匪徒隨機處分・司法處分（死刑）.....	81
表 三—2：匪徒犯的隨機處分、逮捕・釋放、司法處分數.....	82
表 四—1：刑法內亂罪與匪徒刑罰令的條文比較.....	96
表 四—2：匪徒刑罰令與軍令的條文.....	97

表 四—3：刑事法令的變化（內亂・抗敵・集團強盜） .....	101
表 四—4：匪徒的司法處分（明治 28—39 年） .....	105
表 四—5：匪徒罪，刑法內亂罪的科刑 .....	106
表 四—6：判決所認定之匪徒被告的行爲 .....	121
表 四—7：第 1 條、第 2 條適用狀況 .....	131
表 四—8：第 2 條第 1—5 號適用狀況 .....	131
表 四—9：刑事被告控訴狀況 .....	164
表 四—10：日治初期社會生活費 .....	165
表 四—11：刑事二審新受件數與豫納金免除者 .....	166
表 四—12：明治 40 年北埔事件以降的匪徒事件 .....	173
表 四—13：有關保甲制度刑事處罰權之法令・訓令 .....	181
表 四—14：有關保甲判決的起訴事由與判決適用法條 .....	185
表 五—1：對於行政權的刑罰委任 .....	216
表 五—2：有關警察犯與即決制度的內外地實體法・程序法 .....	218
表 五—3：內地警察犯處罰令構成要件與處罰 .....	219
表 五—4：台灣違警例中台灣特有的規定 .....	220
表 五—5：內外地即決制度法令 .....	226
表 五—6：總督府統計上的行政諸規則法令 .....	228
圖 四—1：內地（全犯罪）・台灣（匪徒罪）死刑執行 .....	104
圖 四—2：匪徒被告職業、年齡 .....	122
圖 四—3：重輕罪逮捕者中匪徒刑罰令與強盜對比（明治 30—39 年） .....	128
圖 四—4：對於強盜・國事犯行爲匪徒刑罰令適用狀況 .....	130
圖 四—5：匪徒被告中未成年被告數 .....	156
圖 四—6：內地暴力的集合犯罪・匪徒罪的無罪率 .....	158
圖 四—7：刑事第一審無罪率 .....	159
圖 四—8：控訴豫納金免除決定件數 .....	166
圖 四—9：日治時期台灣的二審／一審件數比率 .....	172
圖 四—10：有關保甲條例的刑事訴訟被告人數 .....	185
圖 五—1：犯罪即決人員中違警罪與刑法・行政諸規則的比率 .....	229
圖 五—2：內地與台灣拘留人數對人口比率 .....	231
圖 五—3：內地與台灣科料人數對人口比率 .....	232
圖 五—4：內地拘留與檢束件數 .....	243
圖 五—5：台灣拘留與檢束件數 .....	243
圖 五—6：內地台灣檢束對人口比率 .....	244
圖 五—7：台灣各地方檢束件數 .....	244

## 第一章 前言

### 第一節 研究目的

關於日治時期的台灣研究，近來歷史學方面的研究已有著相當程度的累積。其「法制，法律」方面的研究，最近雖受到較多的注意，但比起其他範圍較廣的學術領域，例如歷史學或其他各種實證法學，其研究成果的積累尚嫌不足。「台灣法律史」領域，是過去二十年間在台灣新興起的一個學術領域，以處理「一個新興議題」。<sup>1</sup>當中部分的理由應該在於，台灣獨自的國家意識被兩個統治者（日本、中華民國）所壓制著。尤其在戰後台灣，台灣史研究領域被視為帶有些微政治性，亦因為如此，其法的評價極容易地與法學上的觀點產生關聯，被視為政治上的禁忌亦是理所當然。故多數的人有著避而不談，逐漸淡忘的態度。<sup>2</sup>且在戰後日本，有關「舊領土」、「舊外地」、「殖民地」<sup>3</sup>相關的關心，長期以來亦被忽視，然除政治上的微妙性、資料的欠缺，以及在上述地區進行研究有著相當的困難度外，舊金山和約以後的日本現行法制中，有關舊外地的制度及其實施已不存在。法學者對於帝國憲法（明治憲法）的研究當然亦大幅減少，尤其在法學領域，對於上述問題的關心幾乎消失殆盡。目前台灣及日本的歷史學界中，這「一個長期被忽視

---

<sup>1</sup> 王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，（台北：聯經，1999年），頁1

<sup>2</sup> 王泰升，《台灣法律史的建立》，（台北：作者自刊，1997年），頁2

<sup>3</sup> 台灣是否為「殖民地」，或者「殖民地」是否法學上的概念，乃戰前日本法學界重要論爭。日本政府在帝國議會屢次支持憲法施行說，且否定將台灣看作「殖民地」。所以至少在討論戰前日本公法學說時，無批判地使用「殖民地」此單詞恐有不適當。然而在現在各國歷史學界常見以殖民地形容包括台灣的各種屬地，因本文為了討論上的方便，除討論學說時外，以「殖民地」這個單詞包括台灣。但這並不意味本文支持關於日治時期的公法學上的「殖民地」概念。

的研究領域」，<sup>4</sup>已是個逐漸成熟的學術領域，但實際上而言，在日本的法學界中，「舊外地」、「殖民地」等問題仍是遭到忽視。

筆者尚以為，不論在哪一個國家、社會，法律史／法規範的歷史問題常為人所忽略。例如一般人大概不會知道羅馬法上的私法原則目前仍存留在現代的歐陸民法上。每一個社會均有著法規範，但若法規範的歷史或緣由不太明確時，便難以理解該社會的規範意識本質。然而在台灣，此看不見的法規範，掌握其緣由有著相當的難度，因為台灣的法律發展相當複雜，個人的理解能力並不能簡單地追溯之。舉例而言，若有一位跨越日治五十年的百歲老翁，他經歷清朝的地方統治、日本軍的進駐、日本所帶進來的現代民刑事制、單一的台灣社會之出現、地方選舉、戰時體制、中國國民黨的軍事佔領、長期戒嚴、其後解嚴及民主化。不知不覺間他親身經歷過幾個國家的法律？19世紀台灣地方社會的習慣、大清律例、戰時國際法、帝國憲法、六三法、<sup>5</sup>日本民刑法、匪徒刑罰令、<sup>6</sup>日治後期的龐大的行政法規、中華民國憲法、動員戡亂時期臨時條款、替代日本法規的中華民國各種法規…。假使他是一位台灣的原住民？他可能從如同與古代社會無異的社會規範出發，晚年可能生活在當代台灣煩雜法規之下。出生於日本江戶時代末期，二戰後的人生經過幕府、明治政府、甚至美軍的佔領統治，他應該能以「滄桑之變」<sup>7</sup>加以形容自己的人生，台灣人大概亦是如此！<sup>8</sup>在此等人的人生當中，必須遵守的規範亦經過相當多變化，始形成現代的法規範。當出生在日本，以天皇為開端的過去各種「規範」，在現在的法制度上仍然繼續存在。不論喜惡，若要討論

---

<sup>4</sup> 王泰升，《台灣法律史的建立》，頁 1

<sup>5</sup> 參照第二章註 104。

<sup>6</sup> 「匪徒」、「土匪」、「蕃地」、「蕃人」、「理蕃」等的用語在本文中純然作為歷史名詞而使用。

<sup>7</sup> 參照王泰升，《台灣法律史概論 第三版》，（台北：元照，2009年），頁 12

<sup>8</sup> 若若若考慮台灣四百年的歷史，可觀察四大法規範潮流（原住民法、中國法、日本法、西方法）。關於在台灣法社會上的此等規範的在地化和其互相關係，王泰升，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》，（台北：元照，2010年），頁 39—65

其本質，一定要知道規範的緣由或其過去的變遷，因為每一個時代的法規範和內心、思考、行動的動機的確有著密切的關係。正如 Carl Schmitt 指出，「在一個時代，在一定的民族哪一個法學的思考類型有優勢，有相當重要的意義和影響力。各種民族和人種，與各個不同的思考類型站在對應關係，一個民族的精神的和政治的支配，可能與某些思考類型的優越有關係」。<sup>9</sup>為求理解具體社會甚至個人思考方式，的確須要「法規範」方面的理解，反言之，它提供觀察整個歷史的觀點。為能掌握歷史事實，必須同時觀看政治・社會事實及規範事實的雙面情形。若日治台灣是台灣本身歷史的一部分，戰前台灣的法規範及其在社會上的實踐，亦當然構成現在台灣法社會的前身。因此對戰前台灣的歷史研究，有必要理解戰前的法規範。

關於日治時期台灣，現已有相當多的先行研究。但關於法的問題，一般而言，歷史研究仍然不能避免一個傾向，亦即以有形的歷史事實為中心，未能見到制度面的紛雜；或是往往將政治事實及規範事實，或法規範本身混雜。歷史研究往往列舉政治事實，其後以其政治性的分析即得到滿足。舉例而言，關於日治台灣法治，黃靜嘉的先行研究中，早已在民國四十年代詳細地解明當時各種公法法制（憲法、司法、行政法），有著相當大的貢獻，但同時在分析「殖民地法制的性質」時，他一直使用政治性的概念：

…由於專制政治與警察政治、民族壓迫三者之目的和手段上相互結合在一起，更使台灣殖民地的專制政治，具有徹底的與絕對性的特質。這不僅在當時舉世各『文明』國家殖民地中，為非常『突出』，同時，即與同在日本統治之下，以統治之嚴苛著稱之朝鮮殖民地，相較之下，亦以台灣殖民地之專制程度為甚；而此專制政治之絕對性與徹底性，正是台灣殖民地統

---

<sup>9</sup> Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlin: Duncker & Humblot, Aufl. 3, 1993, S. 9

治制度之基本特質。<sup>10</sup>

暫時不論「專制」、「絕對」、「突出」等的評價，至少可以說如此用語的意義太過廣泛，欠缺具體性。以此定義日本統治僅有單一色彩，不能進行其各項行政之間的比較。若在這裡使用法學觀念進行比較，其「專制」應該有更多客觀性。其一尙指出：

關於台灣總督府的行政專制，實際上，不能專從法制上，由法律的角度去瞭解，有時而且是『非法律的』或『超法律的』。〔中略〕這些『非法律的』乃至『超法律的』統治事實，無疑，同樣地是殖民地法制的實際構成部分。

11

日本統治確實在形式上有令人感覺「非法律」或「超法律」的部份（例如理蕃行政），但身在律師界的他應該知道，行政權力超過一般法令之限制的狀態為公法學上常見的論點，<sup>12</sup>不論哪一個殖民母國（內地）或者殖民地，行政「超法律」的事例並不罕見，若使用公法學的諸概念，上述「非法律」的內涵應可更加地清晰明瞭。若他適用公法學中最基本的價值觀，例如權力分立、法律保留、警察權的界限等，他應該能獲得對於一個時代的綜合性觀點。尤其殖民地向來是一方面有著母國主張其法制（法治）的延伸，另一方面根據某些事由，正當化對於法治的限制之。因此對統治者而言，不管其人權侵害的程度如何，法規範的確是其思考的基礎。為讓日治時期台灣研究導向具體的討論，法律事實、法規範、法學觀念成爲其關鍵要素。

但過去有關日治台灣的法規範研究仍屬少數，且因台灣的政治狀況長期以來

---

<sup>10</sup> 黃靜嘉，《日據時期之台灣殖民地法制與殖民統治》，（台北：黃靜嘉，1960年），頁217

<sup>11</sup> 黃靜嘉，《日據時期之台灣殖民地法制與殖民統治》，頁216

<sup>12</sup> 其實，關於緊急狀態、國家緊急權、戒嚴、軍事法等問題，在德國、日本、甚至中華民國的公法學界有豐厚的研究。因為每一個近代國家的法制皆預期某些「非平常」的權力行使，統治者一定知道其存在。他要當「超法律」時，即可能遵守，或可能忽視這些法規範的概念。



排斥此領域的研究，故不容易取得相關的資料。台灣 1990 年代以後，王泰升教授的台灣法律史研究，可謂是透過法學觀念及法經驗事實提供綜合性立場的首例。<sup>13</sup> 王泰升所採用的「經由實證研究所獲得的資料或所呈現的法經驗事實，〔中略〕納入法律論證當中」、「須將歷史與立法當時現有理論，結合成各個時代新的產物」<sup>14</sup> 的方針，實是在台灣法律史研究上打開出新的局面，因為「包含法規範及法事實在內的法律體系本身之變遷，及其與政治、經濟、社會等體系之間的互動，才是法律歷史考察的重心」。<sup>15</sup> 經過數次的支配者的統治和法規範之台灣，難免會遭遇到政治・社會事實及法律事實的乖離。

在此，筆者不禁想起，德國於一次大戰戰敗後，Bismarck 憲法被廢除，改行威瑪憲法時，著名的 Otto Mayer 之言辭，「憲法是可以消失，行政法仍繼續存在（Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht）」。<sup>16</sup> 有人認為其意指以行政法體系或理論無變化為傲，<sup>17</sup> 有人認為是行政法院仍繼續存在的事實，<sup>18</sup> 或者是權力分立的結果。<sup>19</sup> 但筆者以為 Otto Mayer 討論的應該是，社會上所固有且先於憲法

---

<sup>13</sup> 過去法學者的日治時期研究罕見，例如戴炎輝，〈五十年來的台灣法制〉，《台灣文化》，第 5 卷 1 期，1948 年，頁 1-13；同，〈日本統治時期台灣法制〉，《近代中國》，第 19 期，1980 年，頁 79—86；台灣省文獻委員會編，《台灣省通志稿，卷三政事志司法篇》，（台北：台灣省文獻委員會，1955 年）；上述黃靜嘉，《日據時期之台灣殖民地法制與殖民統治》。參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁 9

<sup>14</sup> 王泰升，《具有歷史思維的法學》，頁 31

<sup>15</sup> 王泰升，《台灣法律史概論 第三版》，頁 12

<sup>16</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1924, Vorwort zur 3. Auflage

<sup>17</sup> 池田政章，〈憲法と行政法〉，《公法研究》，第 41 卷，1979 年，頁 49

<sup>18</sup> 有人認為這個 Otto Mayer 的命題意味著在威瑪共和國，行政法院繼續存在的事實。但 Otto Mayer 本來反對 Bähr 等司法的法治國概念（如判決應該控制行政等）。須貝脩一，〈米川における法治国思想〉，《日本憲法の今日的課題 小森義峯先生還曆記念論文集》（京都：嵯峨野書院，1983 年），頁 181—182。

<sup>19</sup> 塩野宏，《オットー・マイヤー行政法学の構造》，（東京：有斐閣，1962 年），頁 289 以下

典制訂以前的規範。<sup>20</sup>本文不能確認 Otto Mayer 的真意為何，但此命題在其歷史脈絡極可能意味著，既然在住民的精神之中社會或共同體繼續存在，一定有著自己防衛的規律。Otto Mayer 的警察法理論中，警察權的來源是自然法或者民眾在社會上本來應有的義務。然而，值得注意的是 Otto Mayer 在其行政法理論體系中關於警察權的來源，似乎不太介意何者擔任統治權。以「自然法」的概念，他似乎要指出，任何人類團體或人類社會為該團體繼續存在或生存之目的，必然有此等公法上的規範觀念。若是如此，可以說若不關注而忽略公法規範層面，即不能理解任何人類團體（包括「蕃地」、殖民地，甚至非近代社會等）的性質，因為生存之必要屬於人類生活的核心目的。

Otto Mayer 提出上述的觀察時，正逢德國戰敗，憲法典遭到廢止之時。德國經歷大戰敗北，德國憲法典被廢止時，Otto Mayer 表示上述見解。不過，若由此看台灣，存在某些程度的類似性。因為台灣經歷過數次外來支配者的交替，而台灣社會當然保有自己的公法觀念。<sup>21</sup>因此為理解「台灣法社會」<sup>22</sup>，當然必要觀察其公法上觀念的轉型<sup>23</sup>。日治時期統治法制的確是由日本帶進來且強制之，但不能認為如此公法性的規範觀念與「台灣法社會」互相毫無關係。此等雖是統治者的法制，在半個世紀期間亦逐漸成為被治者的法規範。正如日本民法漸次替代清朝的台灣民間民事習慣，應可推測日本的公法觀念亦影響到台灣法社會。

日治時期是台灣首度形成單一的共同體，亦是台灣社會第一次遭逢來自近代西方的各種法規範的時代。日治台灣同時的確是日本本身歷史的一部分。日本統

---

<sup>20</sup> 將 Otto Mayer 的意思視為警察權的論述有石村修，〈国家目的と警察〉，《日独憲法学の創造力 栗城壽夫先生古稀記念 下巻》，（東京：信山社，2003 年），頁 63；和田英夫，〈警察權力における行政と政治〉，《法律時報》，第 40 卷 5 號，1968 年，頁 4—5、7、12 等。

<sup>21</sup> 關於日治時期以前台灣漢族和原住民族的「憲法觀」，王泰升《具有歷史思維的法學》，頁 244—246。關於台灣人的憲法文化，王泰升，《台灣法律史的建立》，頁 231—258

<sup>22</sup> 王泰升，《具有歷史思維的法學》，頁 40

<sup>23</sup> 王泰升，《台灣法律史概論 第三版》，頁 249—252

治的確帶來新的規範觀念，不論是其程度如何，多少皆影響著台灣人的法的經驗。既然日本統治者亦本於德國法學概念而形成自己的政治、法制觀念，因此來自德國的法學觀念仍是理解日治時期台灣的基本工具之一。

## 第二節 研究方法

如上述，針對日治時期法治問題，爲了獲得有一貫性的理解，本文認爲公法、比較法的觀點與日治台灣法制實際運作的分析是必要的研究角度。在本文依如下研究方法試圖檢討。

首先須要檢討的是，有關日治台灣與其他殖民地法制的法學論述、法學先進研究。關於日治台灣，1999年王泰升的《台灣日治時期法律改革》一書將法學觀念導入，不僅解明制度或法律的運作、當時台灣人的法律生活，其重要的意義應該是日治法制放在西方法繼受的脈絡，<sup>24</sup>如此開啓以各種法學分析的管道，日治時期法制對於後代的影響。如此，日治時期已不再是各項具體法制的列舉，以政治性的單色評價加以形容的對象，而是能以法學觀念進行詳細比較及評價的對象，故其得以客觀地指出，「在歷史上，台灣法曾經是日本法的一部分（1895-1945），日本因素（element）亦因此成爲今之台灣法文化的一部分」。<sup>25</sup>同時，若從日本的視點觀之，「在敘述近代日本法制史，若僅有將日本國內法看作其對象，不能成爲日本法制史」，<sup>26</sup>台灣當然構成日本本身的歷史的一部分，透過當

---

<sup>24</sup> 關於台灣和西方法的繼受，參照王泰升，《台灣日治時期法律改革》內第二章「殖民地立法上對西方法的繼受」，頁63—127；同，《台灣法律史概論 第三版》，頁101—108；同，〈近代西方法對台灣華人的影響〉，《台灣法的斷裂與連續》，（台北：元照，2002年）；同，〈台灣的法律繼受與東亞法律發展〉，《全國律師》，2005年，頁4—15；同，〈台灣的法律繼受經驗及其啓示〉，《中研院法學期刊》，2007年，頁111—135；同，〈日治時期刑事司法的變遷與繼受西方法〉，《台大法學論叢》，第27卷1期，1997年，頁169—230。

<sup>25</sup> 王泰升，〈日治時期台灣人法意識的轉型：台灣法與日本法的相互融合〉，《月旦法學雜誌》，第165期，2009年，頁116

<sup>26</sup> 山室信一，〈東アジアにおける日本近代法—思想連鎖と国民帝国の視点から〉，《日本

時台灣人的經驗，始得以了解「帝國日本」的圖像。

但如上述，日本法學界尙未表現出其關心的程度，<sup>27</sup>台灣法律史對於日治時期的態度可謂是在各國法學界的先驅，但這不僅是日本的狀況。雖然到 1945 年為止，殖民地是在各母國法學上之重要問題，但到殖民地不復存的戰後，英國或德國法學界對於以前的「殖民地」失去興趣，長期以來毫無相關研究。但在過去約十年間，英德學界再次出現新的研究。<sup>28</sup>如今在台灣法律史對於日治法制的研究較爲齊全，在公民法各領域大概能發現相關研究，但目前尙可指出如下各點：(一) 因爲研究對象的時代期間相當長，尙還留著解明不足的領域，例如日治時期的行政法方面研究較少，<sup>29</sup>尤其是警察法。(二) 最近被發現的新資料必然將台灣法律

---

法の国際的文脈：西欧・アジアとの連鎖》(東京：早稲田大学比較法研究所，2005 年)，135 頁

<sup>27</sup> 在日本戰後法學界，戰前在台北帝國大學教授(憲法)中村哲在 1958 年寫的一篇論述以外，憲法學者寫出幾篇有關憲法和外地的論述。中村哲，〈植民法(法体制確立期)〉，鵜飼信成等編，《講座日本近代法発達史第 5 卷》，(東京：勁草書房，1958 年)；憲法學者笹川紀勝有關憲法學說和朝鮮統治等發表過論述。笹川紀勝，〈北東アジアと日本--植民法支配の過去と現在、特に三一独立運動と朝鮮行政法のかかわりに即して〉，《法律時報》，第 75 卷 7 號，2003 年，頁 27-32；同，〈植民法支配の正当化の問題—立憲主義の 2 つの側面〉，《法律時報》，第 67 卷 3 號，1995 年，頁 78-83。但相反地日本歷史學界最近對於「帝國日本」，尤其在台灣、朝鮮等的地域的詳細法制表現出很大的興趣，不勝枚舉。例如淺野豊美，《帝国日本の植民法制 法域統合と帝国秩序》，(名古屋：名古屋大学出版会，2008 年)。

<sup>28</sup> 例如關於英國殖民地法制：Nasser Hussain, *The jurisprudence of emergency: colonialism and the rule of law*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 2003; Elizabeth Kolsky, *Colonial justice in British India*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009。關於德國殖民地法制：Marc Grohmann, *Exotische Verfassung: die Kompetenzen des Reichstags für die deutschen Kolonien in Gesetzgebung und Staatsrechtswissenschaft des Kaiserreichs (1884-1914)*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001; Norbert Wagner, *Die deutschen Schutzgebiete: Erwerb, Organisation und Verlust aus juristischer Sicht*, Baden-Baden: Nomos, 2002; Ralf Schlottau, *Deutsche Kolonialrechtspflege: Strafrecht und Strafmacht in den deutschen Schutzgebieten 1884 bis 1914*, Frankfurt: Peter Lang, 2007

<sup>29</sup> 例如李建良，〈台灣行政法史初考：日治時期篇〉，台灣法律史學會，王泰升、劉恆奴主編，《以台灣爲主體的法律史研究》，(台北：元照，2007 年)，頁 239-275

史的研究領域再次擴大。譬如，長期以來被看視為已佚失的日治時期法院大量判決文書等的檔案（「日治法院檔案」），2000 年始由王泰升發現。這一重要史料的發現，開啓探討日治時期台灣法律文化的新途徑。<sup>30</sup>（三）過去約十年間的英國・德國法學界的殖民地法制研究論述，對台灣法律史提供新的比較法學性研究的可能性。

上述各點皆與台灣法律史的最基本問題有著關聯—即日治時期台灣的自由權保障，尤其最基本的有關生命・身體安全的問題，通說認為，在基本人權之中個人身體的安全應該是最重要。<sup>31</sup>不消說此個題目是歷史研究的主要注目點之一。歷史研究常常以日治台灣視為「警察國」，但歷史研究的關心集中在法制上列舉行使警察權的事實，對於作為公法（行政法）的警察法，或是對警察權概念並未表示過關心。但在德國和日本公法學上，警察權概念正當化當局的行使實力，因此為求理解殖民地警察運作的全貌，須要解明其法規範。且上述的日治法院檔案，其功用在提供許多人因司法程序被拘禁、且遭受刑事制裁的記錄是過去尙未能利用的史料。譬如，非常著名的匪徒刑罰令的實際適用對象（被告、行為、量刑等）等詳細內容，過去均無法得知，研究者僅能引用統計資料等。

若與英國、德國殖民地法制的比較，將使得日治台灣的特徵更加明確。在法國大革命以後的 19 世紀，西歐國家的法制度經過相當重要的階段，19 世紀可謂是其近代憲法崛起的時代。但該世紀同時是各國擴大殖民地的時代，兩個極端的現象在同一個時代中發展著。英國往往以法的支配（rule of law）正當化自己的印度統治，但殖民地人民明顯地在權利上受到比本國人更大的限制。雖然有著不少關於上述「殖民地法學」的論述，但卻鮮少有對於殖民地人民的權利保障的相關研究。譬如，英國殖民地的印度人民受到何種程度的人權保障，在英文相關法學

---

<sup>30</sup> 參見王泰升，〈日治法院檔案的整編與研究〉，《台灣史研究》，第 16 卷第 1 期，2009 年，頁 169-201。

<sup>31</sup> David Clark; Gerard McCoy, *The Most Fundamental Legal Right—habeas corpus in the Commonwealth*, Oxford: Clarendon Press, 2000, p. 3

論述上，是一個相當曖昧模糊的問題。歷史研究對於這種問題有莫大的關心，亦有著大量論述，但在法學上的貢獻仍稱不上相當多。其理由之一應該是現在世界已不存在殖民地，<sup>32</sup>並且在各國憲法皆有人權保障的當時，代表差別待遇、民族歧視，對於母國以外的地域進行支配的殖民地法制，僅被視為應該排斥之要素，不值得研究之法制。但殖民地法制在現代世界仍然繼續存在。例如美國從西班牙因割讓獲得之領土，波多黎各（Puerto Rico），雖然人口超過三百萬，尚未有美國憲法完整的保障。在 2000 年以後的反恐戰爭，美國租借地，即非美國領土而是古巴領土的關塔那摩（Guantánamo）扮演著重要角色，<sup>33</sup>使人想起「殖民母國的法治和其限制」殖民地時代以來的法規範概念架構目前仍可能復活。

如上述各點，本文嘗試說明，在各國殖民地・外地法制度之間的互相比較上，日治台灣特有的問題。此「殖民母國」的「法治」延伸到其殖民地的實際程度，其背景的法規範等，參照最近的相關研究將進行比較。本文以為，屬於歐陸法、採用憲法施行說的日治台灣法規範的特徵畢竟是：（一）將拘束者當場格殺的「臨機處分」、統治初期軍政以及原住民法制，應該能視為法學上的緊急狀態（emergency）、（二）憲法上的法律保留（Vorbehalt des Gesetzes）。以法律保留觀點觀之，日治台灣的實證法上最具特色的法制，可謂是委任立法＝律令的問題，尤其是匪徒刑罰令。可能因為該令是刑法的特別法，故擴大構成要件，嚴厲地加重處罰。因此若觀察其運作的詳細內容，即能理解日治台灣法制上最具暴力性，侵害人權性的法規範。本文使用日治法院檔案之中的相關判決文書，以試圖解明

---

<sup>32</sup> 租借地（concession）在現代世界還存在：關塔那摩灣（出租國：古巴，租借國：美國），迪戈加西亞島（同英國，美國），Maly Vysotsky Island 和 Saimaa Canal（俄羅斯，芬蘭），拜科努爾（哈薩克，俄羅斯）。美國將關塔那摩灣看作非領土，其憲法亦不涉及，只有非依憲法之統治權的行使。

<sup>33</sup> 因為美政府認為美國憲法在此沒施行，因為該領域皆是美國海軍基地，美國統帥權的行使不受到美國憲法的限制。雖然總統歐巴馬在 2009 年 1 月以行政命令承認當地囚犯得以請求人身保護令狀。Executive Order No. 13492, Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantanamo Naval Base and Closure of Detention Facilities.

其實際上的運作。(三)關於警察法制，保甲制度、違警罪即決、行政執行法上的「檢束」也需要檢討。關於警察的實在活動，官方的資料其實多未受到保存，本文主要依據統計資料，試圖儘量解明當時的運作。再者，關於警察法規範，其實當時日本內地公法學者（美濃部達吉）有著相當的影響力。因為德國和日本的公法皆有行政法體系的獨立性，尤其警察法和警察權須要獨立的討論。然而日本內地和日治台灣的警察機關，皆採用美濃部從德國介紹的行政法學，尤其警察行政法學的概念加以正當化以警察命令侵害憲法上法律保留的可能性。但與日本內地或其他殖民地警察的比較尚未有充份的論述，本文欲透過實際法制和警察法的分析，以提起此個觀點。透過上述檢討和思考，本文期待能呈現出法與人類社會的互動關係之一隅。

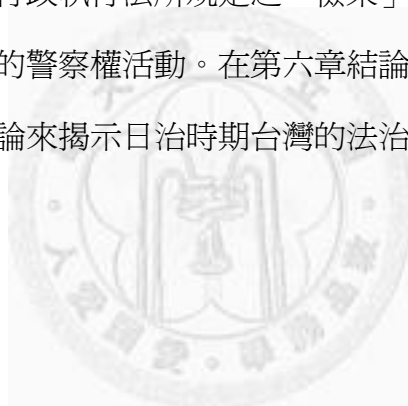
### 第三節 論文架構

結合上述研究方法，本文於如下章節分配進行檢討。在第二章，首先要檢討的是母國「法治」的性質，以及其對殖民地的延伸問題。不論歐陸法或者英國法體系，「法治」基本上意味著對於統治權的限制。特別是在 19 世紀西歐近代史各種法治觀念相當發達，但因殖民地是法治的邊境，雖然法治代表各國的傳統，但在殖民地，母國所行使的統治權總是脫離其束縛，忽視母國法治的存在，該情形甚至接近恣意任為。

透過本論文檢討過程方能得知，且於分析日治台灣法制的細節時，應該由何種角度或觀點加以切入，試圖發現日治台灣與其他殖民地國家在法制比較上的獨自性。基於殖民地母國的法制大致上分為兩個潮流，即英國法和歐陸法，故本文首先試圖尋找兩個法系之間適當的比較方法。

其結果如下，為分析作為歐陸法體系日本法制其「法治」的部分，尤其為分析有關自由權（身體自由）最基本的法治要素，須要從憲法及行政法兩個角度進

行觀察。依據本章檢討所得的考察結果，在第三章首先要檢討的是，在日治時期的台灣是否能發現何種「非法治」領域，換言之，即各種日治時期台灣特有的「例外狀態」。其次在第四章及第五章，本論文要分別進行日治台灣憲法之下實際法制之分析。在第四章，本文關於《日治法院檔案》當中內的有關「匪徒刑罰令」判決，要進行：（一）關於判決的判斷傾向，進行法學上的分析；（二）對於被告的個人情報進行統計性分析。本文以為如此能擴大對於律令中最嚴苛法令之整體性的理解。在第五章，關於「警察權」的法的性格，尤其在殖民地的警察權性質，本文首先檢討日本和英國、德國的法學論述，試圖建立殖民地警察的法的性格。接下來本文要整理日治時期各個「外地」中相當複雜的警察法制，接著要關注非法律之身體拘束，即日本行政執行法所規定之「檢束」制度與其實際運作的統計數字，要比較台灣與內地的警察權活動。在第六章結論本文試圖總結如上法學觀念和歷史事實，從公法理論來揭示日治時期台灣的法治程度如何。





## 第二章 統治權和法治的延伸－比較法史觀點的導入

### 第一節 英國殖民地法制（印度）

如同在第一章所討論，19世紀日本以外的歐美國家，大多是殖民地的母國，同時此國家本身有立憲主義、法治主義的發展。殖民地統治者本身須要自己的法的保護和法的問題的仲裁，因此每一個殖民地的法制大致上皆與母國法制有所關連，特別是母國的法律觀念影響著殖民地人權保障的消長。本文僅就法治的延伸觀點簡單地概觀論點。如下簡要地討論英國・德國的殖民地法制。

#### 一、 英國法的人權保障和國王大權

正如許多評論所指出，英國本身的法律史可謂是國王大權（*prerogative*）及其限制，即議會的制定法（*statute*）和法院累積的普通法（*common law*）之間的對立的歷史。關於國王大權，Dicey 的著名的定義：「『大權』似乎是歷史上和事實上在過去任何時代，在國王手中留下來，恣意性或裁量性的權威殘餘物」，<sup>1</sup>但國王大權在英國憲法上仍然保有相當重要的機能。此個令人想起行政控除說的無限定性、柔軟性、曖昧模糊性是英國憲法的關鍵要素。<sup>2</sup>有時候其來源難以說明該國家機能，尤其包含有較多政治性的殖民地統治上，其對領土、對人高權等，若

<sup>1</sup> “The ‘prerogative’ appears to be both historically and as a matter of actual fact nothing else than the residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is legally left in the hands of the Crown.” Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8<sup>th</sup> ed., London: Macmillan, 1927, p. 420

<sup>2</sup> Helmut Rumpf, *Regierungsakte im Rechtsstaat: rechtsvergleichende Beiträge zu einer Untersuchung des Verhältnisses von Politik und Recht*, Bonn: Lütwig & Röhrscheid, 1955, S. 97

將它視為來自國王大權，應能較輕易理解。

當想從歐陸法的觀點加以比較時，論者往往面臨的困難——難以特定比較的對象；尤其是歐陸法中理所當然存在的概念，在英國公法或者憲法經常不存在，或相當難找出相對概念。<sup>3</sup>作為歐陸法憲法學的最基本概念，「法律保留（*Vorbehalt des Gesetzes*）」，在英國法可能不存在，因為在英國的議會主權之下，議會理論上可能廢止大憲章（*Magna Carta*）或權利典章（*Bill of Rights*）等之最基本的人權保障法令，因為立法權的制定・修改・廢止法律的權能，在議會主權之下並無界限。在英國本土何種原則或規範仍然阻礙著立法裁量的暴力，現今仍不太明確。<sup>4</sup>英國的公法論述亦往往事先列舉各種自由權，其後討論在緊急事態（*emergency*）之下的限制。然而，如同周知，英國法制的人權保障依靠程序法。英國法的人權保障法制依賴普通法（*common law*）和大權令狀（如人身保護令狀 *habeas corpus*）。換言之，法制度上國王的介入構成實證法的人權保障核心，因此大權和整個英國憲法體制處在形影不離的關係。

不待言，*common law* 是判例法而不是成文的制定法。上述人權保障的結構理應依然會影響到殖民地統治法制。在英國本土，尚有無形的社會規範可能在保持非法治性的傾向，但在無英國法的傳統的殖民地，基本權的部分上，英國法的曖昧模糊性可能復活。

---

<sup>3</sup> Carleton Kemp Allen, *Law and Orders*, 3<sup>rd</sup> ed., London: Stevens & Sons, 1965, p. 5 所引用的一位瑞士人對英國憲法的評言是 “not logic, but experience”。

<sup>4</sup> Jennings 對於 Dicey 所分類的法的支配三原則之一（對於專斷的權力 *arbitrary power* 的一般法 *regular law* 的優越）加以尖銳的批判，他說 Dicey 都忽視行政權的自由裁量的問題，加上英國議會有更大的立法裁量的事實，而說英國無基本權，因為「議會禁止其存在」。Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 3<sup>rd</sup> ed., London: University of London Press, 1933, p. 294；參照高柳賢三，《英國公法の理論》，（東京：有斐閣，1948年），頁185—202

## 二、 國王大權和殖民地

### (一) 國王大權和臣民的契約關係

法史家說在英國的傳統觀念，英國國王和臣民處於一種雙務契約關係，其內容是向國王輸出忠誠及國王對於臣民的保護。雖然英國本國的法歷史是國王大權和普通法的對立史，因此臣民＝國王的忠誠＝保護關係存在於所有法的關係的基礎。英國法的核心屬於契約關係。德國公法學者 Jellinek 指出，構成英國古代的日耳曼民族君主國，本來就有著二元的構成傳統，在渠等的觀念中，君主和國民並非統一的一體，而是互相對立的各自獨立主體。因此限制國王的權力是國民的權利，此種的觀念來自日耳曼民族（構成英國古代社會的盎格魯撒克遜人）社會的傳統。<sup>5</sup>英國法律史學者 Maitland 提到，此個忠誠關係在 11 世紀威廉一世（William I）時確立。<sup>6</sup>之後，英國法曹論述將其理論化。關於由忠誠（allegiance）和保護而成立的君民互相關係，18 世紀英國法學者 Blackstone 指出，「忠誠即是綁定臣民和國王紐帶或相聯結的紐帶（ligamen），作為其回報有保護（protection）」。<sup>7</sup>Coke 在 Calvin's Case 此判例闡釋英國臣民的本質：「讓臣民出生

---

<sup>5</sup> Georg Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 4. Aufl., Leipzig: Duncker & Humblot, 1927, S. 37。關於英國法上的人權保障 Jellinek 仍說，自由、安全、所有權是英國人的絕對權利，其本質是從自然的自由，為公共利益扣除法律上的限制後，仍殘存的部份。其保護手段都是法律。然而，其權利者並非一般人類，而是英國臣民。同書 S.40

<sup>6</sup> Maitland 說，威廉一世的兩個功績是從教會的獨立和向國王的忠誠的達成。“The valuable thing that the Norman Conquest gives us is a strong kingship which makes for national unity. . . The two most important are that by which he [William the Conqueror] severs the ecclesiastical jurisdiction from the temporal, and that by which he insists that every man, no matter of whom he holds his land, is the king's man and owes allegiance to the king.” Frederic Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge: Cambridge University Press, 1919, p. 9

<sup>7</sup> “Allegiance is the tie, or ligamen, which binds the subject to the king in return for that protection which the king affords the subject.”, Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, I, London: Cavendish, 2001, p. 354; 參照 Paul D. Halliday, *Habeas Corpus: From*

的不是空氣，不是太陽，不是土地，而是紐帶和服從（*ligeantia and obedientia*）」，<sup>8</sup>可見忠誠是對於國王，並非對於英國國土。英國開始獲得海外領土的時代，正如 Carl Schmitt 指出，國王大權在自己的土地受到普通法和制定法的限制，但在自由的海洋和殖民地，大權脫離國內的拘束，成為絕對而通用。<sup>9</sup>

此英國法上的「忠誠」是，英國法最基本的人權保障，即作為大權令狀的人身保護令狀（*habeas corpus*）的法根據。英國法未有成文憲法的人權保障，即憲法典和其人權保障條款，要找出其人權保障法制在其程序法，無庸贅言，即是英國法中最著名的人身保護令狀。<sup>10</sup>Maitland 指出，人身保護令狀的起源是，因為國王對地方領主的監獄得以詢問（*inquire*），確認其被拘禁的緣由。<sup>11</sup>英國法制的人權保障最基本的法制是大權令狀（人身保護令狀）。根據英國判決理論，國王擁有任何時候知道臣民受到何種裁判之權能，由大權令狀（雖然事實上法官發給該令狀）命令被逮捕的臣民人身要移送到其喜歡的地方。因為臣民的身體（移動・拘束・釋放）保護，與「國王權威是最根本的局面」有關係，因為基於保護臣民

---

*England to Empire*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, p. 201

<sup>8</sup> “And it is to be observed, that it is nec cælum, nec solum, neither the soil, but *ligeantia and obedientia* that make the subject born.” 7 Co Rep 1 a; 77 E.R. 377。參見 Halliday, *Habeas Corpus*, p. 70, 203

<sup>9</sup> Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin: Duncker & Humblot, 1950, S. 66-67

<sup>10</sup> Blackstone 指出，“The most celebrated writ in the English law”, *Commentaries on the Laws of England*, III, p. 129

<sup>11</sup> “If anyone was imprisoned it was in the king’s power to inquire the cause of the imprisonment. . . . England was full of private prisons – the prisons of lords who claimed jurisdiction by royal grant or by prescription. At the suit of an imprisoned subject the king would send his writ to the keeper of the gaol, bidding him have the body of that subject before the king’s court, to undergo and receive what that court should award. As happened in many other cases, this prerogative of the king came to be regarded as the right of the subject.” Maitland, *The Constitutional History of England*, p. 271

的身體，臣民能防護國王，因此保護完全是「相互性（reciprocal）」。<sup>12</sup>在英國判決理論，Calvin's case（1608）整理提供出論點，<sup>13</sup>之後較多論述引用該判決，例如「普通法對於臣民的身體有如此大的尊重是因為其要保護國王」。<sup>14</sup>尤其是 17 世紀以後英國法有忠誠觀念的發展。<sup>15</sup>在英國原來的領土之外，國王大權極有可能復活。在英國公法理論，國王依憲法慣例（constitutional convention）受到內閣的輔弼，但關於其範圍理論上在英國本土內尚仍有不太明確的領域，<sup>16</sup>在英國本土以外的殖民地，不能排除原來的大權復活之可能性。

而且英帝國中最廣的定義是，英國統治權基於某些方法有其行使的範圍。在其頂點是國王。<sup>17</sup>英帝國面臨崩壞的二戰後期，法學評論再一次確認，對於國王的忠誠是英帝國的唯一的法的紐帶，<sup>18</sup>可見英國統治權的最終代表，在法律和事

---

<sup>12</sup> Halliday, *Habeas Corpus*, p. 79

<sup>13</sup> Calvin's case 可謂是與臣民地位的出生地主義（英國美國南美等）和血統主義（較多歐洲國家採用）有關係。基於當時的政治狀況（尊重神聖法 Divine law 的傾向），Calvin's case 採用血統主義，承認在國外出生的英國殖民者是英國臣民，但普通法本來確實有出生地主義的優越。Polly J. Price, "Natural Law and Birthright Citizenship in Calvin's Case (1608)", *Yale Journal of Law and the Humanities*. vol. 9, 1997, p. 78

<sup>14</sup> Halliday, *Habeas Corpus*, p. 69-70 所引用的 HLS, 105, f., 85v. (Ladd, 1607)

<sup>15</sup> 關於其詳細，Halliday, *Habeas Corpus*, p. 70-71

<sup>16</sup> Anson 指出，英國法的明顯且重要的特徵是國王關於所有的行為受到輔弼後始行動。Anson, *The Law and Custom of the Constitution*, 3<sup>rd</sup> ed., vol. 2, Oxford: Clarendon Press, 1922, p. 1, 7。參照高柳賢三，《英國公法の理論》，頁 231。但 Rumpf 指出，國王的確關於對外代表、宣戰、榮典受到輔弼，關於締結條約、驅逐外國人國王理論上不待輔弼得以行使大權。關於許多其他的大權（為著非獨立殖民地公佈法規範、召集・停會・解散議會、任命首相、解任內閣、任命新貴族院議員〔設置新貴族〕、拒絕立法〔veto, 1707 以來未行使〕、設置法院、維持國內和平、有關兵力的命令權、整備管理港灣、造幣、管理過教會），國王實際上不再協作。雖然 1688 年革命以後，議會主權讓將大權服從於議會，理論上議會應該得以廢止所有的大權，所有的政治和行政皆要以法律才能行動，但「關於最重要的大權，理論上的立法的規範化的可能性，並不是實際的（keine praktische）」。

Rumpf, *Regierungsakte im Rechtsstaat*, S. 111-112

<sup>17</sup> 高柳賢三，《英國公法の理論》，頁 383—384

<sup>18</sup> 高柳賢三，《英國公法の理論》，頁 257

實的雙面，仍是國王。

## （二） 契約關係的延伸

殖民地屬於母國，設置殖民地亦是本國統治權之行使，然而在殖民地，在母國有發展之法治，往往受到限制。在此能觀察英國法律史特有的問題，明顯地均是母國本來存在的問題的再生。反過而言，為求理解在英國殖民地的法的問題，必須從母國的歷史脈絡考察之。

英國臣民私下的開拓活動後來受到敕許，或者直接由「特許狀(letters patent)」開始開拓而設置。關於英國殖民地的法的性質與在殖民地的法狀況，英國的判決理論在 18 世紀確立其分類。(一) 在由征服 (conquest)<sup>19</sup> 或割讓 (cession) 歸屬英國的領土 (即已歷文明的法體系的土地)，過去的法規範到由英國法的修改，繼續有效。<sup>20</sup> (二) 英國臣民新發現的無住民領土，或者殖民於未曾被佔領，但存在著無文明住民的土地，所有的英國法在此仍是有效。<sup>21</sup>

英國殖民法理論的特徵是，渠等承認英國臣民的出生權 (birthright) 要延伸到殖民地，例如德國與日本的法制上並未承認此種觀念，為求保護本國人的權利，

---

<sup>19</sup> 但這個征服理論在中世紀尚未存在，在初期階段，英國法並無判決的理論而事實上傳播。Calvin's Case and the Origins of the Rule Governing 'Conquest' in English Law, *Australian Journal of Legal History*, vol. 8, 2004, p. 155-157

<sup>20</sup> "A country conquered by the British arms becomes a dominion of the King in the right of his Crown; and, therefore, necessarily subject to the Legislature, the Parliament of Great Britain.", ". . . the conquered inhabitants once received under the King's protection, become subjecta, and are to be universally considered in that light, not as enemies or aliens.", ". . . the laws of a conquered country continue in force, until they are altered by the conqueror." *Campbell v. Hall* (1774), 98 ER 1047; Charles James Tarring, *Chapters on the law relating to the colonies*, 4<sup>th</sup> ed., London: Stevens & Haynes, 1913, p. 12

<sup>21</sup> "In case of an uninhabited country newly found out by English subjects, all laws in force in England are in force there; so it seemed to be agreed." *Blankard v. Galdy* (1738), 91 ER 357; Tarring, *Chapters on The Law Relating to The Colonies*, 4<sup>th</sup> ed., p. 3

須要本國法的延伸或者新的立法。英國臣民的這些普通法上的權利包括受到裁判的權利，在殖民地，這個權利的主張往往成為在司法程序上特權的要求。在印度，英國母國人的住民拒絕與當地人同處於司法管轄權的統一，在制定統一刑事法典上，成為一大障礙，因為他們主張「作為自由人出生的英國人的權利 (rights of the freeborn Englishman)」。<sup>22</sup>因此在印度在英領印度，白人・有色人種的裁判管轄權不同。英國當局的政策尊重印度 (Hindu) 法或伊斯蘭法等的原來有的法規範，但此政策同時有著將差別固定化的要素，故最近受到「差異殖民統治 (rule of colonial difference)」的批判。<sup>23</sup>英國殖民地統治的正當化依靠英國統治所帶進來的法的支配 (rule of law)，但司法程序的白人・有色人，或者文明・非文明的區分雙面性的確讓人懷疑其有效性。

### (三) 在殖民地的人身保護令狀的停止

除上述屬人，屬民族性的法制，尚有英國法制本身原來存在的問題。若要觀察英國法獨有的人權侵害的模式，在進行考察時，其與依據成文憲法典之歐陸法，人權侵害與限制之基準不同，因為成文憲法不會限制英國國家權力與人民的關係。<sup>24</sup>此等忠誠保護關係延伸到殖民地，形成在殖民地的裁判制度。海外法院是大權所設置，法官亦是由大權任職。因此，在海外領土的人權保護核心亦是國王大權。但人身保護令狀不僅是刑事訴訟上的程序細目，正如 Maitland 指出人身保

---

<sup>22</sup> Kolsky, *Colonial Justice in British India*, p. 72

<sup>23</sup> Partha Chatterjee, *The nation and its fragments: colonial and postcolonial histories*, Princeton: Princeton University Press, 1993, p. 14

<sup>24</sup> 英美法學者伊藤正己說，若要觀察英國的「國家權力」，其觀察角度有(一)判例上的個人基本權，(二)實證法上的國家的不法行為責任(到 1947 年 Crown Proceedings Act)，(三)現行實證法上的制度，(四)憲法上的國王之權限，四個角度。伊藤正己，〈イギリス法における國家權力—法思想の展開過程からの考察—〉，《法哲学年報》，vol. 1953 II，頁 3

護令狀的歷史是英國憲法史的「真正的一部分」，<sup>25</sup>不僅是英國人權保障的核心，且的確是英國憲法，即基於普通法與制定法，君主權限制之歷史本身的一部分。在英國本土由 1679 年人身保護法（Habeas Corpus Act）整理該令狀發給條件，之後該令狀的發給快速擴大。

但在英國史上，人身保護令狀因兩個重要的理由屢次停止其發給：制定法與戒嚴（martial law）。在制定法的部分，1689 年以前，議會停止 Suspension of Habeas Corpus Act，其後許多制定法本身限制著人身保護令狀的發給。另外，人身保護令狀的發給在戒嚴可能被停止。其實，人身保護令狀與行政權的對立，最多是發生在戰爭或緊急狀態時，故限制人身保護令狀的案例多發生在緊急狀態。<sup>26</sup>

在英國本土，人身保護令狀基於國王大權，可延伸到（run into）尚未屬於國王的土地。<sup>27</sup>英國臣民的所在是否為英國領土，基本上並無關係。領土化或者統治權行使以前，人身保護令狀與英國臣民一同步進。最近美國最高法院判決之中，Stevens 判官亦引用 18 世紀英國判決理論而提到，人身保護令狀要發給於統治權（即英國統治權即 Crown）的事實上的支配範圍之中，不是法理上的領土權的範圍內。<sup>28</sup>可見英美法上的大權＝忠誠＝保護＝人身保護令狀的基本架構現在仍被

---

<sup>25</sup> Maitland, *The Constitutional History of England*, p. 539

<sup>26</sup> Robert. J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus*, Oxford: Clarendon Press, 1976, p. 90

<sup>27</sup> 亨利（Henry）八世的制定法編入威爾斯之前，國王的大權令狀發出向威爾斯。愛爾蘭是 kingdom 但還尚未 dominion 時，大權令狀，尤其是人身保護令狀延伸到（run into）愛爾蘭，因此當地法院須要將罪人的身體遣送（return）。「例如似乎在 Berwick 或 Jersey，在美國亦亦同樣。國王的臣民可能基於英國法不認識的權利而有土地。但渠等仍擁有基於『附隨』渠等的臣民地位，因為伴隨國王的臣民的移動，其忠誠的紐帶亦亦延伸」。Halliday, *Habeas Corpus*, p. 264-265

<sup>28</sup> 「…普通法上法院行使人身保護令狀管轄權，對於王國領土內（sovereign territory of the realm）被拘禁的外國人，同時對於在一般的令狀不會進入之所謂的司法管轄豁免區（exempt jurisdictions），或者其他所有的主權之下的版圖（dominions under the sovereign's control）內被拘禁的人的要求。正如 Mansfield 卿在 1759 年寫到，即使某些領土（territory）『並不是王國（realm）的一部分』亦亦『毫無疑問』，若若若該領土屬於國王（under the subjection of the Crown），法院擁有發出人身保護令狀之權限。後來的判決確認，該令狀



保留著。<sup>29</sup>

大權與法院扮演相當重要的角色，例如 1774 年在印度，首先引進英國法的是大權與法院。大權基於法院的設置使得英國法得以傳播。<sup>30</sup>法院的角色當然是臣民應該有的國王的保護的保障機關，因此法院是國王與臣民的忠誠關係的代表。不待言，臣民應該受到的保護之中，最重要的是人身保護令狀（*habeas corpus*）。人身保護令狀透過法院普及於世界。這一部法律的性質，無法透過「土地法」的概念加以理解。但普通法（*common law*）的用語經常是曖昧模糊，有時亦形容「亦是普通法的一部分」，<sup>31</sup>因此可說，人身保護令狀透過普通法傳播於帝國各地」。<sup>32</sup>但人身保護令狀的停止亦同樣地擴大（在愛爾蘭 1781－1782 年，在魁北克 1790－1800 年代）。

印度的法院對於非白人的印度人，基於債務被拘禁的 *Kemaluddin Khan*，早於 1775 年發出最初的人身保護令狀，東印度公司對於其釋放表達反對，而主張公司將喪失權威。<sup>33</sup>1779 年最高法院向印度人法院發出應遵守人身保護令狀的命令時，公司再次向最高法院抗議，當地人的被告未盡忠誠義務，為何孟加拉人法院法官須要尊重人身保護令狀。然而，印度總督之後基於委任立法權制定 1818 年命

---

的到達範圍並不依靠領土主權的形式上概念（*formal notions of territorial sovereignty*），寧可說是『管轄權或者版圖的正確的範圍與性質如何』的實際上問題」。 *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 482.

<sup>29</sup> 現代美國最高法院要考察從 *Guantánamo*（租借地）的人身保護令狀的要求的正當性，尚須要從 *Blackstone* 的有關人身保護令狀的論述，可見該令狀的沿革上的基本架構仍影響到現代的判決。 *Blackstone, Commentaries on the Laws of England, III*, p. 131; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 482, nn. 12

<sup>30</sup> 英國議會由法律（*statute*）獎勵東印度公司的設置法院的條件，但設置法院依據國王所裁可的特許狀（*charter*）。 *Halliday, Habeas Corpus*, p. 283

<sup>31</sup> *Rumpf, Regierungsakte im Rechtsstaat*, S. 160

<sup>32</sup> *Halliday, Habeas Corpus*, p. 256

<sup>33</sup> 基於債務被拘禁的 *Kemaluddin Khan*。 *Halliday, Habeas Corpus*, p. 286

令第 3 號，規定關於國事犯，其能超越任何司法程序。<sup>34</sup>Halliday 指出，「人身保護令狀基於普通法延伸到印度，其停止亦同樣地，基於制定法給予總督的權限，以最廣大的意義到印度」。<sup>35</sup>

一般認為，人身保護令狀的暫停就意味著非常事態。<sup>36</sup>在英美法，殖民地法亦可謂是緊急狀態的一部分。譬如，近來關於關塔那摩（Guantánamo），為求理解人身保護令狀在國外的效果，現代美國最高法院判決一定須要溯及檢討 18 世紀以後的英國有關殖民地的判決理論。比較法學上的考察指出，殖民地可能是一種法學上的緊急狀態。事實上，對於人身保護令狀的發給要求與執行權的對立，最多發生於戰時或非常事態，換言之，表現於執行權阻擋裁判案例之中，擁有最大意義是發給人身保護令狀的要求。<sup>37</sup>美國憲法的人權保障規定亦提到，因「除非常事態」產生令狀的停止形式，保障人權（但對於議會的立法裁量的限制形式）<sup>38</sup>

「在加爾各答（Calcutta）有依據制定法的上告法院」，<sup>39</sup>Blackstone 引用其他的判決指出，「國王的領土」皆有人身保護令狀，似乎是與隨領土權或統治權。英國對於其殖民地統治，最根本的正當化理由是「法的支配」。然而關於非白人的人權保障，有著曖昧模糊不確定的部份。譬如，法院管轄權或適用法令與白人不同。在英國的法治，對於殖民地延伸英國法是國王大權與法院，大權透過法院的設置，延伸英國法治（僅在法院有管轄權的地方始有 common law 的適用）。民皆有輸出忠誠的義務，國王由大權（特許狀）賦予裁判制度。其核心是忠誠關係，因此英

<sup>34</sup> 1818 Regulation III; *House of Commons papers*, vol. 18, Bengal, 1818, 7; Halliday, *Habeas Corpus*, p. 290

<sup>35</sup> Halliday, *Habeas Corpus*, p. 290

<sup>36</sup> Hussain, *The Jurisprudence of Emergency*, p. 70

<sup>37</sup> Hussain, *The Jurisprudence of Emergency*, p. 70 所引用的 R. J. Sharpe, *The Law of habeas corpus*, p. 90

<sup>38</sup> U.S. Const. art. I, §9, cl. 2. 第 1 條第 9 款第 2 「不得中止人身保護令所保障的特權，惟在叛亂或受到侵犯的情況下，出於公共安全的必要時不在此限」

<sup>39</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008)。該判決認為，因為美國在古巴保有的租借地 Guantánamo 未有上告法院。

國在印度開始裁判時，法官所面臨的問題是印度人是不是英國臣民（british subjects）。

### 三、 委任立法

一般的看法是，英國的委任立法事實上在 20 世紀行政國家化的潮流之下有著相當程度的擴大，尤其是屢次的戰時立法是其代表例。此看法當然沒錯，但 19 世紀的殖民地立法已有重要的案例。<sup>40</sup>不過，英國判決理論避免委任（delegation）的用語。英帝國之中的立法權委任，英國的論述有時候使用委讓（devolution），<sup>41</sup>與一般的委任立法用語上做出區別。<sup>42</sup>一般而言，前者的委任內容比較廣泛，但此概念區別不一定十分明確而從法觀點未說明委任與委讓的區別，<sup>43</sup>從憲法學的觀點亦有批判。<sup>44</sup>就法的理論而言，上述區別僅是委任的程度問題，因此本文以委任立法（delegation）代表所有的立法權委任。<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> Dicey 指出，殖民地的立法機關（包括總督，殖民地議會）是非主權性（non-sovereign）。樞密院司法委員會的判決亦亦堅持印度的殖民地立法機關並非帝國議會（Imperial Parliament）的 agent or delegate 的看法。Reg. v. Burah, LR 3 App Cas 889

<sup>41</sup> 此 devolution 的用語原來是，面臨 19 世紀愛爾蘭獨立運動的英國政府，基於將自治權（home rule）賦予愛爾蘭企圖防止該運動時，其權限委讓稱謂 devolution。比較是英國獨自的用法。參照 Vernon Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 19；石見豐，〈英国における地方分権の概念〉，《國土館大學政經論叢》，2009 年第 3 號，2009 年，頁 2－3

<sup>42</sup> 此區別的目的是將將殖民地・地方政府的立法看作 sovereign，排斥司法法院的審查。高柳賢三，〈英國公法の理論〉，頁 386

<sup>43</sup> 亦亦有說明（現代蘇格蘭的案例）devolution 的意義在蘇格蘭有獨立的政治意思（political will）而蘇格蘭議會代表之。Vernon Bogdanor, *Devolution: Decentralisation or Disintegration?*, *The Political Quarterly*, Vol. 70-2, 2002, p. 185

<sup>44</sup> 「devoluiton 意味著立法權的移轉時，幾乎皆可視為 delegation」。“Delegation and Devolution” of Constitutional Keywords,  
<http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/keywords/?id=22>

<sup>45</sup> 雖然英國議會對於殖民地的至上權，對於有些殖民地，根據普通法上的大權，以樞密院令（Prerogative Orders in Council）發出的命令並非委任立法，因為此命令權非議會授

英國的委任立法有從 14 世紀的長遠歷史，<sup>46</sup>對於印度總督的授權是委任立法。雖加上因國會主權的成立，較多論述認為無限制的委任立法亦不會牴觸法的支配。<sup>47</sup>歐陸法國家國會的立法權界限為憲法典，然而能改變實質憲法之英國國會的立法權並無形式上的界限，換言之，英國法制上不存在立法權的界限。<sup>48</sup>因此像日治台灣初期的六三問題法等，對於委任立法的「違憲」問題，不存在英國的理論上。<sup>49</sup>

雖然事實上，尤其在 20 世紀以後的行政國家化與戰時法制事實上受到批判，對於委任立法，在有成文憲法典的國家委任立法上，其問題在於其與法律保留的關係，但在英國法相當於法律保留的原則即是權限踰越（*ultra vires*），即僅為行政法訴訟法上的權利。英領印度曾經亦有透過議會授權或委任所產生的嚴重人權侵害。

英國的印度統治亦有委任立法，總督在參事會（*Governor-General in Council*），如同國王在議會（*King in Parliament*），得以立法。對於印度總督的委任立法權，英國議會事先須要確立優越於國王的地位。1688 年光榮革命以後英國

---

權。O. Hood Phillips, *The Constitutional Law of Great Britain and the Commonwealth*, London: Sweet & Maxwell, 1952, p. 315

<sup>46</sup> Allen, *Law and Orders*, 3<sup>rd</sup> ed., p. 25

<sup>47</sup> 水野豐志，《委任立法の研究》，（東京：有斐閣，1960 年），頁 252

<sup>48</sup> Carleton Kemp Allen, *Law and Orders*, 1<sup>st</sup> ed., London, Stevens & Sons, 1945, p. 61；水野豐志，《委任立法の研究》，頁 139、145；高柳賢三，《英米法源理論 英米法講義第 1 卷》第 8 版，（東京：有斐閣，1953 年），頁 191－192；田島裕，《議會主權と法の支配》，（東京：有斐閣，1979 年），頁 47－48；田村浩一，〈イギリスにおける委任立法〉，《公法研究》，第 14 號，1956 年，頁 53；田上穰治〈立法權の限界〉《法哲学年報》，vol.1956，1957 年，頁 30

<sup>49</sup> Carl Schmitt 甚至說，「（英國）無權力分立上的法律概念，因此不知道立法和行政的根本性的差異，或者對於立法的委任的疑問」。Carl Schmitt, „Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen)“, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd. vol. 6, 1936, S. 254

國王權力縮小，一般認為 1694 年透過下議院的議決已確立議會的優越。<sup>50</sup> 議會賦予總督立法權之議會法律，1793 年法律<sup>51</sup> 已賦予孟加拉總督（Governor-General of Bengal），同樣在 1800 年馬德拉斯，1807 年孟買總督接受立法權的委任，但 1833 年特許條例（The Charter Act of 1833）賦予包括性的立法權。<sup>52</sup> 上述在印度的人身保護令狀停止亦依據總督的委任立法權。印度亦有類似匪徒刑罰令的委任立法，即 1836—1848 年的「匪徒強盜鎮壓法（Thuggee and Dacoity Suppression Acts）」與 1871 年的「犯罪民族法（Criminal Tribes' Act, 1871. Act XXVII.）」。前者大約 1,700 人送到司法程序，大約有 20% 的被告受到處死。<sup>53</sup> 但一般而言，英國議會鮮少介入殖民地法制，尤其在行政國家化有所進展的 20 世紀，事實上僅有制定各個殖民地的憲法，或者經濟方面的全英帝國立法（國籍法、商船法等）。<sup>54</sup>

總而言之，英國帝國法制的人權保障仰賴臣民與國王間契約上的權利，及其司法程序上的表現。

<sup>50</sup> 1693 年 10 月東印度根據樞密院令捕獲密貿易船 Redbridge 號，圍繞捕獲的合法性，1 月 19 日下院議決「所有的英國臣民對於東印度貿易在議會法律禁止以外的範圍擁有平等權利」。W. A. J. Archbold, *Outlines of Indian constitutional History [British period]*, London: P.S. King & Son, 1926, p. 18

<sup>51</sup> 37. Geo. III. c. 142, Archbold, *Outlines of Indian constitutional History [British Period]*, p. 95-96

<sup>52</sup> 該法律將將孟加拉總督改成印度總督（Governor-General of India），總督除有些除外例（例如該法本身，Mutiny Act，國王大權，憲法性的法律，大權等），如今針對“for all persons, whether British or native, foreigners or others, and for all Courts of justice, whether established by His Majesty's Charters or otherwise, and the jurisdiction thereof, and for all places and things whatsoever within and throughout the whole or any part of the said territories, and for all servants of the said Company within the dominions of princes and States in alliance with the said Company.”，能制定法律。3&4. Will. IV. c85, Archbold, *Outlines of Indian constitutional History [British Period]*, p. 104-106

<sup>53</sup> 根據匪徒強盜鎮壓法的匪徒・強盜的處分：Transported to Penang, &c.: 1,059; Hanged: 412; Imprisoned for life with hard labour: 87; Imprisoned in default of security: 21; Imprisoned for various periods: 69; Released after trial: 32; Escaped from jail: 11; Died in jail: 36。Philip Meadows Taylor, *Confessions of a Thug*, London: Richard Bentley, 1839, p. 6

<sup>54</sup> 高柳賢三，《英國公法の理論》，頁 386

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
第二章 統治權和法治的延伸－比較法史觀點的導入



## 第二節 德國殖民地法制（膠州灣）

19 世紀後期始參加歐洲各國殖民地競爭的德國擁有殖民地期間較短，德國開始領有殖民地時，較諸英國晚許多，至 1884 年始擁有德屬西南非、多哥（Deutsch-Südwestafrika, Togoland, Kamerun）等的殖民地，較諸日本領有台灣大致早十年，且一戰結束 1918 年以後事實上失掉所有的殖民地，領有期間僅 34 年間。德國於第一次世界大戰之前保有的殖民地主要有三種：非洲、南洋群島、膠州灣，其中最後係由租借條約於 1898 年獲得的租借地（Pachtgebiet）。基於 Bismarck 的外交政策為求保持低調，德國未公開使用殖民地（Kolonie）的名稱而使用保護領（Schutzgebiet），但其統治形式與其他國家的殖民地無明顯的差異。尤其關於膠州灣，雖然條約上德國僅能在當地行使統治權，但德國公法法學將其視為與領土權的割讓相同，在學界較多論者將其視為「割讓的隱蔽」<sup>55</sup>。依據此等正當化論理事實上開始建設永久殖民地。<sup>56</sup>與其他德國殖民地不同的是，膠州灣由 1898 年的「有關膠州灣保護地行政的敕令」屬於德國海軍省所管轄，<sup>57</sup>但德國無統帥權的獨立，因此這僅是政府機關之中的事務分擔而已。但 1898 年所設置的總督必須是海軍軍人，<sup>58</sup>底下配置有一位民政長官管轄民政。

---

<sup>55</sup> Georg Jellinek, Die Staats und Völkerrechtliche Stellung Kiautschous, *Deutsche Juristen Zeitung*, 15 Juni 1898, Nr. 13, S. 253。Stengel 亦有同樣的看法。Karl Freiherr von Stengel, Die Deutschen Schutzgebiete, in: Internationale kriminalistische Vereinigung, in *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*, Bd. 2, Berlin: O. Liebmann, 1899, S. 390

<sup>56</sup> 德國 1897 年開始領有膠州灣時，該地方的人口僅有幾百人的漁村，其後該地區的中國人的人口已有 83,000 人。在 1910 年左右人口調查時，人口高達 16 萬 1 千人。

<sup>57</sup> Allerhöchster Erlass, betreffend die Erklärung Kiautschou's zum Schutzgebiete. 27 Jan 1898, RGBl. 171; Friedrich Wilhelm Mohr, *Handbuch für das Schutzgebiet Kiautschou*, Tsingtau: Walther Schmidt, 1911, S. 6; 「膠州灣保護地行政ニ關スル敕令」，《青島經營ニ關スル獨國ノ諸法令》，（青島：青島守備軍民政部，大正 7 年（1918））頁 8

<sup>58</sup> Allerhöchster Erlass vom 1. März 1898, MVBl. 63; Mohr, *Handbuch für das Schutzgebiet*

德國參加殖民地競爭以後，德國公法學界一直積極地討論公法上的殖民地問題，重要的討論主題是殖民地立法，聯邦與皇帝的關係，憲法施行與皇帝在殖民地的權限、德國殖民地的國內法・國際法上的地位等。但他們最有興趣的領域是中央政府統治架構與國法學上的問題，關於殖民地人民（當地住民、Eingeborenen）的人權保障（其中大部分是司法問題）的論述實在不多。<sup>59</sup>

關於此問題，德國公法學界的絕大多數的態度是相當明顯的：至少與日本學說狀況相較，不施行說有其優勢，應可說幾乎不存在全面性的施行說。Friedrich Giese 提到，「此在德國殖民地的帝國憲法不施行的原則，現在被視為是德國殖民地法學的基本論理，實在是一個教義。殖民地法學論述者之中皆明顯地支持之」。<sup>60</sup>其實，殖民地法學者之中並無人主張帝國憲法與殖民地毫無關係，但關於其施行的程度或範圍見解對立，在意見上並無一致。<sup>61</sup>學說大概皆承認憲法條文一部分的施行，<sup>62</sup>關於德國帝國議會對殖民地的立法權，無人懷疑，主要的議題是議會法律與皇帝敕令的優劣關係。<sup>63</sup>其理由亦是非常明顯的是文明差異的問題。Bornhak 指出，將殖民母國的整個法的狀況移動到保護領事是非現實的，<sup>64</sup>大部分的公法學亦站在同樣的立場。Giese 亦提到基於地理與氣候條件、經濟狀況、住

---

Kiautschou, S. 7；「千八百九十八三月一日ノ敕令」，《青島經營ニ關スル獨國ノ諸法令》，頁 9

<sup>59</sup> 長尾龍一，〈ドイツ植民法ノ一ト〉，淺野豊美、松田利彦編，《植民地帝国日本の法的展開》，（東京：信山社，2004 年），頁 35

<sup>60</sup> Friedrich Giese, Zur Geltung der Reichsverfassung in den deutschen Kolonien, in: *Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum*, Berlin, Weidmann, 1911, S. 419

<sup>61</sup> Grohmann, *Exotische Verfassung*, S. 227

<sup>62</sup> Grohmann, *Exotische Verfassung*, S. 228

<sup>63</sup> Grohmann, *Exotische Verfassung*, S. 227

<sup>64</sup> Conrad Bornhak, „Die Anfänge des deutschen Kolonialstaatsrechts“, *Archiv für öffentliches Recht*, 2, 1887, S. 15



民的文化的水準等之差異，將母國制度移轉到殖民地仍是不可能承認。<sup>65</sup>

關於一般行政，德國保護領無司法與行政的獨立。<sup>66</sup>關於人權保障，德國有成文憲法典，並且有法律保留的觀念。因此問題是在殖民地是否有憲法上的法律保留。與英國人不同的原則是，德國人在殖民地理論上不一定能受到法律的保護，故渠等須要特別的立法。在殖民地白人的基本權亦不是當然的憲法上的（依法律保留的）權利。關於有色人（*Farbigen*），立法皆根據命令。白人司法有兩個法源，即法律（*Gesetz*）與命令（*Verordnung*）。德國人不必 *ipso jure*（法律上當然地）根據德國法令被規範，在此點與英國人有差異，因為英國人將其的出生地法（*Geburtsrecht*）帶進到英國殖民地，然而在德國殖民地的德國人，事先須要制定法令。<sup>67</sup>

因為德國殖民地法制自法律準用法律而開始，因此其架構有些複雜。德國起初由第一版「保護領法（*Schutzgebietsgesetz*）」<sup>68</sup>授權皇帝（一）保護權（*Schutzgewalt*、第 1 條）、（二）關於私權、民事刑事裁判管轄權、國籍・結婚、等準用「領事裁判法」<sup>69</sup>規定。（第 2 條）。學說的理解是，一方面德國法律若無特別規定，不施行於保護領，若要其施行則須要明文規定。然而德國在保護領保有所有的高權（*Hoheitsrecht*），一般學說認為此相當於國家權力（*Staatsgewalt*）。

<sup>65</sup> Giese, *Zur Geltung der Reichsverfassung in den deutschen Kolonien*, S. 417-418

<sup>66</sup> Otto Köbner, *Die Organization der Rechtspflege in den Kolonien*, Berlin, Ernst Siegfried Mittler und Sohn, 1903, S. 7; Hermann von Hoffmann, *Verwaltungs- und Gerichtsverfassung der deutschen Schutzgebiete*, Leipzig: Göschen, 1908, S. 48

<sup>67</sup> Curt von Burgsdorff, *Die Entwicklung der kolonialen Rechtspflege*, Leipzig Jur. Diss., Leipzig: Gerhardt, 1911, S. 4；司法省官房秘書課，〈獨逸國植民地司法制度の發展〉，《司法資料 第 282 號 獨逸國植民地司法制度の發展及び植民地法の統一》，昭和 18 年（1943），頁 5

<sup>68</sup> Gesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete (SchGG), Reichsgesetz vom 17. April 1886, RGBl. 75

<sup>69</sup> Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit (KonsGG), 10. Juli 1879, RGBl. 197

因為僅有對人效力的領事裁判法，因此對地效力的保護領法被準用，則發生保護領法的適用對象的問題。根據領事裁判法（第 1 條 2 項）<sup>71</sup>，德國臣民與保護民（Schutzgenossen）即其他歐洲白人則是裁判的對象。但當地住民（Eingeborenen，在膠州灣即中國人）因有行政命令，故被排斥在裁判之外，1900 年保護領法<sup>72</sup>正式宣告，除有敕令（Kaiserliche Verordnung）允許的場合外，當地住民（Eingeborenen）基本上不是殖民地裁判的對象（第 4 條）。<sup>73</sup>保護領法無明文表示，在上述的狀況下，何種事項是為立法被保留；但保護領法領先規定之事項，皆服從於該立法。在殖民地的法律保留範圍，即法律上的領域並不明確。對於在殖民地的法律保留狀況，有人甚至說在膠州灣等的殖民地不存在法律保留。<sup>74</sup>Neumann 指出：「現在的狀況是，裁判權及白人的身分登記，取得或喪失地方籍，預算法，殖民地官吏法，並且有關非洲保護領駐屯軍與當地兵役義務之規定，服從於立法」，<sup>75</sup>可見至少事實上為保護白人，經由保護領法，某些立法事項延伸到

<sup>70</sup> Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 5 Aufl., vol. 2, Tübingen: Mohr, 1911, S. 279; 長尾龍一, 〈ドイツ植民地ノート〉, 頁 47

<sup>71</sup> „Der Konsulargerichtsbarkeit sind die in den Konsulargerichtsbezirken wohnenden oder sich aufhaltenden Reichsangehörigen und Schutzgenossen unterworfen.“

<sup>72</sup> RGBl. 1900, 812

<sup>73</sup> Burgsdorff 說，這是「他們的的文化階段，並且因此如上述，將渠等將放在有文明的歐洲人的法秩序之下的不可能性的結果」。Burgsdorff, *Die Entwicklung der kolonialen Rechtspflege*, S. 7; 〈司法資料 第 282 號 獨逸國植民地司法制度の發展及び植民地法の統一〉, 頁 9-10

<sup>74</sup> 長尾龍一指出，「保護領法第一條的保護權相當於國權，然而國權包含立法・行政・司法之三權，因此皇帝擁有對於殖民地的原則上的立法權。若若若有議會所參與的法律之制定，該法律要優越於敕令，因此因此在此意義上『法律的支配』基本上貫徹，但議會所專有的『法律事項』不存在，因此若若若在本土的時應該屬於法律事項的領域亦亦得以由敕令規定」。長尾龍一, 〈ドイツ植民地ノート〉, 頁 48。這個見解畢竟是以立法事項為固定的立場，但關於法律的先佔領域，從此立場亦亦應該尚能承認法律保留的存在。

<sup>75</sup> Max Neumann, *Die Rechtseinheit im deutschen Kolonialrecht und die Errichtung eines obersten Kolonialgerichtshofs*, Erlangen Univ., Diss., Borna-Leipzig: Noske, 1911, S. 4; 司法

殖民地。

根據皇帝的保護權之命令權，當局能規定包括其餘的（法律先佔以外的）所有的事項。因此在德國保護領，刑事法令得以由（一）皇帝的敕令、（二）帝國首相的命令、（三）總督的命令規定。<sup>76</sup>由此白人與當地人（Eingeborenen）的裁判管轄權不同。對於白人關於刑事實體法（1900年7月以後），根據保護令法<sup>77</sup>第3條與領事裁判法<sup>78</sup>第19條，本國刑法基本上有適用。關於法院的構成，根據保護令法第2條，經由領事裁判法，本國裁判所構成法（Gerichtsverfassungsgesetz）可適用。<sup>79</sup>

關於有色人，在膠州灣的實證法即1898年4月27日的帝國首相命令，將中國人從依據法律之裁判權排除在外。<sup>80</sup>1899年4月15日總督命令「有關中國人的

---

省官房秘書課編譯，〈獨逸植民法に於ける法の統一と最高植民地法院の設置〉，《司法資料 第282號 獨逸國植民地司法制度の發展及び植民法の統一》，（東京：司法省官房秘書課，昭和18年（1943）），頁157

<sup>76</sup> Friedrich Doerr, Deutsches Kolonialstrafrecht, in: *Zeitschrift für Kolonialpolitik, Kolonialrecht und Kolonialwirtschaft*, Jg. 10, 1908, S. 330

<sup>77</sup> Schutzgebietsgesetz vom 25 Juli 1900, RGBl. 809; Mohr, *Handbuch für das Schutzgebiet Kiautschou*, S. 39; 「保護地法」，《青島經營ニ關スル獨國ノ諸法令》，頁55

<sup>78</sup> Gesetz über Konsulargerichtsbarkeit vom 7 April 1900, RGBl. 23; Mohr, *Handbuch für das Schutzgebiet Kiautschou*, S. 43; 「領事裁判法」，《青島經營ニ關スル獨國ノ諸法令》，頁60

<sup>79</sup> 領事的管轄權包含基於裁判所構成法、各訴訟法、破產法，在德國應該屬於區裁判所（Amtsgericht）的事件等。但然而，因為保護領法據領事裁判法，在殖民地白人（德國人與保護民 Schutzgenosse）裁判有屬人的（1900年4月7日領事裁判法第2條）。參見 Burgsdorff, *Die Entwicklung der kolonialen Rechtspflege*, S. 44; 司法省官房秘書課，〈獨逸國植民地司法制度の發展〉，頁68

<sup>80</sup> „die Chinesen jedoch nur, soweit sie dieser Gerichtsbarkeit besonders unterstellt werden. Der Gouverneur bestimmt mit Genehmigung des Reichskanzlers (Reichsmarineamts), inwieweit die Chinesen der Gerichtsbarkeit zu unterstellen sind. Der Gouverneur ist befugt, Angehörige farbiger Stämme von der Gerichtsbarkeit auszuschliessen.“ Verordnung, betreffend der Rechtsverhältnisse und die Ausübung der Gerichtsbarkeit in Kiautschou, 27 April 1898, MVBl. 151; Stengel, *Die Deutschen Schutzgebiete*, S. 399; Mohr, *Handbuch für das Schutzgebiet Kiautschou*, S. 10

法律關係的命令」規定有關中國人的刑事・民事裁判之相當於實體法的內容。<sup>81</sup>其中包括民刑事程序，甚至處罰事項與處罰規定。其處罰條文（第 5 條）相當簡單：

第 5 條 如下的行為皆應處罰：

- 一、基於總督的命令應以刑罰處罰之行為
- 二、包含依德帝國法律對於帝國或者對於別人的健康・生命・自由・財產犯罪及違反（Verbrechen und Vergehen）的事實之行為
- 三、包含為保持公共秩序應處罰（im Interesse der öffentlichen Ordnung unter Strafe gestellt）之違警罪（Übertretung）的事實之行為
- 四、在中華帝國應以刑罰處罰之行為

第 6 條 刑罰種類如下：

- 一、笞刑一百以下
- 二、罰款五千 Dollar 以下
- 三、自由刑十五年以下
- 四、終身刑
- 五、死刑

第 5 條 1 項總督的命令權不受限制，尤其第 2、3 項的規定規定相當簡單。Mühlhahn 指出該條文違反歐洲傳統的罪刑法定主義。<sup>82</sup>如此可處

---

<sup>81</sup> Verordnung, betreffend die Rechtsverhältnisse der Chinesen, 15. April. 1899, MVBl. 25; *Die Deutsche kolonial-gesetzgebung*, v. 4, S. 191; Mohr, *Handbuch für das Schutzgebiet Kiautschou*, S. 72;「一千八百九十九年四月十五日公布支那人ノ法律關係ニ關スル規定」，《青島經營ニ關スル獨國ノ諸法令》，頁 97

<sup>82</sup> Klaus Mühlhahn, *Herrschaft und Widerstand in der „Musterkolonie“ Kiautschou: Interaktionen zwischen China und Deutschland 1897-1914*, München, Oldenbourg, 2000, S. 232-234; 余凱思 (Klaus Mühlhahn)、孫立新譯，《在「模範殖民地」膠州灣的統治與抵抗：1897-1914 年中國與德國的相互作用》，（濟南市：山東大學出版社，2005 年），頁 272—275; Mühlhahn, „Staatsgewalt und Disziplin: Die chinesische Auseinandersetzung mit dem Rechtssystem der deutschen Kolonie Kiautschou“, in: Rüdiger Voigt, Peter Sack (Hg.), *Kolonialisierung des Rechts: zur kolonialen Rechts- und Verwaltungsordnung*, Baden-Baden:

罰行爲的確並不明確。且行爲與刑罰的程度並未連接，輕微的行爲可能受到嚴苛的處罰。

關於住在膠州灣的中國人的法地位，在青島最高法院長法官（Oberrichter）的 Crusen 曾說明，「在膠州灣的中國人，何時可能受處罰？對於此問題以確信能回答：在任何時候（immer）」、「除關於刑罰範圍有明文規定之時以外，法官有完全的選擇的自由…若准許糾問程序的性質，法官可適用德國刑事訴訟法的規範，同時不受它的拘束。關於證人與專家的宣誓，作成記錄，由自由裁量決定…」。<sup>83</sup>可見至少理論上，膠州灣的法官對於當地中國人，有完全採取「非法治」之統治的可能。<sup>84</sup>

事實上在膠州灣保護，1900 年以後匪徒大致消聲匿跡，治安秩序較爲安定，向德國議會的報告書再三說明，當地的保安狀況稱得上是正常或穩定。<sup>85</sup>總之在膠州灣保護領，來自殖民母國的法律保留延伸到白人的司法，但不及關於中國人的司法。

---

Nomos, 2001, S. 135

<sup>83</sup> Georg Crusen, Die rechtliche Stellung der Chinesen in Kiautschou, *Zeitschrift für Kolonialrecht*, vol. 15, 2, 1913, S. 16, 48。參見淺田進史，《膠州灣租借地におけるドイツ植民地統治と社会秩序（1897－1914）》，2007 年，頁 91

<sup>84</sup> 明治 34 年（1901），與岡松參太郎一起視察膠州灣的台灣總督府通信局長鹿子木小五郎，回台後於報紙上表達意見。關於兼有實體・程序法令之膠州灣總督令，「法官的意志即是法律」，「法律裡面有如『不應為』的罪名，任何行爲裁判官的認定如何，無不能該當罪之行爲，畢竟法官的意志即是法律」等之評論。鹿子木小五郎，〈青島視察記（七）〉，《台灣日日新報》，明治 34 年（1901）10 月 25 日

<sup>85</sup> Denkschrift betreffend die Entwicklung des Kiautschou-Gebiets in der Zeit vom Oktober 1900 bis Oktober 1901, *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages*, Bd.: 193. 1900/03, Anlage Nr. 832, S. 2892; Denkschrift betreffend die Entwicklung des Kiautschou-Gebiets in der Zeit vom Oktober 1901 bis Oktober 1902, *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages*, Bd.: 196. 1900/03, Anlage Nr. 187, S. 22

### 第三節 日治時期台灣法制

#### 一、 國際法的視角

日本開始領有台灣的 19 世紀末，歷經法史上極大的變動，即立憲主義的發展。在此時代其有發展的法學概念仍是現代法學的基本觀念。在各個殖民母國，其核心的權力分立與人權保障迅速地擴大其保障，但須要注意的是，19 世紀同樣是殖民地・海外國家領域大幅擴大的時代。然而，日本獲得台灣的領有權的 1895 年，根據 19—20 世紀的著名德國政治・公法學者 Carl Schmitt 的指出，歐洲國際法、殖民地的法性質，正在開始變動。

Schmitt 指出，在歐洲主權國家擴大各自殖民地的 19 世紀，世界上存在明顯的歐洲國際法秩序境域，即「Raum(圈、空間)」。文明法秩序支配 Raum 內，Raum 外的人民既是不文明，而屬於「從法規範的拘束被解放的行動領域」或者「從法規範被除外的實力行使圈」，<sup>86</sup>因此，國際法秩序正當化「非法律」或「超法律」的國家權力的行使。16 世紀以來持續擴大，使西歐國際秩序與國際法發展的此 Raum 持續擴大，直至 19 世紀末因日本的日清戰爭（甲午戰爭）加入歐洲國際法世界始結束。<sup>87</sup> Schmitt 認為，歐洲各國的陸地取得，以 1885 年在柏林開會的剛果會議為其最後事例。基於美國、日本等對於國際秩序的參與，歐洲公法（Jus Publicum Europeum）大致在 1890—1918 年間解體而變遷到擁有普遍性的國際法（Völkerrecht）。其結果是，16 世紀以來的「友誼線」首次消滅。<sup>88</sup>因此，「過去

---

<sup>86</sup> Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, S. 66

<sup>87</sup> Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, S. 204

<sup>88</sup> Schmitt 說，西班牙和葡萄牙將地球分割的 1494 年托爾德西里亞斯條約（Tratado de Tordesillas）和其「大洋分割線（particion del mar oceano）」仍是共有同樣的世界觀的天主教徒君主之間的合約，然而在宗教戰爭的時代，海洋強國的天主教國和新教國之間的合約，即「友誼線（Amity Line、Freundschaftslinien）」，造成海外「非法」領域。歐洲公法（das europäische öffentliche Recht）不延伸到友誼線之外「新世界」，根據歐洲國際法

作為歐洲公法的基礎的文明民族、半文明民族（野蠻 barbarischen）、未開民族（sauvages）之間的區別，在法律上無意義，〔中略〕歐洲母國與海外殖民地之間的土地狀態的差異，亦同樣地成為在法律上無意義的。殖民地的土地變成與歐洲諸國的土地同樣的國家領域（Staatsgebiet）。<sup>89</sup>歐洲國際法將歐洲國家領域（europäische Staatsgebiet）非歐洲地域（non-europäische Boden）原來明確地區別，但 19 世紀末期以來，歐洲國際法開始將殖民地（Kolonie）視為是母國（Mutterland）的延伸，同樣屬於同一國家高權領域的「國家領域（Staatsgebiet）」。<sup>90</sup>如此一來，日本開始領有台灣時，歐洲為世界中的法規範<sup>91</sup>受到如此大幅的變化，「文明」亦逐漸失去法的基準的性質。

台灣日治時期的確是 19—20 世紀的世界法律史上重大變化的一部分。在如此領域的擴大，殖民地母國的歐洲各國在 19 世紀已確立法治國家的體質，因此在殖民地亦需要展開法的正當化。<sup>92</sup>國際法上，日本的台灣統治，通過明治 28 年（1895）的條約以割讓（cession）繼承清朝的台灣統治而開始。當時清朝在台灣行政地域僅佔台灣島的一半，雖然該條約受到國際社會的承認，日本統治須事先確立事實上的實效支配。不到二十年大致在 1914 年的大正早期，日本當局大概成功地延

---

的對於戰爭的限制亦變成無效，陸地取得的戰爭成為無限制，在此僅有強者之法須妥當。如此 16—17 世紀友誼線出現兩個主要自由領域，即陸地上的 America，海洋上的大洋（Ocean）。Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, S. 62-63

<sup>89</sup> Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, S. 207

<sup>90</sup> Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, S. 194

<sup>91</sup> 16—20 世紀的歐洲國際法將歐洲基督徒視為，對於所有的土地有效的秩序的創造者・負擔者。「歐洲」意味者正常的狀態，對於非歐洲當做基準，「文明」相當於歐洲文明。Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, S. 54

<sup>92</sup> 石村修，〈植民地法制の形成—序說—〉，第六屆東亞法哲學研討會的大會「新世紀東亞的民主、人權與多元法律文化」發表論文，國立台灣大學法律學院主辦，2006 年，頁 2

<http://www.law.ntu.edu.tw/east-asia2006/EA-Home/PD/%E6%97%A5%E6%9C%AC/2006032608.pdf>

伸其實效支配至整個台灣島。<sup>93</sup>這可謂是日本統治台灣之下最大的變化之一。但將此個實效支配地域的延伸應不應該視為法治的延伸是須需檢討的問題，因為對於蕃地蕃人的法令適用問題後來成為日治台灣法制上說明最困難的問題之一。當時台灣全島已是日本領土，但蕃界的確是因文明程度，使得一般法令失掉其效果的地域，令人想起上述 Carl Schmitt 的 Raum 以外的領域。蕃界是在日治台灣的法治的延伸上最大的分界，因此須加以檢討（參照第三章）。

## 二、 帝國憲法和台灣

明治 28 年(1895)5 月台灣割讓，既然統治權在內地已受到帝國憲法的限制，尤其有關統治的第 4 條（天皇大權應受憲法的限制）、第 37 條（帝國議會的立法權）、第 57 條（司法權的獨立）等在台灣是否具有同樣效力，在台國家行為應不應該受到憲法的限制，發生此等的憲法施行問題是理所當然。<sup>94</sup>日治台灣的統治法制至少到昭和 20 年（1945）4 月的國政參政權賦予為止，在憲法（即在權力分立）的層面並未發生根本性的變化，<sup>95</sup>「台灣島上的人民，既未曾以自主國之姿

<sup>93</sup> 大正 3 年（1914）9 月佐久間左馬太總督「太魯閣蕃討伐」後上京，向大正天皇提出上奏文：「於是全島蕃族十二萬莫一不受羈縻，霑天朝雨露之恩」。台灣救濟團，《佐久間左馬太》，（台北：台灣救濟團，昭和 8 年（1933）），頁 814

<sup>94</sup> 關於有關台灣的法制之變遷，參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁 63－127；同，《台灣法律史的建立》，頁 101－130；同，《台灣法的世紀變革》，（台北：元照，2005 年），頁 45－49；同，〈台灣憲法的故事：從「舊日本」與「舊中國」蛻變而成「新台灣」〉，《同》，同，頁 273－321；同，〈台灣近代憲政文化的形成：以文本分析為中心〉，《台大法學論叢》，第 36 卷第 3 期，頁 5－15；同，《台灣法律史概論 第三版》，頁 127－155；同，《具有歷史思維的法學》，頁 246－249；同，〈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〉，《台大法學論叢》，第 40 卷 1 期，2010 年，頁 3－11

<sup>95</sup> 日治最末期的昭和 20 年（1945）4 月 1 日，以詔書的宣言和眾議院議員選舉法的修改（延伸），法制上台灣人已有國政參政權，即參與制定修改法律的權限。既然帝國憲法的基本原理是法律保留，並且當局過去以法律保留概念正當化在台灣的權利保障的限制，筆者以為這可稱是根本性的變化。當局亦在帝國議會表明，台灣人首次參與眾議院議員



獲得完全的自治，亦未被一視同仁地吸納入殖民母國的政治體制中，使得『殖民統治』關係一直持續著」，<sup>96</sup>因此形式上的憲法施行與事實上的權利保障上的限制之間，一直存在著理論上的曖昧模糊與事實上保障的不確實。

領有第一年在台灣施行軍政期間，對於此問題內地社會上並無多意見，但明治 29 年（1896）3 月底軍政將結束，當局須要新的統治法制，在東京進行擬定作業。當時問題的焦點是，台灣將來應不應該施行憲法。憲法若要延伸到台灣，理論上：（一）有關統治權或權力分立的架構的規定，即司法權，立法權的分立，要延伸到台灣，（二）臣民權利義務的憲法規定，尤其憲法第二章，應該延伸到台灣。

關於（一），立法權的獨立意味著帝國議會會介入台灣統治。尤其立法形式須有法律・命令的區別（憲法第 5、37 條），政府以命令當然不能修改法律，並且有關台灣的立法，若是帝國議會的權限（所謂的立法事項）的範圍之中，立法權並不會受到任何的限制。預算審議權（第 64 條）亦是重要的權限，政府為能拿到總督府的經費，每年須要通過議會的預算審議。司法權的獨立意味者，總督府不能介入裁判，法官須有身分保障（第 58 條 2 項），法院須由法律構成（第 57 條 2 項）。尤其重要的是，天皇行使統治權必須經國務大臣的輔弼之規定（第 4 條）亦須要延伸。

此憲法施行問題並非僅僅學理上的觀念，而是與在台灣的統治權有密切的關係。中村哲在昭和 12 年（1937）到台北帝國大學赴任時，憲兵立即來訪而確認中村的對於憲法施行的看法。中村提及，「…從內地延長主義而言，外地應有憲法施行此主張似乎是當然，但一方面政府對於住民到最後為止不賦予參政權，設置享

---

選舉時（預定在 1946 年），委任立法（六三法以下的律令制度）和總督政治須要廢止。若若推測其法根據，應該是因為帝國議會的權能包含修改或廢止在台灣的委任立法，總督的立法權（律令權）若仍然存在，與住民的立法權（國政參政權），要發生矛盾。實際上由日本戰敗不能行使。小金丸貴志，《大日本帝國憲法と台灣》，（淡江大學日本研究所碩士論文，2007 年），頁 271－311

<sup>96</sup> 王泰升，《台灣法律史的建立》，頁 188

受權利上的差別，未確保司法權的獨立，繼續威權統治，因而他們迴避公然討論憲法外地施行的問題。因此對於外地之憲法施行不僅止於學者的議論」。<sup>97</sup>

為能建立思考的結構，關於日治台灣的法治，應該注視的重點在何處？宏觀而言，關於日本統治可探討是否具備「依憲法行使國權之原則」、「權力分立之原則」、「保障基本人權的原則」的特徵，<sup>98</sup>前二者屬於憲法施行問題，後者屬於法律保留原則及其破壞，即委任立法問題。<sup>99</sup>公法學者佐藤功亦認為，六三問題畢竟有兩個重要論點，即（一）憲法是否有施行於台灣；（二）委任立法：憲法上的立法事項能否由法律向命令委任。<sup>100</sup>台灣總督府「調書（報告書）」的有關台灣與憲法的關係的憲法學說論題，事先分類到（一）憲法施行，及（二）具體法制上的各個論點。後者包含三個重要論點，即（1）委任立法；（2）在台灣司法制度；（3）台灣議會的合憲性。<sup>101</sup>

本文如下分別地討論，（一）上述在台灣憲法問題，即權力分立會否延伸向台灣的問題，尤其跟人權保障有關係的憲法第二章的延伸問題；（二）委任立法及法律保留，即權力分立和憲法上的法律命令的區別，在台受到何種限制或改變。在此可看出外地或殖民地特有的統治權與憲法之間，憲法統治與權利保障條項之間的某種緊張關係。

### （一） 統治：在台灣的憲法施行

如上述，已有成文憲法典之歐陸法系國家，若開始領有即與本國不同的法制

<sup>97</sup> 中村哲，〈植民地法（法体制確立期）〉，頁 179

<sup>98</sup> 王泰升，〈台灣近代憲政文化的形成〉，頁 6、7、13

<sup>99</sup> 佐藤功，〈我が憲法史上に於ける憲法爭議（二）〉，《國家學會雜誌》，第 56 卷 8 號，昭和 17 年（1942），頁 93

<sup>100</sup> 佐藤功，〈我が憲法史上に於ける憲法爭議（二）〉，《國家學會雜誌》，頁 93

<sup>101</sup> 外務省條約局法規課，〈日本統治下五十年の台湾（「外地法制誌」第三部の三）〉，（東京：外務省條約局法規課，1964 年），頁 33—49

度統治之領域時，須面對實定憲法條文之對於殖民地可否施行之問題。<sup>102</sup>換言之，在台灣的立法權若是應該根據憲法的話，有關憲法上的立法事項（憲法第二章為其代表例）的立法，皆須要有議會所制定的法律上的根據。若在台灣的立法權的來源不是帝國議會，政府應該以命令（「官制」等的敕令）得以授權總督等的在殖民地的立法者。然而帝國憲法無領土規定，<sup>103</sup>因此至遲到民政的明治 29 年（1896）4 月 1 日為止，統治制度上此問題須要解決。如所周知，日本剛開始領有台灣時，政府內部找其他國家先例時，即英國式：殖民地主義、及法國式：內地延長主義。從法觀點，此問題的核心畢竟是殖民地立法應不應該受立憲主義・法治主義的限制。

然而領有一年後的明治 29 年 3 月政府向帝國議會提出台灣統治法律案後不久，制定「應於台灣施行法令相關之法律」（六三法）<sup>104</sup>。然而，為何政府提出「法律」案而不提出「命令（敕令）」案？為能解明整個日治法制，此疑問屬於最根本性的問題，因為正如公法學者中村哲提及，「若台灣未受到憲法的適用，就不必要經過法律六三號的形式，委任於台灣總督」。<sup>105</sup>實際上，在當時日本內地伊藤首相，原外務次官等擬定草案檔案內，看到有法律授權的法律案，加上由敕令賦予總督一部分的命令權的敕令案，<sup>106</sup>但政府似乎在提出六三法案以前，已有憲法施行說

---

<sup>102</sup> 檜山幸夫，〈台灣統治基本法と外地統治機構の形成—六三法の制定と憲法問題〉，台灣史研究部會編《日本統治下台灣の支配と展開》（名古屋：中京大学社会科学研究所，2004 年），頁 155、157

<sup>103</sup> 擬定帝國憲法草案的樞密院會議，關於第 1 條案無領土規定的理由，井上毅曾說明，在擬定草案作業時候檢討荷蘭・比利時、普魯士憲法有領土規定的前例，發現荷蘭・比利時國家成立時有國土分裂，後者小國集合而成，甚至對法的國境界有時會變動。「然而，我邦二千五百年間連綿不絕未曾發生過疆土之變更，因此我們認為現在並無將此以明條列舉之必要，決定要刪除」〈憲法草案樞密院會議筆記〉，《樞密院會議文書》，國立公文書館，JACAR: A03033488000，第 12 畫像

<sup>104</sup> 「台灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律」（明治 29 年 3 月 31 日法律第 63 號）

<sup>105</sup> 中村哲，〈植民地法（法体制確立期）〉，（東京：勁草書房，1958 年），頁 187

<sup>106</sup> 檜山幸夫，〈台灣統治基本法と外地統治機構の形成〉，頁 155、175、178、184、195、

的傾向。<sup>107</sup>然而，「台灣統治法制為何以六三法制定，幾乎皆未被解明」，因為「有關六三法的制定過程之資料不足」、「無法知道制定的過程當中的決定要素」，因此為何帝國議會的立法權，甚至帝國憲法本身，在台灣有效力，<sup>108</sup>對於此疑問仍不能提出回答。政府早已在明治 31 年（1898）6 月 24 日即在閣議中決定，而於明治 32 年（1899）2 月 24 日正式向帝國議會提出，<sup>109</sup>採用憲法施行說。其根據解釋是，帝國議會所制定的六三法等法律與預算議決是，在表達台灣統治應基於憲法的意志之國家的行為。<sup>110</sup>之後明治 30 年（1897）3 月，在台灣針對法官的憲法上身分保障，發生「高野事件」。

開始領有台灣以後，在帝國議會與報紙的媒體上馬上出現不同的見解的對立，但憲法學界對於新領土問題的討論並不活潑，前期學說一直追隨現實的行政，對於六三法體制的成立學說並無貢獻。如下簡單地說明各個學說的立場。

根據春山明哲的分析，參加憲法爭論的是，（一）帝國議會議員、（二）支持

---

196

<sup>107</sup> 小金丸貴志，〈日本統治初期の台湾における刑法適用問題－依用慣行の起源と總督府・法院の対立〉，《日本台湾学会報》，第 13 號，2011 年，頁 5。參照第三章註 28。

<sup>108</sup> 檜山幸夫，〈台灣統治基本法と外地統治機構の形成〉，頁 140、141

<sup>109</sup> 兒玉總督赴任到台灣的幾月後的明治 31 年（1898）5 月 26 日，閣議已通過對於帝國議會的答辯書：「承認台灣總督府法官保有憲法第 57 條第 2 項的保障」，但第 12 帝國議會 6 月 10 日解散，其來不及提出。明治 32 年 2 月 24 日，政府向第 13 帝國議會正式提出同一內容的答辯書。「眾議院議員大竹貫一外一名提出憲法第五十八條第二項ノ件ニ關スル質問ニ對シ內務大臣答弁書ノ件」，《公文雜纂》，明治 31 年第 28 卷；《第 13 回眾議院議事速記録》，第 36 號第 521，頁 4，明治 32 年 2 月 24 日。

<sup>110</sup> 小金丸貴志，〈日治時期台灣的憲法施行問題〉，在任耀廷、胡慶山主編，《全球化下的日本與東亞：2008 國際學術研討會論文集》，（淡水：淡江大學日本研究所，2009 年），頁 305－308。參照「台灣ト憲法トノ關係ニ關スル意見」，〈台灣領有ニ關スル資料 第四冊〉，《伊能嘉矩手稿》；「台灣ト憲法トノ關係ニ關スル台灣總督ノ建議」，〈同〉，《伊能嘉矩手稿》；〈台灣ニ於ケル帝國憲法行否及改正條約施否ニ關スル件〉、〈台灣ニ新條約實施ニ關スル總督意見內閣總理大臣ニ上申〉，《台灣總督府公文類纂》，明治 30 年第 11 卷 5 門 9、10 號（冊號 00131）；〈台灣ニ於ケル帝國憲法ノ行否及改正條約ノ施否ニ關シ台灣總督ニ訓令ス〉，《公文類聚》第 22 編明治 31 年第 2 卷 JACAR: A01200865800。

高野孟矩者、(三) 在台灣日本人、(四) 法曹・法學者，其中法學者等的參加最晚，明治 35 年以後始能發現。<sup>111</sup>實際上，作為限時法的六三法每三年在帝國議會重新通過審議，明治 38 年（1905）日俄戰爭結束後，日本統治權延伸到樺太（割讓）與關東州（租借地），明治 43 年（1910）朝鮮（併合）加入之。第一次世界大戰後的大正 11 年（1922），再增加南洋群島（委任統治地）。伴隨此種在新領域的行政擴大，學說逐漸整理論點。

### 1. 政府的立場

政府在明治 31 年（1898）採用憲法施行說以後，一直堅持此種形式性的立場，但終於不太詳細地表達法根據。根據內務省的調查（1944 年），日本政府關於憲法施行地域，如下表明其立場（表 二—1），值得注意的是其中多為在帝國議會的答辯。

表 二—1：憲法施行與政府的意思表示

台灣	明治 32 年（1899） 2 月 21 日	關於高野孟矩事件之政府答辯：認可台灣總督府法院法官受憲法第 58 條第 2 項之保障
	明治 39 年（1906） 3 月 26 日	三一法審議時原敬首相之答辯：（1）因政府實行足以判斷為採用施行說，故無再次進行意思表示之必要。（2）既已施行六三法，其（或台灣統治主義）之改廢須帝國議會之承認
樺太	明治 40 年（1907） 3 月 23 日	領有樺太時樺太民政長官之答辯：（1）依民政移行及公布樺太官廳制而成為憲法施行地。（2）樺太之法院、租稅相關法律基於此主義
朝鮮	明治 44 年（1911） 3 月 10 日	進行合併時桂太郎首相之答辯：（1）政府內故有二說，此次亦有不施行說。（2）為使與過去兩內閣採行施行說具有整合性，故採行施行說

<sup>111</sup> 春山明哲，〈近代日本の植民地統治と原敬〉，在春山明哲、若林正文編《日本植民地主義の政治的展開》，（東京：アジア政経学会，1980 年），頁 10—11

台灣	大正 10 年 (1921) 1 月 30 日	制定法三號時橫田千之助法制局長官之答辯：(1) 政府最初採不施行說爾後採施行說，但因事實上具有困難度，故認同帝國會議採取寬鬆解釋之委任立法。(2) 臨時立法非因憲法上有疑義。
	大正 10 年 (1921) 2 月 7 日	制定法三號時田健治郎總督之答辯：(1) 再次確認台灣總督到任時訓示之「行憲之地」(2) 與英法等國殖民地相異之統治方針
	大正 10 年 (1921) 2 月 22 日	制定法三號時原敬首相之答辯：(1) 明白表示施行說：「應採用憲法有施行之解釋是理所當然的」(2) 「完全施行」時期不明
南洋群島	大正 10 年 (1921) 6 月 10 日	制定法三號時田健治郎總督之答辯：(1) 制定六三法之理由乃因政府採行施行說，若無此判斷則無需該法。(2) 未答辯關於台灣欠缺參政權一事。
南洋群島	大正 10 年 (1921) 6 月 10 日	南洋群島委任統治開始時由內閣會議決定 (明文決定於非領土上之憲法不施行)

資料來源：「憲法施行地域ノ問題ニ關スル資料 (學說・速記錄等)」，〈朝鮮人皇民化基本方策〉，《外務省記錄》，A-5-0，本邦內政關係雜纂殖民地關係，第 1 卷，JACAR: B02031285500 畫像 17-33

透過上述立場的表達，政府以「領土」視為憲法施行的基準，因此 (一) 日本有領土權的憲法施行地域 (台灣、朝鮮、樺太)，(二) 無領土權的不施行地域 (關東州，南洋群島)，關於其立法有明顯的區別 (表 二—2)。後者的最大的特徵是，法律並無施行，在上述領域帝國議會基本上未有立法權。在內地應由法律規定的事項 (立法事項) 亦由敕令規定。

表 二—2：政府的解釋 (統治權・領土權・憲法)

		統治權	領土權	憲法	法律	敕令
內地		及	領土	施行	施行	施行
外地	台灣 朝鮮				依施行敕令施行、〔依律令依用〕	
	關東州 南洋群島	非領土	不施行	不施行		

資料來源：「附錄第三編外地法令制度概要」拓務省文書課《內外地法令對照表》，(東京：拓務大臣官房文書課，昭和 16 年 (1941))，頁 195-212；外務省條約局第三課《外地法制誌 第二部 外地法令制度の概要》(東京：外務省條約局，

<sup>112</sup> 關於「依用」的意義，參照第二章註腳第 199、200、201。

1957年)。樺太內地編入昭和18年(1943)4月後。

然而，若政府基於施行說，許多問題則以難說明。譬如在台灣眾議院議員選舉法未施行，不論內地人或台灣人，皆無投票的機會，台灣人無兵役的義務(憲法第20條)。外地法制誌所登載的台灣總督府「調書」上看到當局所準備的理論，或者法律上的正當化理由。<sup>113</sup>其論理大致有兩點：(一)憲法條款之中的有關天皇及國家組織體系的規定，跟隨統治權的延伸，一起延伸到外地。

…前記諸點〔註：三權分立、自由權保障、實質上的國民參政等〕是近代國家的憲法上之重點，既然帝國憲法亦沿襲此精神，在欠缺上述的實質之處，否定其施行之見解亦有一些道理。但憲法條章不限於如上各點，尚包含有關天皇及國家組織體系之根本規定，因此應該解釋在統治權所延伸的所有地區，要求其施行，因此上述的見解〔中略〕作為法理上的論理，究竟不能肯定之。

其後，(二)憲法所保障的權利，有法律始能實現。

…是否有具體選舉權之問題仍是選舉法應該規定之事項，關於居住在某些地區的人民，若可能判斷對其賦予參政權尚未適當，不將其包含在其適用範圍內仍是憲法所預期之處。在內地對於女性等不給予參政權的狀況，與此點並無兩樣。果然如此，根據是否有無具體選舉權，不能斷定憲法的相關條文亦未施行。〔中略〕憲法的此等條款明顯地在台灣有施行，但基於不存在其適用的管道，事實上不能行使其權利而已。

可見對於在台灣的人權保障的限制，當局的正當化此可謂是純然的法律保留論。換言之，政府一面承認帝國議會關於台灣的立法事項可制定任何內容的法律。若認為日治時期司法有獨立性，<sup>114</sup>憲法在統治(權力分立)層面延伸到台灣，尙

<sup>113</sup> 內容依據的台灣總督府「調書(報告書)」。外務省條約局法規課，《日本統治下五十年の台湾(「外地法制誌」第三部の三)》，頁40-41

<sup>114</sup> 日治時期司法的獨立性，關於法院的構成、其適用法令、法官的保障、司法行政等應

須要檢討的問題主要在人權（憲法第二章為主）。

## 2. 憲法學說

關於台灣在內的殖民地、外地的憲法施行問題，戰前日本憲法學說有相當程度的發展，但在各個學者的法學論理的後面亦可觀察到當時日本的法規範意識或對於台灣的政治性的態度。正如英國殖民地或海外領土統治法制的核心皆歸屬國王大權（prerogative）的問題，本土以外的屬地統治一定涉及統治行為的核心。如下引用各個學說的重要表現試圖說明。

外地的說的傳統性的分類是（a）施行說、（b）不施行說、（c）折衷說。但本文以為（c）折衷說僅是（b）不施行說的部份修正，其本質仍然屬於不施行說。施行說可以分類到（a1）統治權說、（a2）領土權說。上述立場反映出統治政策上的立場。根據內務省的昭和 19 年（1944）的分類，關於「憲法施行區域」的日本公法學界的學說狀況如下（表 二—3）。如上述，政府的立場為領土權說。

表 二—3：學說狀況（憲法與外地）

施行說（a）	統治權說（a1）	野村信孝、上杉慎吉、佐佐木惣一、（宮澤俊儀）
	領土權說（a2）	穗積八束、清水澄、金森德次郎、副島義一
不施行說（b）		市村光惠、佐藤丑次郎
部分施行（折衷）說（c）		美濃部達吉

資料來源：「憲法施行地域ノ問題ニ關スル資料（學說・速記錄等）」，〈朝鮮人皇民化基本方策〉，《外務省記錄》，A-5-0，本邦內政關係雜纂殖民地關係，第 1 卷，JACAR: B02031285500（第 1—2 畫像）

（b）不施行說重視歷史、傳統之傾向。例如公法學者有賀長雄雖然未有直接討論憲法施行問題，但其在明治 30 年（1897）在其他國家的比較上，提出天皇與民眾的密切關係。「支那依據道德，羅馬依據協議〔中略〕，但我大八洲國則不然，

---

該須要詳細的檢討。總之，日治司法「一直不能完全獨立」，但尤其大正 8 年（1919）以降「確實已某程度將司法權獨立實踐於台灣島上」。參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁 129—224，尤其 146—159。



民庶悉屬於一姓，即天孫之姓族。天孫以前已來此土地統治局地者，亦其淵源本來悉與天孫同一，〔中略〕我國民庶及其子孫，基於血統上的關係有敬仰天皇以君主遵奉之的義務者」。<sup>115</sup>不施行說者之中，從日本歷史出發的人往往有之，此立場以台灣人與其社會視為與傳統日本不同，此價值觀反映出憲法施行問題。市村光惠起初反對無限制的委任立法，一面採用施行說，<sup>116</sup>但其後改變立場。其理由是：（一）憲法告文的「八州」指稱固有的日本，憲法發布敕語的「朕的祖宗的忠良的臣民的孫子」指稱固有的日本人、（二）對於習慣與文化不同的新領土，原則上不應該適用國法、（三）無參政權之人民集團僅是國家支配的對象，不構成國家共同體、（四）憲法施行區域的擴張須要明文的宣言（敕令）。<sup>117</sup>

然而，由一般的論著視為保守的穗積八束的「民族」觀念，與有賀不同，支持（a2）領土權說。其一方面重視歷史，以國家看作「血統團體組織」，亦主張，「國體的存立是歷史上的事實。父母子孫相依成家是人類自然之通性，或許此仍是團體元始之形式，社會組織的單位。依此原形，基於此單位的累積，聯家成部落，聯部落成國，依史蹟明顯的。蓋人類之親，歸於同血之親〔中略〕。終於共有同一先祖之子孫成為民族團結形成國家」，但值得注意的是，其不排斥別的民族血統。「…然而民族之別，本來並非絕對的圍障，僅有較近者與較遠者之區別而已。故異種之民由境遇混為一族，同種之民由事情分為別國，本來非有絕對範圍，亦是歷史所證明之所。僅有在現在的社會進化階段，以民族結合為立國的本位比較適合於生存競爭之大勢而已」。<sup>118</sup>為能確保領土權說論理上的一貫性，當然不能從民族出發，但此可謂是「一視同仁」政策的必要前提。

關於領土概念他尚提到：

---

<sup>115</sup> 有賀長雄，《帝國憲法講義》，（東京：講法會，明治31年（1898）），頁15—16

<sup>116</sup> 市村光惠，《憲法要論》，（東京：有斐閣書房，明治37年（1904）），頁150—151

<sup>117</sup> 市村光惠，《帝國憲法論 改訂第十版》，（東京：有斐閣，大正12年（1923）），頁237—243

<sup>118</sup> 穗積八束，《憲法提要》，（東京：有斐閣書房，明治43年（1910）），頁2—3

我國憲法未限定其施行區域之規定，故應該解釋，在帝國領土內一定有其施行，在帝國領土以外當然不存在，毫無疑問。〔中略〕不僅是憲法，所有的國家的法規皆要在領土內有施行，在領土以外未施行，此乃是當然的原則，「國權有時會延伸於領土以外的區域是事實。但憲法與其他所有法令不會伴隨國權跨越國境，為能經營此帝國新勢力範圍，必要特地向該區域發布法令，或者將在本國有施行的法令延伸之。<sup>119</sup>

然而，其主張在租借地等非領土而有日本統治權施行之區域，並無憲法的施行。其主張與日本政府的傳統性立場一致。政府採用領土權說的理由僅能推測，但若政府的規範意識從土地出發，在其體系中，屬地概念較優越於屬人概念。

後來針對租界地（關東州）的法性質，統治權分別成爲（a1）統治權說與（a2）

領土權說。支持（a2）領土權說的清水澄亦是所謂的保守論者，但其比較不討論日本國體，而從抽象性的理論出發。其在明治年代的主張尚未明確地指出，

「將屬於我國的土地，皆應視為有統治權的行使地域，即適用憲法的地域」，<sup>120</sup>

但大正4年（1915）以後強力否定美濃部達吉的「社會決定法規範」的主張而

提出，「論者曰新附領土若其社會狀態與本國相當不同，不能推測憲法要將其

效力當然地延伸到新領土。但此是並無任何根據的謬誤見解」、此種的主張「相

反於法的本質」，本國與殖民地的社會狀態的差異是「程度問題而不是性質問

題」，由社會決定憲法施行時，「往往欠缺明瞭」。<sup>121</sup>其後清水基於領土權的角

度<sup>122</sup>提到，在租界地（關東州）非領土，因為租借期間中不能再處分（割讓），

---

<sup>119</sup> 穗積八束，《憲法提要》，頁328—329

<sup>120</sup> 清水澄，《國法學第一編憲法篇》，第10版，（東京：日本大學，明治42年（1909）），頁31

<sup>121</sup> 清水澄，《國法學第一編憲法篇》，改訂增補8版，（東京：清水書店，大正4年（1915）），頁226—227

<sup>122</sup> 清水澄，《國法學第一編憲法篇》，改訂增補8版，頁119

租貸國的主權繼續存在，因憲法的施行。<sup>123</sup>

不施行說的另一根據是在台灣的事實上緊急狀態。例如新聞記者・殖民學者的竹越與三郎<sup>124</sup>在明治 38 年（1905）的論述中提到，基於事實上的緊急狀態，不應肯定憲法施行。他主張：

…吾人政府每天與此等蕃人處於與戰鬥無異的狀態。若要說這些台灣人幾乎皆是在憲法之下，此等生蕃亦平等地居在憲法之下，我政府官員與他們經常無故互相斬擊，必須說他們純然為憲法上的罪人〔中略〕要依憲法承認他們的所有權，台灣蕃人如今佔領台灣的台灣三分之二的山地，即十萬多的生蕃人將台灣的三分之二視為其領地，我憲法須要承認此嗎。<sup>125</sup>

上述的主張在日治後期事實上消滅，支持不施行說的論著亦同樣地減少。

憲法施行說之中（a1）統治權說的論據是抽象思考，幾乎並未討論台灣的現狀。統治權說要主張，統治權的行使到處皆與其法根據，而表示不能切斷的關係，例如上杉慎吉站在與他的老師穗積八束不同立場。其一方面與穗積同樣地強調，「統治權無限制」，<sup>126</sup>統治權是「民族的歷史加以建設，並非人為偶然機械之制度」，而「固有於民族」。<sup>127</sup>統治權「並非實力」，但「已在法上固定，成為統治權，

---

<sup>123</sup> 清水澄，《國法學第一編憲法篇》，改訂增補 8 版，頁 234、404—405

<sup>124</sup> 在昭和 20 年（1945）在樞密院，作為樞密顧問官的竹越與三郎支持「朝鮮及台灣在住民政治處遇改善」，即對於台灣人賦予國政參政權。〈貴族院令中改正案貴族院ニ提出ノ件外一件（三月十二日（一回）～三月十三日（二回）〉，《樞密院會議文書》，樞密院委員會錄，昭和二十年，JACAR: A03033310000；〈貴族院令中改正案貴族院ニ提出ノ件〉，《同》，樞密院審查報告，昭和 19 年～昭和 20 年，A03033482900；小金丸貴志，《大日本帝國憲法と台灣》，頁 333—338

<sup>125</sup> 竹越與三郎〈台灣統治の方法〉，《三叉演說集》（東京：二西堂，明治 41 年（1908）），頁 364

<sup>126</sup> 上杉慎吉，《新稿憲法述義全（增補改訂）》，（東京：有斐閣，大正 14 年（1925）），頁 63

<sup>127</sup> 上杉慎吉，《新稿憲法述義全（增補改訂）》，頁 57

因此從上述事實上的原因已分離，各人一定有服從之義務」。<sup>128</sup>然而上杉一方面主張，統治權一定受到憲法的限制，因此仍是「自己意志的規律」。<sup>129</sup>因此其主張，「有統治權實行的區域原來是基於憲法施行的區域，不僅是帝國領土，在租借地或委任統治領的統治，亦應該基於憲法的基礎實行，本來即不應該承認不以憲法當作其基礎之法令存在」。<sup>130</sup>然而關於台灣朝鮮等，上杉試圖找出在憲法上的自我限制。「毋庸說明，憲法當然能自我限制其施行區域，而規定在領土的一部分不施行，亦即能規定將憲法的一部分不施行於在某些區域，雖然憲法未將明文規定之，亦可能有將憲法條文的一部分，基於事情的性質上，或者基於其他事由，應該視為在某些區域不在施行的情況」。<sup>131</sup>此論理事實上接近美濃部的部份施行說，但在其說明之中，「事情」或「事由」的內涵並不明確。<sup>132</sup>如此其一方面強調統治權的歷史・民族性，另一方面重視其服從憲法典。其為軍事佔領地，領事裁判權區域，租界地等皆是日本統治權有施行的區域。<sup>133</sup>上述（a1）統治權說有將日本的影響力能達到的所有範圍視為與內地相同的支配區域。但其並未說明何種法律可能偏離憲法的「原則」。

另一統治權說的是，所謂京都學派的公法學者，佐佐木惣一，其後來被視為統治權說的代表者。其非常重視實證法的規定，而指出，「對於帝國憲法所規定之法律事實，會發生不論在哪個領域，帝國憲法當然有適用」。其指出此乃是「法」

<sup>128</sup> 上杉慎吉，《新稿憲法述義全（增補改訂）》，頁 63

<sup>129</sup> 上杉慎吉，《新稿憲法述義全（增補改訂）》，頁 64—65

<sup>130</sup> 上杉慎吉，《新稿憲法述義全（增補改訂）》，頁 260

<sup>131</sup> 上杉慎吉，《新稿憲法述義全（增補改訂）》，頁 261

<sup>132</sup> 並且其論述之中尚有不明白的部份。其說「台灣、朝鮮、樺太的文化的程度，與過去的帝國領土不太一樣，並與日本國家的關係尚不密切，尤其關東州與南洋群島不構成我國領土，因此在這些區域〔註：當局？〕將憲法視為未施行，而設置必要的例外，舉例而言在這些區域不賦課兵役，不施行眾議院議員選舉。但此並不意味著在憲法和新領土的關係上，當然不施行憲法，此僅是在新領土上當然應該有憲法施行之原則的例外而已」。上杉慎吉，《新稿憲法述義全（增補改訂）》，頁 261—262

<sup>133</sup> 上杉慎吉，《新稿憲法述義全（增補改訂）》，頁 141—142

當然有的性質。其後「總之若有某些國家法有施行，此即意味著該法的主體即其國家的統治權有施行。因此在某些國家的統治權有施行的地方，除特別規定外，該國家的法當然施行」，<sup>134</sup>如此國家法＝統治權相互幾乎不能區別。並且佐佐木認為，屬於立法事項之事項不得基於委任立法以命令規定之，因此佐佐木等的統治權說對於六三法體制僅能主張「違憲」論。<sup>135</sup>

在實務界施行說的優越已確立的昭和 17 年（1942），公法學者佐藤功如下總結施行說的學說狀況。其指出，理論上的困難在施行說與委任立法（形式上無限制的律令權<sup>136</sup>）的矛盾，施行說一定須要「台灣的特殊事情」，「非常・過渡性」的狀況。「總之，站在積極說〔註：施行說〕的同時，根據通常有的委任立法的理論加以說明台灣總督的一般的立法權是不可能的事。〔中略〕為一面基於將憲法看作在台灣有施行之立場，同時不讓台灣的委任立法制度陷入違憲，其手段僅有將台灣實在的狀況視為真的不可避免的狀況，換言之將其視為非常的過渡性的制度而已」，但此非常・過渡性的狀況何時結束，「一直是依政治判斷加以決定的問題，即無客觀基準，亦當然不是法學學者的判斷」。<sup>137</sup>此種施行說終於並無理論的完成。

非常著名的憲法・行政法學者美濃部達吉的學說則是非常獨特。在公法學者之間，美濃部有著許多有關殖民地法制的論述。其到昭和 10 年（1935）的「天皇機關說事件」為止，係憲法、行政法學說的領導者之一，亦有歷任政府機關的地位（法制局參事官、法制審議會委員、貴族院救選議員）<sup>138</sup>。較多論述將其立場

---

<sup>134</sup> 佐佐木惣一，《日本憲法要論 訂正第五版》，（東京：金刺芳流堂，昭和 8 年（1933）），頁 156

<sup>135</sup> 佐佐木關於委任立法堅持違憲論。「有關命令的條款違犯的罰則（命令ノ條項違犯ニ關スル罰則ノ件）」（明治 23 年 9 月 18 日法律第 84 號）視為「憲法違反」，但因行政適用於此，而成爲「一種習慣法」。佐佐木惣一，《日本憲法要論 訂正第五版》，頁 608

<sup>136</sup> 參照第二章註 212。

<sup>137</sup> 佐藤功，〈我が憲法史上に於ける憲法爭議（二）〉，《國家學會雜誌》，頁 96

<sup>138</sup> 「美濃部達吉」，〈枢密院高等官履歷書〉，《枢密院會議文書》，JACAR: A06051185600

視爲部分施行說或「折衷說」，<sup>139</sup>但如下述其從純然的不施行說出發，後來修正其一部份而主張部分施行說。但本文認爲其基本的態度是不施行說，可謂是不施行說的一個變形，要將其看作爲修正不施行說。其有關殖民地的論述，比其他公法學者更多，且他在其他領域的學說亦有相當大的影響力，但其有關外地・殖民地的學說，並未受到官界・學界的廣泛支持。所謂的東京學派（宮澤俊義、田中二郎、田上穰治等美濃部的學生們）大致繼承其學說，但關於外地學說，美濃部的立場仍屬少數說。爲能考察學說與實務的關係，其殖民地學說論述包含重要的要素，以下比較詳細地檢討其體系。

美濃部的殖民地學說有如下要點：（一）憲法施行應由「社會」決定；（二）憲法第4條；（三）「法域」。如下簡單地說明。

（一）、美濃部一直堅持，在台灣有效的憲法等法令應該基於當地「社會」加以決定。例如：

…所有的法伴隨社會而存在。若社會狀態不同，法亦一定是不同。〔中略〕法與社會乃是不能分離，〔中略〕將來會領有何種土地乃是不可預測，尤其社會狀態如何更是難以知悉，上述的狀況下立法者如何能知道對於該社會何種的法始是適當。主張憲法對新領土當然應該有施行的論者，要使立法者成爲預知者。<sup>140</sup>

…法乃是爲保持社會生活的秩序之法則、爲能讓人們共同生活安固之規律、法與社會有不能分離之關係，若要解釋法時，在何種場合，皆不能忽視實在的社會情事。<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> 例如外務省條約局法規課，《日本統治下五十年の台湾（「外地法制誌」第三部の三）》，（東京：外務省條約局法規課，1964年），頁35－36。此分類似乎似乎是來自台灣總督府。同書頁34

<sup>140</sup> 美濃部達吉，〈律令ト憲法トノ關係ヲ論ス〉，《憲法及憲法史研究全》，（東京：有斐閣，明治41年（1908）），頁265－266

<sup>141</sup> 美濃部達吉，〈帝國憲法は新領土に行はるゝや否や〉，《國家學會雜誌》，明治44年

…將某些區域內的社會作為思考對象，為規律其社會而在該區域以外不能成為社會規律的規定。<sup>142</sup>

美濃部未明確地說明從何處開始上述重視「社會」的看法，但因美濃部本人承認其受到 Jellinek 的深刻影響，<sup>143</sup>其可能是受到 Jellinek 著名的國家社會二元論影響。<sup>144</sup>或者自德國殖民地法學者的「土地法 (Landrecht)」觀念受到影響。<sup>145</sup>而此立場與不施行說的「台灣特殊事情」相近，由此可見其原來反對在殖民地的憲法施行，故他並不認為台灣是憲法施行地，對於其修改轉變成批判性的態度。<sup>146</sup>且美濃部使用「殖民地」這個名詞作為法學上的概念，然而，其他大部分的公法學者並不其主張。

(二)、憲法第 4 條 (國務大臣的輔弼) 規定天皇的所有統治權之行使應受到國務大臣的同意 (輔弼)，可謂是擁有立憲主義象徵性的規定。關於第 4 條在台灣的施行，美濃部本來主張不施行。「憲法在新領土未施行。既然憲法在新領土未施行，第四條亦在於新領土不具效力」。<sup>147</sup>但關於天皇或統治機構的憲法條款，其後來改變立場而肯定第 4 條的台灣施行。「統治權之行使須要遵守憲法的條規，在殖

---

(1911)，第 25 卷 7 號，頁 105—107

<sup>142</sup> 美濃部達吉，《逐條憲法精義》，(東京：有斐閣，昭和 2 年 (1927))，頁 37—39

<sup>143</sup> 美濃部達吉，《日本國法學 上卷上 總論》，(東京：有斐閣書房，明治 40 年 (1907))，頁 5

<sup>144</sup> Jellinek 在其《一般國家學》上強調國家法以前的社會的影響力，「對於社會生活的強大的力量，〔中略〕主權者本身亦服從」。Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2 Aufl., Berlin, O. Häring, 1905, S. 120。對於 Jellinek 的一般國家學，社會理論保有基本地位，法理論僅是第二位。栗城壽夫，《一九世紀ドイツ憲法理論の研究》，(東京：信山社，1997 年)，頁 564。

<sup>145</sup> Hoffmann, *Verwaltungs- und Gerichtsverfassung der deutschen Schutzgebiete*, S. 48

<sup>146</sup> 「關於台灣及樺太在憲法施行區域之外的事實之表達，政府無自信且做不到，雖然實際上在其統治方法並不準據憲法，採用法律的委任的形式，表面上假裝似乎在準據憲法，讓二十九年法律第六三號及替代之的三十九年法律第三一號等之曖昧模糊的法律出現」。美濃部達吉，《日本行政法》，(東京：有斐閣，明治 42 年 (1909))，頁 97—98

<sup>147</sup> 美濃部達吉，《律令ト憲法トノ關係ヲ論ス》，頁 268—269

民地要行使之統治權亦無異同。即本條〔註：第4條〕規定不論內地或殖民地，對於所有的統治權之行使應該適用」。<sup>148</sup>由此可知，關於關東州的部份，美濃部開始此主張。關東州是明治38年（1905）年後因條約成爲日本的租界地，但日本不具領土權，僅能行使統治權。大正7年（1918）政府在帝國議會否定關東州爲日本領土的看法，美濃部大力表達反對，但當時順便改變他過往的純然不施行說。<sup>149</sup>

憲法的規定中，有附隨國家本身之規定與非附隨國家之規定之兩種。附隨於國家本身之規定即是有關國家的中央權力的組織之規定。〔中略〕國家的中央權力務必是唯一，因此有關國家的中央權力的組織之規定亦是，在一個國家，必須是唯一。此種規定過去附著國家本身，因此性質上其施行區域不應該受到限制。〔中略〕不論在關東州或者外國，既然是日本帝國的統治權，有關其組織的憲法規定當然應該追隨之。

可見美濃部新採用將憲法分割到「國家的中央權力的組織之規定」與「有關統治的方法及臣民權利義務之規定」爲立場。此等論點成爲其理論基本構造。<sup>150</sup>因此，美濃部後來明確地否定憲法第二章（臣民權利義務）在殖民地的保障。

…適用本章的條件是，立法權與行政權要分立，而立法權須要議會的協贊。然而在殖民地〔中略〕將本章規定就原樣在殖民地施行乃是不可能。本章所規定之原則以何種程度要適用於殖民地，皆要基於在各個殖民地施行之國法決定〔中略〕。總之，本章的規定是僅在內地有效力的屬地法，在內地不論內地人或殖民地人民或外國人，皆要平等地受到其適用，然而在殖民地，所有的人民皆依據各殖民地的國法規定受到國法的保護，不一定直接受到憲法的保障。<sup>151</sup>

<sup>148</sup> 美濃部達吉，《逐條憲法精義》，頁134—135

<sup>149</sup> 美濃部達吉，〈帝國憲法は關東州に行はるるや否や〉，《時事憲法問題批判》，（東京：法制時報社，大正10年（1921）），頁146—153

<sup>150</sup> 美濃部達吉，《逐條憲法精義》，頁134—135

<sup>151</sup> 美濃部達吉，《逐條憲法精義》，頁339



如此其建立獨自的折衷說，<sup>152</sup>開始分類為有施行・未施行的憲法條文。但關於憲法為何能如此分割，其未有根本性說明，故受到批判。<sup>153</sup>

美濃部亦認為一般的（無限制的）委任立法乃是不可受承認，對台灣朝鮮的總督賦予一般立法權的事實，「僅能基於朝鮮及台灣是殖民地，而在殖民地本條〔註：憲法第 5 條〕的規定並無適用的事實，得以說明」。但此論理有溯及、逆行性之處，試圖以法律說明憲法層面的問題。

（三）「法域」此單詞，似乎是在日本自美濃部開始使用，在明治 44 年（1911）的演講，其使用兩次法域（Rechtsgebiet、レヒツゲビート）表現地理概念中，法的施行地域，官方亦使用「法域」此單詞。但當局的使用例大概是關於個別法令，尤其是法律的施行區域，例如「在台灣以敕令施行法律的場合，限於該當法律，內地與台灣成為統一法域」，<sup>154</sup>「法律之施行區域」等。<sup>155</sup>但六三法規定內地・台灣之施行區域的原則，並且一般法律的施行區域之累積亦形成台灣、朝鮮等事實上的獨立領域。<sup>156</sup>在憲法層面的「法域」的存在是不施行說的當然前提，可見美濃部說的基本架構來自不施行說。佐佐木惣一亦承認「法域」的概念，但僅是憲

<sup>152</sup> 在殖民地未施行者有：第一章中第 6 條（法律裁可）、第 7 條（議會召集解散）、第 10 條（官制）、第 11 條（統帥）、第 12 條（編成）、第 13 條（外交）、第 14 條（戒嚴）、第 15 條（榮典）、第 16 條（恩赦），第二章（臣民權利義務）中第 18 條（臣民的要件）、第 19 條（公務就任）、第 20 條（兵役）、第五章（司法）、第六章（會計）的第 62 條第 1、2 項（課稅等）、第 63 條（租稅變更）。有施行的部份是、第一章（大權）第 5 條（立法權）、第 8 條（緊急敕令）、第 9 條（獨立命令）。第三章（帝國議會）、第四章（國務大臣及樞密顧問）。美濃部達吉，《逐條憲法精義》，頁 38—39

<sup>153</sup> 黑田覺，《改訂日本憲法論 中》，（東京：弘文堂書房，昭和 14 年（1939）），頁 283—285；王泰升，〈台灣日治時期憲法史初探〉，《台灣法律史的建立》，頁 196—200。

<sup>154</sup> 長尾景德、大田修吉，《新稿台灣行政法大意》，（台北：杉田書店，昭和 9 年（1934）），頁 49

<sup>155</sup> 拓務省文書課，〈外地法令制度概要〉，《內外地法令對照表》，（東京：拓務省文書課，昭和 16 年（1941）），頁 195

<sup>156</sup> 例如有松英義法制局長官的答辯。《第 40 回帝國議會貴族元共通法案特別委員會議事速記錄》第 1 號，大正 7 年（1918）1 月 24 日，頁 1；《同》第 2 號，同月 28 日，頁 8

法本身設置法域的場合，佐佐木提及帝國憲法並無此種的規定。<sup>157</sup>

憲法不施行・法域的結果乃是美濃部使用「殖民地」的單詞（佐佐木指出這不是法律用語而排斥之，指稱特殊區域<sup>158</sup>）。跨國法學概念的「殖民地」未確立。因為「殖民地此詞原是具有經濟上或者政治上意義的字詞，並非法律上的觀念」，<sup>159</sup>除美濃部達吉，一般的法學者不太使用此字詞，因此公法學者亦批判憲法學上「以我國特殊統治區域總稱為殖民地不一定是適當」。<sup>160</sup>

一般而言，法域（Rechtsgebiet）此字詞在德國意味著各別法學的領域而並非地理上的意義，但明治末年的德國殖民地法學者之中，仍看得到在殖民地法學論述上表示地理概念，母國・殖民地之間差異的例子，例如 Zorn（1895 年）、<sup>161</sup>Hoffmann（1907 年）、<sup>162</sup>Giese（1911 年）。<sup>163</sup>美濃部的學生，宮澤俊義亦用「法域」加以說明。<sup>164</sup>然而佐佐木一提及，若法域是憲法本身設置時，但無此種的規定，即不能承認此種的概念。<sup>165</sup>

昭和 10 年（1935）以後可視為後期學說的時期，其特徵是：（一）在實際社會上的施行說的優越、（二）比較法的觀點、（三）憲法上的統治・人權條款的分

<sup>157</sup> 佐佐木惣一，〈日本憲法要論 訂正第五版〉，頁 157

<sup>158</sup> 佐佐木惣一，〈日本憲法要論 訂正第五版〉，頁 303

<sup>159</sup> 美濃部達吉，〈憲法講話全〉，（東京：有斐閣書房，1912（明治 45）年），頁 575

<sup>160</sup> 水木惣太郎，〈外地立法と憲法第二章（一）〉，〈日本法學〉，第 5 卷第 9 號，昭和 14 年（1939），頁 28

<sup>161</sup> Philipp Zorn, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 1895, 2 Aufl. Bd I., Berlin: Guttentag, S. 578-579

<sup>162</sup> Hoffmann, *Deutsches Kolonialrecht*, Leipzig: Göschen, 1907, S. 9

<sup>163</sup> Giese, *Zur Geltung der Reichsverfassung in den deutschen Kolonien*, S. 418

<sup>164</sup> 「既然內地與外地同樣地皆是領土的一部分，雙方之間的法差異原來不具絕對性，而僅是程度性的差異而已」。宮澤俊義，〈憲法講義案〉，昭和 11 年（1936），頁 38。但宮澤的法域則是法律（六三法）所規定的領域，並不具一般性。宮澤俊義，〈前篇 公法史〉，〈現代日本文明史 第五卷 法律史〉，（東京：東洋經濟新報社，昭和 19 年（1944）），頁 103

<sup>165</sup> 佐佐木惣一，〈日本憲法要論 訂正第五版〉，頁 157；同，〈帝國憲法と領土〉，〈公法雜誌〉，第 4 卷第 6 號，昭和 13 年（1938），頁 97-105

離傾向、(四) 抽象性的「外地」概念的登場。(一) 自後期學說看之，當時的外地法研究已預期在不久的將來，台灣與朝鮮如樺太同樣地被編入到內地法制，而就上述地方而言，法制上的外地將要消滅，認為日本統治根據一視同仁的「聖旨」。

(二)，真正地採用比較法分析手法的有關殖民地法制的論述，以京城帝國大學教授清宮四郎為起源，<sup>166</sup>以後為台北帝國大學的中村哲。<sup>167</sup> (三) 在學界純然的不施行說並無較多年輕的學者繼承。一方面，有關天皇或統治體制的憲法條款在外地的效果事實上已無人否定，因此憲法第二章的有效性成為學說的重點。到昭和年間，隨著學者的世代交替，學問狀況有新的傾向。在行政實務或輿論上，不施行說幾乎皆消滅，美濃部的「修正」重點本來是，從純然的不施行說，進一步承認在殖民地的有關天皇・統治權在憲法條款的有效性，從如下定義已可看出。

首先須要區別的是，基於國家的統一性性質，既然國家統治權要延伸，不論其地方的所在如何，必然須要服從統一規定的規定。『大日本帝國，由萬世一系之天皇統治之。』、『皇位由皇族男系子孫繼承之。』、『天皇神聖不可侵犯。』、『天皇為國家元首，總攬統治權』、『攝政以天皇名義行使大權。』，此等種類的規定要追從國家本身，毫無疑問其施行區域不應該限定。關於此等規定，視為此等規定僅在領土之中有效，明顯地是過狹。<sup>168</sup>

如此有關天皇・統治體系的規定看作憲法最高核心的立場，在昭和年代常見。憲法是國家統治的根本法，因此若認為在領土的一部分此部分未施行，則是自己矛盾。〔中略〕今日所有的國家的憲法皆包含，有關國家存立的基礎及其形式的政治性的構成要素，以基在近代法治主義以自由權的保障為

---

<sup>166</sup> 清宮四郎〈帝國憲法の外地適用〉《公法雜誌》第6卷第9—10號 昭和15年(1940) 清宮在昭和19年(1944)外地臣民參政權時向政府提出簡單的報告。〈フランス及北米合衆國の外地代表制度〉，《朝鮮人皇民化基本方策》，外務省記錄A-5-0，本邦内政關係雜纂・植民地關係第一卷，JACAR: B02031284400。

<sup>167</sup> 中村哲，《植民地統治法の基本問題》，(東京：日本評論社，昭和18年(1943))。

<sup>168</sup> 美濃部達吉，《逐條憲法精義》，頁37

其目的的法律性構成要素，但若問哪一個是憲法的核心，不待言即是前者。<sup>169</sup>

然而，關於人權保障規定，通說的施行說亦逐漸開始放棄理論化，尤其在台灣開始地方選舉投票的昭和 10 年（1935）以後。例如清宮四郎指出，依照 Kelsen 式的抽象概念後，其最終結論是憲法施行問題應該由天皇本人決定。

關於帝國憲法區域及人的通用範疇，現實上可能有帝國統治的範疇，亦即是帝國憲法能通用之範疇。除如做為根本規範的第一條性質上當然應該適用於全統治領域的部份，同時基於帝國憲法的『自制』，對於特定區域或者人域，亦可能限制其全部或部份的通用而決定應依從其他法令。帝國憲法在外地施行與否，實際上為一相當大的問題。〔中略〕關於外地統治不應該依據憲法的條規，應該係遵照擔任外地統治的天皇在各個時期的具體事情的御裁斷，加以決定。<sup>170</sup>

…帝國憲法的外地通用問題，〔中略〕當局的見解，雖然在議會等往往表明，但尚未披瀝首尾一貫而明確之論理，捕捉其論理相當困難。與在外地制度的實際處理比照，僅能粗略推測。<sup>171</sup>

黑田覺亦放棄理論上的解決。外地法制僅能透過實際上的外地法制始能理解。<sup>172</sup>

如上述，前期學說的重點在於自內地理解憲法問題。然而，在後期學說，同一觀念的「外地」法的觀念發達。台灣、朝鮮等已不是事實上的個別領域，而是由法學觀念區別出的同一領域的一部分，其法的抽象性更加提高。例如，「外地意

<sup>169</sup> 水木惣太郎，〈外地立法と憲法第二章（一）〉，《日本法學》，第 5 卷第 9 號，昭和 14 年（1939），頁 35—36

<sup>170</sup> 清宮四郎，〈法の法としての憲法〉，《法學》，昭和 17 年（1942），第 11 卷 12 號，頁 14

<sup>171</sup> 清宮四郎，《外地法序說》，（東京：有斐閣，昭和 19 年（1944）），頁 76

<sup>172</sup> 黑田覺，《改訂日本憲法論 中》，（東京：弘文堂書房，昭和 14 年（1939）），頁 283—285

味著，在一個國家的領土之中，關於其憲法所規定之全國普遍統治方式的主要部份，有某種程度例外性的統治地域」，<sup>173</sup>但「外地」此字詞亦終究未確定其嚴密的內涵。<sup>174</sup>

總而言之，關於憲法典的延伸日本學說的特徵是施行說的優越。不論實務理論特別是在日治後期，一般社會（除美濃部及其支持者）皆認為在台灣的法關係應該在憲法的控制之下，在此應該有恣意與裁量的區別。日治台灣法制之分析應該首先將憲法權力分立視為前提，其後應分析其背離憲法與法治主義原則之程度，因此有如下的宮澤俊義的看法為其代表例：「我國法的根本方針從一開始一即將在內地人・外地人之間的區別加以撤廢，國法雖是逐步地，繼續向此個將來的大目標一步一步前往」。<sup>175</sup>若考慮昭和 20 年 4 月的對於台灣人的賦予國政參政權的事實，<sup>176</sup>上述公法施行說的論述亦不能視為完全空洞的理論。

但公法學說（包括美濃部的立場）到日治末期，終究僅能追溯實際的統治或行政。不能解決的理由是，首先政府本身亦除六三法體制（及其修正）外無一貫性。在台灣，透過內地法律的「依用」<sup>177</sup>，憲法第二章的保障存在與不存在之間搖擺不定，處於奇妙的中間狀態。然而，日治台灣從初期的鎮壓到末期的賦予國政參政權，經過巨大的變化，公法學僅能讓步觀望。到日治後期，實際的社會上，憲法施行已被視為當然。在昭和 14 年（1939），後藤和佐二前台灣高等法院長在演講提到：

很久以前，關於台灣到底有無憲法之施行，似乎有許多討論，但既然台灣是大日本帝國的領土，不可能有不施行憲法的道理，如今此種的看法已完

---

<sup>173</sup> 松岡修太郎，〈外地法〉，《新法學全集第 4 卷》，頁 3

<sup>174</sup> 清宮四郎，〈外地法序說〉，頁 3—5

<sup>175</sup> 宮澤俊義，〈前篇 公法史〉，《現代日本文明史 第五卷 法律史》，（東京：東洋經濟新報社，昭和 19 年（1944）），頁 116

<sup>176</sup> 參照第二章註 95。

<sup>177</sup> 關於「依用」的意義，參照第二章註腳第 199、200、201。

全絕跡……。<sup>178</sup>

可見當時一般的看法大致靠近施行說。

## (二) 委任立法和法律保留

在討論憲法施行問題後，下一個問題是其人權保障條款的有效性。具體而言，憲法第二章所依據的構造，即「法律保留（*Vorbehalt des Gesetzes*、*Gesetzesvorbehalt*）」<sup>179</sup>在台灣的有效性則是須要要檢討的問題。在目前的公法學上，法律保留在憲法及行政法各個領域在受到兩極的評價。

關於憲法施行問題，憲法學說在事實上幾乎無力。然而法律保留是在行政法，與警察命令有緊密的關係，當局者亦具體地依據其思考模式。關於台灣，當時公法上有兩個層面的問題。首先是（一）憲法權力分立上的抽象性的問題：能否承認形式上無限制的委任立法（律令權）<sup>180</sup>；（二）在台灣具體性的法律保留之有效性：若在台灣律令無限制地能設定法律特例時，原則上在台灣的法律保留則無效。尤其是因律令罪刑法定主義的侵害，且基於警察權是否會受到實質上的侵害。在行政權比較優越的日治台灣，行政如何服從法律是重要的問題。

法律保留是近代歐陸立憲主義的成文憲法典下，為保障人權之最基本的架構

---

<sup>178</sup> 後藤和佐二〈台灣の司法制度〉，《法曹會雜誌》，第17卷第9號，昭和14年（1939），頁125

<sup>179</sup> 關於法律保留的用語，現在德國法學有時區別 *Gesetzesvorbehalt* 及 *Vorbehalt des Gesetzes*，較多論者認前者有關一定須要法律的事項其保留範圍較小，立法者以法律形式藉口試圖縮小基本人權保障，但實際上，各個使用例的意義事實上並無很大的差異。Henning Rieckhoff, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, S. 13。可參照蔡宗珍，〈法律保留思想及其發展的制度關聯要素探微〉，《台大法學論叢》，第39卷3期，2010年，頁7註10。為表現日治時期台灣的法律保留，*Gesetzesvorbehalt* 或者是適當，但因為戰前日本公法學界似乎無明顯地區別這些用語。參見宮澤俊義，《憲法の原理》，（東京：岩波書店，1967年），頁357。因此在本文不敢主張某些立場。

<sup>180</sup> 參照第二章註212。

與原則。以成文憲法典所規定之法律保留保護人權，此結構在二戰以後的世界逐漸受到批判，因為戰後歐陸公法比較重視憲法直接的人權保障。此基本架構後來成為的法律保留的核心。較多論者將「罪刑法定主義」<sup>181</sup>，即「無法令即無刑罰（*nulla poena sine lege*）」的原則及「租稅法律主義」<sup>182</sup>視為法律保留的來源，一般認為其實證法上來源可溯及到英國 13 世紀的大憲章（*Magna Carta*），之後在 18 世紀美國獨立及法國革命時的實現。<sup>183</sup>在近代西方的法體系，法律保留在德國法治國（*Rechtsstaat*）思想下發展，<sup>184</sup>尤其 *Otto Mayer* 將它包含在其法律支配的三原則（法律的法規創造力、法律優位、法律保留），因此雖然原來是憲法權力分立上的概念，法律保留尤其在行政法上的法治國概念，為確定依法行政，法治主義等的範圍或界限，現在仍然提供「侵害保留」等的解釋觀點，可謂仍有密切的關係。<sup>185</sup>亦即，法律保留基於行政法及憲法的界面，「自然就必須立基於憲政架構底

---

<sup>181</sup> 瀧川幸辰說，罪刑法定主義的實證法上的實現從法國刑法（1810 年）第 4 條開始。瀧川幸辰，〈罪刑法定主義の再認識〉，《公法雜誌》，第 1 卷 4 號，昭和 10 年（1935），頁 4

<sup>182</sup> 通透過帝國憲法，日本輸入德國的租稅法律主義，但此與英美法常有的「無代表就無課稅（*No taxation without representation*）」原則不同，後者是英國議會與在北美殖民地的課稅權的相爭之後成立的原則，然而帝國憲法施行之當時有國政投票權者僅有人口的 1.24%。小山廣和，〈「租稅法律主義」概念の確立〉，《法律論叢》，第 76 卷 4—5 號，2004 年，頁 117、119。日治時期台灣本島住民到昭和 20 年 4 月（1945）並無眾議院議員選舉權。

<sup>183</sup> *Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung*, Tübingen: Mohr, 1968, Aufl. 2, S. 102

<sup>184</sup> 黃舒芃，〈法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵〉，《中原財經法學》，第 13 期，2004 年，頁 7

<sup>185</sup> 戰後日本憲法學幾乎失掉對法律保留的興趣，只在對比戰前・戰後憲法上的人權保障時使用此概念。然而，在行政法學討論依法行政或法治主義時，依然往往言及法律保留，而以法律保留的各種解釋如侵害保留說、全部保留說、權力保留說等加以說明。但有關法律保留的程度的學說，現在日本學界的分類和德國公法學界的分類（例如 *Ossenbühl* 的五分類）已相當不同。上村貞美，〈「法律の留保」と人權保障の方式〉，《香川法学》，2000 年，頁 39—40、51。

下立法權與行政權各自的定位與彼此之間的關係」。<sup>186</sup>

然而，若透過委任立法，立法權的獨立實質上受到侵害，法律保留的意義亦同樣地歸於無效。委任立法若無限定，當然可能破壞法律之保留。然而，戰前日本的公法學說中大部分亦認為，無限制的委任立法是違憲，但若承認有限制的委任立法，可視為合憲。在戰前日本實證法上，被視為委任立法的代表例是：(一)「有關違犯命令上之條款的罰則之件（命令ノ條項違犯ニ關スル罰則ノ件）」（明治 23 年 9 月 18 日法律第 84 號）、(二) 六三法、(三) 戰時立法，例如國家總動員法（昭和 13 年 4 月 1 日法律第 55 號）、戰時行政特例法（昭和 18 年 3 月 18 日法律第 75 號）。<sup>187</sup>戰前憲法上的爭論大部分亦是有關委任立法，<sup>188</sup>可見委任立法會侵害法律保留的可能性較大。

對於委任立法，抱持著最堅定的反對立場者是穗積八束，其主張憲法明文所規定，固定不動的「立法事項」、「大權事項」及其餘「自由立法事項」的設置，主張委任立法要變更法律及命令的分界，<sup>189</sup>而指出：

…憲法一方面將此廣大的田野委任於大權的自由，同時在其一部分設置金鐵的堅柵，而說這裡大權不准進入。此是臣民權利自由重大保障於憲法上立法事項的列記。除憲法本身，此珍貴的擁護權利自由的神聖金鐵堅柵，以法律之名亦不能破壞，法律所發出的委任狀不能成為能通過此重關的通行證…。<sup>190</sup>

如此其將「法律ノ委任」的六三法視為：「在台灣有怪物，不是法律，亦不是

<sup>186</sup> 黃舒芃，〈法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵〉，頁 5

<sup>187</sup> 佐藤功，〈わが國における委任立法〉，《公法研究》，第 14 號，1956 年，頁 33

<sup>188</sup> 佐藤功列舉有關帝國憲法的六個有代表性的爭議：(一) 眾議院預算先議權 (二) 六三法 (三) 責任支出 (四) 臨時外交調查委員會 (五) 陪審法 (六) 國家總動員法。其中 (二)(六) 是委任立法的問題。佐藤功，〈我が憲法史上に於ける憲法爭議 (一、二、三完)〉，《國家學會雜誌》，第 56 卷 7、8、9 號，昭和 17 年 (1942)。

<sup>189</sup> 穗積八束，〈「法ノ委任」ノ說ヲ難ス〉，《穗積八束博士論文集》，頁 343

<sup>190</sup> 穗積八束，〈法律ノ委任〉，《穗積八束博士論文集》，頁 860



命令，自稱律令白晝公行」。<sup>191</sup>但一般而言，戰前日本的通說，不管所謂的君權學派或立憲學派，大概皆不支持穗積的此立場，通說的看法大概承認委任立法，同時要求特定性，限定性。<sup>192</sup>並且關於明治 23 年法律第 84 號的合憲性，大審院判決中，「…法律要委任於命令而讓它規定立法事項時，法律要將該命令改成自己的內容，因此該命令的適用僅不過是法律的適用」，<sup>193</sup>如此肯定委任命令的合憲性。這可謂是為承認極廣泛的委任立法的形式論理。<sup>194</sup>但在日本公法學界並無許多學者支持委任立法範圍的擴大。<sup>195</sup>

在日治台灣，關於生命、刑罰、身體自由、財產、課稅<sup>196</sup>等之最基本的人權之保障，有無法律保留（以憲法的施行其當然的前提）是問題的核心。換言之，在台灣有無刑法，稅法的施行或適用，在台灣司法權會否依據上述「法律」加以裁判，行政裁量會否由帝國議會所制定的法律受到限制，此等觀點的確是在觀察日治時期的法治狀況時，應視為核心問題。換言之，法律保留延伸到作為殖民

<sup>191</sup> 穗積八束，〈台灣總督ノ命令權ニ付キテ〉，《穗積八束博士論文集》，頁 732。但穗積同時指出台灣的事情若有緊急的必要，當然可能訴諸緊急敕令（憲法第 8 條）、戒嚴（同第 14 條）、非常大權（同第 31 條）等的手段。

<sup>192</sup> 佐藤功，〈わが國における委任立法〉，《公法研究》，第 14 號，昭和 31 年（1956），頁 32

<sup>193</sup> 大正 2 年（1913）7 月 11 日大審院第一刑事部判決，大正 2 年（れ）第 1070 號，大審院刑事判決錄第 19 輯，頁 790－801

<sup>194</sup> 佐藤功，〈わが國における委任立法〉，《公法研究》，第 14 號，1956 年，頁 33

<sup>195</sup> 少數的例外是宮澤俊義，他將穗積或佐佐木惣一的立法事項說以「自由主義」形容而批判之，引用 Carl Schmitt 的論。宮澤指出，當時世界的行政國家現象是不可避免，支持一般且包括性的委任立法而主張「強化執行府之原理」的必要。宮澤俊義，〈立法の委任について〉，《公法雜誌》，昭和 10 年，第 2 卷 11 號，頁 6；其所引用的 Schmitt, “Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen)”, S. 252。在這個論述 Schmitt 介紹英國 1914 年 Defence of the Realm Act、1920 年 Emergency Powers Act、美國 1933 年 National Industrial Recovery Act 等，而指出雖然在各國的法治國（Rechtsstaat）概念相當不同，各國如今不能忽視略式立法（vereinfachten Gesetzgebung）的必要，行政權對於立法權的優越，國家化和委任立法。

<sup>196</sup> 在日治台灣，當局似乎似乎認為租稅法律主義在台灣有效，然而讓台灣住民的納稅義務根據一般統治權。長尾景德、大田修吉，《新稿台灣行政法大意》，頁 285

地台灣的程度是其重要的基準。

但是，在日治台灣雖然政府一直站在憲法施行說，一方面六三法實現形式上無限制之委任立法，<sup>197</sup>因此在台灣的法律保留受到重大的挑戰。刑法，稅法若在台灣經由六三法所規定的「施行敕令」並未施行，律令的立法權形式上並無受到限制，因此憲法的有關罪刑法定主義（第 23 條）或租稅法律主義（第 62 條 1 項）的保障，事實上歸於無效。<sup>198</sup>然而在日治台灣的刑事法令，一面並無刑法的施行，一面以律令「依用」刑法，同時以別的律令（例如匪徒刑罰令）修改或加重。<sup>199</sup>在此，律令制度獨自的習慣，「依用」扮演重要的角色。「依用」<sup>200</sup>指稱律令往往所採用的立法技術。律令在其條文上指定某些在台灣尚未施行的法律，而宣言要「依據（依ル）」該法律。透過該律令，該法律的全文在台灣可以適用，但其法的性質變質到律令。並且因為該法律本身在台灣並未施行，以其他的律令自由地能設定特例。刑法及匪徒刑罰令的關係是其代表例。<sup>201</sup>稅務法令的大部分亦是律令，<sup>202</sup>因

---

<sup>197</sup> 參照第二章註 212。

<sup>198</sup> 若基於憲法不施行說，或者美濃部的修正不施行說，在台灣的法律保留當然被否定。美濃部說，關於「殖民地的租稅」，租稅法律主義條款（第 62 條 1 項）說無適用，因為其認為租稅凡是屬地性的性質。美濃部達吉，《逐條憲法精義》，頁 626

<sup>199</sup> 在日治初期台灣，台灣獨自的刑事法令並無制定，且「依用」內地刑法。明治 29 年（1896）4 月移到民政時總督府尚未準備刑事法令，但因為雲林事件的突發，總督府突然面臨準備刑事法令的必要。桂總督給法院應適用軍政時代的軍令的指示，果然遭遇法院的拒絕。因立即須要刑事實體法，基於法制局的同意以律令開始「依用」內地刑法。小金丸貴志，〈日本統治初期の台湾における刑法適用問題〉，頁 10—11、18—20

<sup>200</sup> 「依用」的形式日治最早期的已登場，但此單詞 1930 年代開始使用，後來有關外地立法的內閣文件也使用「依用」之單詞。例如「關東州臨時資金調整令中ヲ改正ス・（法一部改正及大東亞戦争ノ稱呼決定ニ伴フ爲）」，〈昭和 17 年（1942）6 月 4 日，〈公文類聚〉第 66 編昭和 17 年第 83 卷，JACAR: A03010047000；「朝鮮總督府遞信局貯金保險課長へ回答ノ件（一八、一二、一四）」，昭和 18 年 12 月 9 日，〈昭和十九年一月 保險金二千圓引上關係文書〉，〈逓信省・郵政省文書〉，JACAR: A09051790300。

<sup>201</sup> 「依用」的意義相當接近今之「準用」，但在當時的律令中可能同時使用這兩個詞，所以（在當時）意涵並不完全一樣。例如「台灣國稅徵收規則」（大正 2 年 4 月 1 日律令第 3 號）第 1、2、6 條。一般而言律令在其條文上指定某些在台灣尚未施行的法律，而

此至少在形式上，在台灣有關刑法或稅法等「立法事項」，基於無限制的委任立法（律令），法律保留被無邊無際地侵害之可能性尚留存下來。

除上述台灣特有的條件，關於法律保留的範圍，尚須要檢討法律保留理論本來有的論點。關於法律保留有傳統性的區別（侵害保留，全部保留等），<sup>203</sup>但戰前日本的通說可謂是美濃部達吉的立場，即侵害保留說。Otto Mayer 開始主張此立場後，美濃部依據此個學說而主張，關於權利自由的侵害不能承認行政權的自由裁量，但關於其餘的領域，例如福利警察，接受自由裁量。在日本，其關於保留範圍，德國亦有兩個立場，即固定性的立法事項及「侵害保留」說。穗積八束等的立場是固定的立法事項，美濃部等主張侵害保留。但美濃部一方面採用侵害保留說，一方面主張警察命令的範圍擴大，此個立場的差異代表美濃部的重視警察命令的狀態及其擴大範圍。

### （三）自由權保障狀況的變動

就憲法是否施行於外地，公法學的討論不多。此事情一方面意味者，關於日治台灣法治狀況，憲法典以外的要素之影響力相當大。領有台灣以來，關於其統治政策即憲法施行問題，學者以外的政治意見比較多見，此等反映台灣統治政策上的立場，<sup>204</sup>尤其帝國議會在屢次討論六三法及朝鮮統治法<sup>205</sup>的制定及修改，可

---

宣言要「依據（依ル）」該法律。透過該律令，該法律的全文在台灣可以適用，但其法的性質變質到律令。並且因該法律本身在台灣並無施行，以其他的律令自由地能設定特例。刑法及匪徒刑罰令的關係為其代表例。

<sup>202</sup> 例如台灣總督府民政部財務局稅務課，《台灣稅務法規》，（台北：台灣總督府民政部財務局稅務課，明治 38 年（1905））所登載的稅務法令的大部分是律令。

<sup>203</sup> 關於日本公法學界的法律保留的各種學說理論，藤田宙靖，《行政法 I（總論）第三版改訂版》，（東京：青林書院，2005 年），頁 79—89；三宅雄彥，〈法律の留保〉，大石真、石川健治編，《憲法の争点》，（東京：有斐閣，2008 年），頁 216—217

<sup>204</sup> 參照第二章註 125。

<sup>205</sup> 朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律（明治 44 年 3 月 25 日法律第 30 號）

謂是相當熟絡。學者的意見一直追隨著行政、公法學界，尤其是憲法施行說的立場，對於台灣的法的狀況一直不能提供解決的管道。同時亦表示著，日治台灣法制的形式性與對於實際行政的矛盾之存在。

公法學者的論述上看不見許多有關台灣統治政策之政治性的意見。日治時期前期的公法論述許多部份不考慮台灣的實際法制，學者的見解確實根據著自己的公法學體系，尤其是從國法學上的立場問題（民族，領土，本來的日本的範圍等）出發。此等國法學上的概念本來就容易地涉及政治層面的問題。穗積八束的領土權說，市村光惠的不施行說的確皆來自此等層面。美濃部的修正說（修正不施行說的最大的變化是〔部分施行〕，其對象是與天皇大權有關係的部份，他仍然維持實質上的不施行說，似乎是因為純然的不施行說（包括有關天皇的規定的）已不能繼續存在。雖然美濃部是東京學派的代表者，到昭和十年〔天皇機關說事件〕為止，在公法學界保有相當大的影響力，但除他的學生以外並無許多人支持他的論說。

因為在台灣的法治狀況變動相當複雜，不施行說、修正不施行說在昭和年代已難以說明許多情形（譬如美濃部已不能說明台灣的地方選舉。若台灣是完全不同的社會，亦極難說明內地延長政策，因為政府已承認憲法的施行，不會再次宣告憲法的施行）。

反觀，施行說亦不能妥當地說明臨機處分、蕃地蕃人統治、無限制的委任立法（律令權）等的根據、亦即為何在台灣（包括內地人）無法行使國政投票權。台灣總督府準備非常形式性的說明，但其呼喊著「一視同仁」的同時，台灣住民憲法上的權利保障之限制，如何能擺脫其羈絆，對於其法的層面，卻並未對於一般的台灣住民公開說明過。一直屬於統治的沉默、秘密的部份。由此可見住民在此看到自由裁量，或者恣意復活的可能性。

上述對於外地・殖民地之憲法施行問題等外，日本公法上的人權保障原則亦有各種問題。內地的規範意識影響到台灣的 1920 年代以後，台灣人知識菁英不僅

已知道，且進而爭取近代性憲法中人民的基本權利，例如參政權，<sup>206</sup>可見比日治早期的臨機處分、匪徒刑罰令等有時苛刻的人權狀況，在大正時代後期已不見。若依據當時日本的通說，即 Jellinek 的公權三分類（自由權、受益權、參政權），其主要目標已不是最基本的自由權，<sup>207</sup>而是憲法上參政權的要求。此等政治情況間接地表示，至少最基本的自由權保障逐漸落實，法治狀況的確有時期上的變動。六三法體制到日治末期一直繼續，但基於基本法的修改，在兩個期間律令權的範圍逐漸縮少。<sup>208</sup>



---

<sup>206</sup> 王泰升，〈台灣近代憲政文化的形成〉，頁 13。

<sup>207</sup> 王泰升，《台灣法律史的建立》，頁 229—231

<sup>208</sup> 關於時代區分的一般性的論述，參照見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁 85—115

#### 第四節 日治台灣特殊法律的問題

從如上的檢討中，本文認為在分析日治時期台灣，必要的法觀點應是：(一) 憲法典的延伸；(二) 行政權侵害權力分立的各種方式。尤其(二)後者之中，法律保留及警察權的問題。關於憲法典的延伸，在人權保障，有根本性意義是憲法典之中統治機構的規定，因在殖民地即法治的邊境，人權保障終究依據統治機構。不論當局者或公法學者，關於在殖民地人權規定的有效性，其僅能討論在殖民地統治機構的態樣，或者實在的行政結果，以推測憲法典施行的有無。日本政府本身亦從六三法，帝國議會預算的存在始承認憲法施行的實態。不論是施行說或不施行說，各個論者事先一定要解決權力分立上的問題，始能決定人權條款的問題。至少在殖民地，人權問題僅是統治結果，實證法不承認憲法典以前的自然人權。比較法的觀點亦表示同樣的觀點。在英國、德國的殖民地，人權保障明顯地僅是母國統治權行使的結果，此統治權基於議會的立法權或者臣民生來即有的權利會受到限制，但不待言各個法制的核心是母國的統治權。各個殖民地的人權狀況差異，須要觀察在母國統治權受到的限制。

日治台灣的法制特有的問題在何處？與英國、德國殖民地法治比較，其內容大致如下：

第一，首先可以觀察，日本法制的形式性。例如在日治台灣，司法管轄權並無人種・民族上的區別。<sup>209</sup>關於原住民的裁判亦無獨立的管轄權，將其完全放在法令外，或者有可能將其歸屬於一般司法法院（原住民的問題檢討於第三章）。並且日本法制形式上並無要求忠誠（*allegiance*），因此反抗者亦是帝國臣民的事實，

---

<sup>209</sup> 但此等統一性移到民政以後始有，日治台灣初期的軍政之下的審判機構有內地人，台灣人的審判管轄的區別。小金丸貴志，〈日本統治初期の台湾における刑法適用問題〉，頁2-3。因此此統一性是基於民政以後的司法一開始以後，在台灣司法被認為憲法上的司法。

至少法制上不能否定，司法法院管轄權的統一表現此特徵。與日本法制強力形式性的特徵相比，英國法制的形式性不強，尤其在司法局面的「尊重」當地人法制，不同的管轄權；然而，日治台灣的刑事法制一直完全排斥清朝的刑事法制。<sup>210</sup>總而言之，英國的對於殖民地的法治延伸的實證法核心可謂是人身保護令狀，但其理論上的核心應該是「國王＝臣民」的「忠誠＝保護」關係。此理念通過大權、裁判所、普通法延伸到印度。但其最重要的動機明顯的是保護英國人。不具有忠誠關係的人民，雖站在英國統治權之下，能否隨時收到其保護尚有疑問。忠誠及實證法的距離，在英國法似乎比較近。但在印度雖然英國行政機關有抵抗，法院的確向印度人延伸程序法上的保護。雖是如此，此保護總督基於其委任立法，或者法院基於承認「緊急狀態」或「martial law」等法的狀態之存在，能較輕易地取回。並且在印度的英國臣民的權利保障，的確意味者其對於一般印度人的特權（由民族、文明不同的管轄權）的存在。

然而，日本開始領有台灣時，私人權利不受重視。雖然憲法發布敕語上「惟我祖我宗賴我臣民祖先之協力輔翼肇造我帝國以垂于無窮」一句，並且社會以向天皇的忠誠視為當然的前提，但該敕語亦有「國家統治之大權，聯承之于祖宗」，且實證法上不一定強調忠誠，帝國憲法亦無規定日本臣民的要件，僅是規定其為立法事項（第 18 條），向台灣人賦予國籍時，亦無忠誠的要求。<sup>211</sup>

與德國相比，施行說在形式上的優越可謂是日治台灣的基本特徵。因此在台灣若無「台灣特殊的事情」等的理由，原則上可以推測憲法保障不受妨礙地存在。在此個形式的拘束力之下，總督府的行政權（例如警察權的行使）亦不能否定與立憲主義、依法行政、法治國概念等規範觀念之間的關係。因此形式上的法治性

---

<sup>210</sup> 小金丸貴志，〈日本統治初期の台湾における刑法適用問題〉，頁 10

<sup>211</sup> 國籍法（明治 32 年 3 月 16 日法律第 66 號）與明治 30 年（1897）台灣本島住民取得日本國籍無關係，並且該法沒有忠誠規定。在台灣對當局有抗敵行為的人可能被處罰，但不會涉及國籍的問題。日治後期戰時常有的「非國民」等的口號可謂是政治性的非難，跟法制上的國籍無關。

的傳播侵害，亦基於形式性的辦法實現。形式上無限制<sup>212</sup>的委任立法（律令權）是對於法律保留而言是最嚴重的侵害，於是六三法的形式上無限制性有極大的意義。形式上的法治性的傳播，基於委任立法（律令權）的法律保留的侵害。在日治時期律令權之中法理上或事實上，換言之合法地且規模最大地，侵害人權的程度最嚴重的律令是匪徒刑罰令。<sup>213</sup>基於法律保留在台灣侵害人權程度最大的法令應該成為考慮的對象。

第二，其後，當然須要考慮行政權事實上可能侵害法律保留的法根據。不論歐陸法或英美法，事實上的必要，即軍事狀態或者警察上的緊急狀態，可能正當化實力的行使。此事實上的必要當然成為行政權的藉口。因此軍事法及警察法須要特地注意。然而除最初期的軍政以外，日治台灣並無法制上的緊急、例外狀況。<sup>214</sup>正如明治末期的台灣官方論者試圖以「非常警察」概念將「戒嚴治匪治蕃」的三個領域一同包括在通常法治原則外，<sup>215</sup>日治台灣的初期軍政，臨機處分，蕃地

---

<sup>212</sup> 在六三法或其修改法律原則上，皆無律令權之立法範圍的限制（概括性的委任），任何立法事項（所謂的大權事項當然除外）可由律令制定，因可說基本上無限制。但關於已有法律之事項，六三法及三一法的時代當局依解釋保持不得違反施行於台灣之法律的立場，然後法三號（大正 10 年 3 月 15 日法律第 3 號）第 5 條以明文規定之。同時六三法以來在立法程序上律令案一直須要敕裁即內閣的審查，故其制定範圍事實上一直受到限制。

<sup>213</sup> 王泰升，《具有歷史思維的法學》，頁 140

<sup>214</sup> 在日治台灣佈告戒嚴僅有明治 38 年日俄戰爭時的短期有佈告一次而已。波羅的海艦隊通航台灣附近海域時，暫時佈告戒嚴。澎湖島馬公要塞境內及沿岸（明治 38 年 4 月 14 日敕令第 133 號，84 天），台灣全島（同年 5 月 13 日敕令第 160 號，55 天），解止同年 7 月 7 日敕令第 193 號。參見台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編 領台以後の治安狀況（上卷）》，（台北：該局，昭和 13 年（1938）），頁 761—773。此是之後包括二戰期間並無佈告戒嚴。昭和 18 年（1943）台灣軍司令部已準備「台灣軍管區戒嚴計畫書案」，但同 19 年大本營陸軍參謀部第二十班認為，台灣軍的意見是台灣不須要戒嚴。田中隆一，〈アジア・太平洋戦争期の戒嚴令解釈と「総督政治」〉，在大阪大学文学部日本史研究室編，《近世近代の地域と権力 大阪大学文学部日本史研究室創立 50 周年記念論文集 下巻》，（大阪：清文堂出版，1998 年），頁 447—449

<sup>215</sup> 參照第五章註 67。



蕃人等的狀態須要檢討其緊急性。正如 Otto Mayer 在自然法中尋找警察權（Polizeigewalt）的根據，或者「臣民固有的義務」（德國公法上的警察及其在日本、台灣的意義於第五章詳說），憲法以前的緊急狀態與警察權有連續性，可能威脅法治與人權。因此本文將在台灣的警察權視為另一個重要檢討項目，將在如下章節進行檢討。



## 第三章 初期非法治統治與其延續

### 第一節 軍政

日本的統治事實上係基於軍事行動，法理上自割讓開始，第一年大概是在軍政下，但事先有內閣監督下的行政，與其後內閣將統治權委託於軍部。日本統治台灣的特徵之一在於最初期的軍政與民政之區別。

日本台灣統治的開始，日本透過條約（割讓）獲得台灣全島的領土權，日本軍隊進駐，幾個月後明治 28 年（1895）8 月 6 日布告軍政，29 年 4 月 1 日回歸民政。明治 28 年（1895）年 5 月 8 日日本藉由割讓接受台灣時，日本政府未預定軍政。第一代台灣總督（樺山資紀陸軍中將）的任命亦是內閣所管轄（明治 28 年 5 月 10 日），雖然樺山是軍人帶領軍隊，且此時的台灣總督仍未根據敕令等的設置法規，僅有總督任命之裁可，但其人事經過閣議及天皇的裁可，與其他國務處理相同，故可謂是屬於根據帝國憲法第 10 條官制・任命官吏大權的國務事項，並非統帥事項。<sup>1</sup>同時伊藤首相透過訓令給樺山詳細的訓令（授權與指揮內容）。<sup>2</sup>樺山指揮之近衛師團於台灣北部上陸（5 月 29 日），進駐台北而開始行政（6 月 17 日）。以樺山的命令「台灣總督府假條例」<sup>3</sup>設置的台灣總督府（6 月 18 日）。雖然假（暫時）條例非屬官制，可謂是內閣所指揮之下的訓令，屬於非統帥組織。<sup>4</sup>因此，在形式實質的兩層面，台灣的行政由內閣所管轄的國務的形式開始。軍政以前的狀

<sup>1</sup> 〈台灣總督被仰付 海軍大將子爵樺山資紀〉，《公文別錄》，親任官任免第一卷，JACAR: A03023348100

<sup>2</sup> 「內閣總理大臣ヨリ台灣總督ヘノ訓令」，伊藤博文編、金子堅太郎等校訂，《秘書類纂 台灣資料》，（東京：秘書類纂刊行會，昭和 11 年（1936）），頁 434—439

<sup>3</sup> 「台灣總督府假條例」，伊藤博文編、金子堅太郎等校訂，《秘書類纂 台灣資料》，頁 450

<sup>4</sup> 日治末期任教於台北帝大的殖民地法制專家中村哲所說，「『台灣總督府假條例』未說明台灣總督府的命令權和其餘權限，僅是基於之前總理大臣訓令規定其細綱而已」。中村哲，《殖民地統治法の基本問題》，頁 30

況是，「匪徒反抗眾庶擾亂，恰如在敵國之戰地」，「無法執行一般政務」，關於刑事問題，「僅能在憲兵部搜索捕拿攜帶凶器之強盜之類，依總督的許可斬殺之而已」。

但當初在總督府內文官武官的互相關係並不明確，到 8 月在伊藤首相的同意之下，以軍令<sup>5</sup>移到軍政組織「所謂文官組織中途一變改成戰時編制」<sup>6</sup>（8 月 6 日）。之後總督的訓令皆帶有軍令的性質。中村哲提及，若在國內設置軍政，憲法上一定以戒嚴（憲法第 14 條）或非常大權（同第 31 條）施行之。<sup>7</sup>但上述皆是憲法上的國務事項，雖然軍隊應該擔任實際的任務，法制上皆應該經由國務大臣的輔弼行使。在統帥權有獨立性的日本，問題應該在於軍方是否因握有權限而完全排斥法治的可能性，但難以想像此一可能性。<sup>8</sup>

當時日本與清朝之間的戰爭狀態已因條約的簽訂而結束，不應該將此個軍政視為根據國際法上戰爭狀態的軍政。雖是軍政，因為總督府一直受到內閣指揮，明治 29 年（1895）3 月停止軍政轉移到民政時，當中並無總督府獨自的判斷，亦無統帥部的介入。從一般台灣人而言，軍政當然是巨大的人權侵害狀態。<sup>9</sup>軍政之下並無憲法施行，司法權的獨立、法律・命令的區別、法律保留等均不存在。關

<sup>5</sup> 「台灣總督府條例」明治 28 年陸達第 70 號，《改訂增補台灣總督府例規類抄》，（台北：台灣總督府民政局文書課，明治 29 年（1896）），頁 1，JACAR: A06032527100；「台灣總督府條例ヲ定ム」，《公文類聚》第 19 編明治 28 年第 7 卷，JACAR: A01200796100

<sup>6</sup> 台灣總督府民政局，《台灣總督府民政事務成績提要 附台灣舊制度考》，（台北：明治 30 年（1898）），頁 1，JACAR: A06032526700

<sup>7</sup> 中村亦不承認軍政由非常大權（憲法第 31 條）施行，其僅指出該軍政是在國內施行軍政的唯一例，治安未確立之台灣是，其領土的性質還未確立之占領地同樣，因此採取準占領地軍政之方法以施行軍政。中村哲，〈占領地軍政論〉，《台灣時報》，第 24 卷第 5 號，昭和 17 年（1942），頁 3—4

<sup>8</sup> 在戰前日本，有關國內的軍政的法性質的之法學論述極少，很少的例外是中村哲。參照本章註 7。宣戰・講和・締結條約屬於憲法上的大權（第 13 條），佈告戒嚴（第 14 條），非常大權（第 31 條）屬於憲法上的大權，須要國務大臣的輔弼（第 4 條），皆在內閣控制下。若軍方在平時的國內任意地繼續軍政，應該與叛亂幾乎同樣。

<sup>9</sup> 關於參照王泰升，《具有歷史思維的法學》，頁 138—140

於一般島民，為應對刑事問題，適用相當於刑事實體法的軍令。<sup>10</sup>佈告「台灣人民軍事犯處分例」(明治 28 年 7 月 6 日總督告諭第 3 號) 接下來在軍政下佈告「台灣住民刑罰令」(明治 28 年 11 月 17 日日令第 21 號ノ 1)。此等佈告的法性質當然屬於軍令而並非憲法之下的命令。相當於刑事程序法的軍令是「台灣住民治罪令」。關於刑事問題的審判機關，以「台灣總督府法院職制」(明治 28 年 10 月 7 日日令第 11 號) 設置的「台灣總督府法院」<sup>11</sup>處理刑事問題。但這僅是「以軍市民令創設出司法司法類似的機關」，其法性質是所謂的軍事委員會 (military commission) 而非屬一般司法機關的法院，與民政之下的同名司法法院並不同。其審判也不是司法裁判，罪刑法定主義或刑事司法的原則不應適用。但令人感到有興趣的是，為應對在台灣內地人的刑事問題，對於內地人刑事問題，係由緊急敕令<sup>12</sup> (相當於法律) 設置「臨時陸軍軍法會議」，該機關將刑法適用於內地人被告 (依第 2 條依據陸軍治罪法)。<sup>13</sup>，可見關於內地人尊重法治。

<sup>10</sup> 小金丸貴志，〈日本統治初期の台湾における刑法適用問題〉，頁 2-3

<sup>11</sup> 軍政下，在台灣總督府法院一位英國商人的買辦受審判時，該法院對於英國領事 Ayrton 的旁聽、律師參與等的要求，「因為法院以軍事命令設置，與普通裁判所其性質不同，審判的原則亦不同，因此不應該公開審判、允許旁聽、讓被告人使用律師，如此覆牒而拒卻領事的要求」。明治 29 年 (1896) 5 月 18 日，〈山本理事法院業務要錄〉，《台灣總督府公文類纂》，明治 29 年第 30 卷第 16 門 3 號 (冊號：00100)；「右ニ對シ法院長ノ回答」，〈台灣領有ニ關スル資料 第一冊〉，《伊能嘉矩手稿》；台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編 領台以後の治安狀況 (下卷)》(台北：該局，昭和 17 年 (1942))，頁 6

<sup>12</sup> 有關臨時陸軍軍法會議並在其管轄地內陸軍刑法之適用 (臨時陸軍軍法會議並其管轄地內ニ於ケル陸軍刑法ノ適用ニ關スル件，明治 28 年 7 月 1 日敕令第 92 號)

<sup>13</sup> 對於訊問台灣總督府回答過，「台灣住民刑罰令不僅是應適用於台灣住民而不應適用於內地人，總督府法院原來並無裁判內地人之權限。內地人基於明治二十八年六〔7〕月敕令第九十二號臨時陸軍軍法會議應該適用刑法而處罰之」。台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 64。後來高等法院的判決亦指出，「在軍政時代特地發布叫做台灣住民刑罰令，僅對本島住民適用，對於內地人以普通刑法就如此實施，軍法會議依這個區別處罰。然而明治二十九年四月一日軍政解止移到民政，但只有司法機關的變遷，諸法令就原樣存置，對於內地人依普通刑法，對於台灣住民依台灣住民刑罰令

軍事狀態的停止，加上刑事司法的導入，的確標誌著新的狀態。關於後者，(一)設置獨立的司法管轄權。法院之構成、法官的資格或保障；(二)刑事實體・程序法，此等兩點應由法律規定，透過司法權的獨立來自憲法。應可說，法律保留與立法事項的存在顯示初期非法治狀態的終止。明治 29 年 4 月 1 日軍政停止後，到台灣總督府法院的設置及刑法之對於台灣本島住民開始適用尚有曲折，但基於開始適用，在台灣司法權的獨立開始，刑罰寬大化，死刑宣告也大幅減少。

領土上的軍政是近代日本歷史上罕見，如此狀態可說是獨一無二，軍政之下對於內地人的法律適用至少理論上有複雜的問題。中村哲指出，領土內的行政官廳除戒嚴（憲法第 14 條）及非常大權（同第 31 條）以外不能立於軍令權之下，並指出因治安未確立之台灣是「如同尚未確定為領土的佔領地」，因此採用類似佔領地軍政的手法，<sup>14</sup>但其說明尚有不明之處。

就歷史上的案例而言，外國軍隊的軍事佔領之下，住民的各種自由受到極大的限制，與民政之下的法治狀態相比，此等過渡期的狀態表示法治邊境狀態，換言之，何謂法治的最基本需求。最關鍵的要素當然是如何避免恣意或裁量的「法律暴力」<sup>15</sup>加於身體及生命安全的威脅。在軍事狀況根據軍事上的必要，住民可能受到攻擊而喪命。或者，雖是軍事狀況已停止後，在專制體制下行政裁量可能訴諸任何方便的措置（停止軍政後的民政會否依據憲法是跟停止軍政本身不同的問題）。

根據自由主義的法治國思想，在行政法學者 O. Mayer 的解釋下成為法律支配，具有三個要素，(一)法的法規創造力；(二)法律的優越；(三)法律保留。

---

適用，此乃是顯著的事實〔中略〕在本島以律令第四號第一次施行刑法，這個主張與沿革不符」。(高等法院明治 30 年記錄號不明，明治 30 年 12 月 17 日判決，山口武洪裁判長・宇野義苗・大橋濟・瀧野種孝・寺島小五郎各判官)。日治法院檔案，司法官訓練所，明治 29—30 年判決原本（埔裡社），頁 64

<sup>14</sup> 中村哲，〈占領地軍政論〉，頁 3—4

<sup>15</sup> 參照王泰升，〈日本殖民統治下台灣的「法律暴力」及其歷史評價〉，《國立政治大學歷史學報》，第 25 期，2006 年，頁 1—36

但在殖民地，在此等三點當中，一般認為（一）的原則可能藉由命令、委任立法或是其他某些理由受忽略，但委任立法最嚴重的地方即是殖民地！與此相反，（二）（三）在公法學上比較受到注意，日治初期法院的抵抗過程中看得到跡象。若有議會介入之可能性，殖民地當局亦不能改變（二）、（三）。如此在日治初期可觀察上述要素的表演，即法治、權力分立、命令法律之區別、法律保留開始進入台灣統治，形成法治及裁量之間鋒利的對立，同時表示法治的邊境或殖民地人民的生命線確是法律與命令之間的區別。



## 第二節 臨機處分

日治最初期的行政有時訴諸自由裁量，尤其對於匪徒・生蕃等反抗者。所謂的「臨機處分」大致意味著匪徒、生蕃等逮捕者之不經由司法處分的當場格殺，或是後來行政機關為圖求方便的殺害，因此憲兵或警察討伐活動及司法程序（民政以後）有著密切的關係。臨機處分指稱非法治處分，因此法令的形式性是其前提。

明治 28 年（1895）8 月轉移至軍政以前，因為狀況是「匪徒反抗眾庶擾亂正如在敵國的戰地」同樣，「不能施行普通行政」，因此關於惡行的制裁「在憲兵部僅能搜索捕拿軍事犯及持兇器強盜犯之類，其後受到總督的裁可後斬殺之」。<sup>16</sup>換言之，未經過憲法上的裁判所、法律（刑法）審判的狀況下，並未受到限制的國家處罰權叫做臨機處分。<sup>17</sup>然而，若採用憲法施行說，此等反抗者基本上應該交由司法程序處分。但在日本軍隊開始登陸的最初期，軍事與警察的區別有著曖昧模糊的部份。<sup>18</sup>

關於匪徒處分〔中略〕…待遇俘虜之辦法必僅限於檢束一種，如此並不合理。不需討論企圖反抗或圖謀逃亡時，在於不能依據尋常手段的局面不妨處殺之，正如在戰場砲擊敵勢，是普通戰規所認許之所。何況對於背義反亂之小醜，豈有不應該加以之手段。在守備隊或憲兵斬殺匪囚，應該將它

<sup>16</sup> 前掲〈山本理事法院業務要錄〉

<sup>17</sup> 「…當時對於人民的不法行為，尚未佈告處置基準，因此憲兵所摘發的刑事事件類似的事例，陸軍法官部將它交給軍法會議而處分，或者以臨機處分的名義之下，執行非常的處置，兵馬恫德的狀況之下不可避免」。台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 2

<sup>18</sup> 石村修指出，國家緊急權的問題區別是相當難，現在法令之下，警察機關的緊急狀態是根據事實，在法的架構 frame 所預測的緊急狀態。〈国家目的と警察〉，頁 189。

看作戰權的行使。<sup>19</sup>

純然的軍事活動應能從所謂的裁量問題摒除，但戰時國際法上的觀念（「戰權」）及刑事的事項亦沒區別。換言之，被抓的人一面是道德觀念上的惡行者，同時是由被軍事權受控制的敵人，在當時的臨機處分觀念上，刑事的問題與軍事法、戰時國際法處於同一水平，有連續性。換言之，某種緊急狀態為其正當化理由的核心。

另一面，法治的要素亦不能全然排斥。在軍政之下以軍令「台灣總督府法院職制」（明治 28 年 11 月 7 日日令第 11 號）所設置的「法院」的管轄權包括「台灣住民的犯罪」（第 2 條）。此並非憲法上的司法法院，並且該法院是「為支配台灣住民所設置，當然對於帝國臣民並無管轄權」。<sup>20</sup>然而，關於在台灣的內地人的刑事事項，以緊急救令「關於臨時陸軍軍法會議並在其管轄地內的陸軍刑法的適用之件（臨時陸軍軍法會議並其管轄地內ニ於ケル陸軍刑法ノ適用ニ關スル件）」（明治 28 年 7 月 1 日敕令第 92 號）<sup>21</sup>設置的臨時陸軍軍法會議對於內地人適用刑法，並臨時陸軍軍法會議的構成及所適用之法令皆屬於憲法上的立法事項。根據憲法第 8 條的緊急救令原來為規定立法事項的敕令，其法的性質相當於法律，帝國議會當然能修改、介入。故可說，在軍政之下的台灣，法治的要素限定施行於內地人，<sup>22</sup>內地人「司法」的立法事項化（法治）及台灣住民「司法」的臨機處分（非法治），在軍政之下表現出仍然尖銳地對立的情形。

---

<sup>19</sup> 前掲〈山本理事法院業務要録〉；台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 7

<sup>20</sup> 前掲〈山本理事法院業務要録〉；台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 8。但軍政時期在台灣之非軍公的內地人極少。

<sup>21</sup> 「臨時陸軍軍法會議並其管轄地內ニ於ケル陸軍刑法ノ適用ニ關スル件」（明治 28 年 7 月 1 日敕令第 92 號）

<sup>22</sup> 後來台灣總督府高等法院亦承認，軍政下已有刑法的適用。對於內地人的法治的要素至少受軍方尊重，但應可說軍政之下統帥權保留優越性。參照小金丸貴志，〈日本統治初期の台湾における刑法適用問題〉，頁 2-3



關於所謂的（明治 30 年代以後事實上幾乎消滅的）臨機處分的法的性質，總督府似乎並無公開地強力主張某些立場，實證法上亦原來未有臨機處分規定。昭和 13 年（1938）的《警察沿革誌》的說明是：

捕獲匪徒時，以抵抗等作為理由將他處斬，或以被監禁之匪徒試圖逃走作為理由以處置他，稱謂臨機處分。其根據本來在正當防衛及其他，但在兵馬倥傯時往往被濫用…<sup>23</sup>

此「正當防衛」是否意味者刑法上概念，或者是軍事法上的自己防衛（self defense）並不清楚。昭和 16 年（1941）鷲巢敦哉的說明亦仍保留「正當防衛」：

到本島的土匪消失為止，有所謂的臨機處分此個單詞的存在，即所謂的斬殺。若要進一步加以具體及適法的說明，即是對於妨害官吏的適法職務執行之行為的正當防衛行為。應可說，這亦是在面臨必要時，應該號稱超越一切理論之行為的行為。<sup>24</sup>

對於匪徒本身的定義尚存有曖昧模糊性。在日治台灣初期，匪徒與蕃人是行政上最重要的問題，因為此等事實上妨礙日本支配領域的擴大。根據當初日方的分類，匪徒的人的背景可大致分類到（一）原來的山賊；（二）基於日本人的壓迫加入的人，等兩種。匪徒行為大致分為（一）強盜之類；（二）國事犯（對於官署・官廳的武力攻擊，抗日行為）兩種。<sup>25</sup>但正如持地六三郎寫著「『青年時做土匪，壯年時成為富豪』此俗諺實在是土人青年的理想。因此一旦政治方策有錯，駕駛若失其宜，三百萬之島民悉皆有變成匪類之傾向，良莠之甄別極難…」。<sup>26</sup>如此從日治初期官方的觀點，匪徒集團及一般住民未有明顯的境線，整個台灣住民及匪徒也未有明顯的區別，匪徒之中的國事犯（反抗者）與強盜等的一般犯罪者亦並

<sup>23</sup> 台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編上卷》，頁 281

<sup>24</sup> 鷲巢敦哉〈法院制度の今昔物語(一)〉《台法月報》第 35 卷第 2 號 昭和 16 年(1941)，頁 92

<sup>25</sup> 〈台灣ノ土匪〉，《後藤新平文書》 <http://tbmcdm.infolinker.com.tw/huotengapp/index>

<sup>26</sup> 持地六三郎，《台灣殖民政策》，（東京：富山房，明治 45 年（1912）），頁 9

無顯然的區別。在如此狀況下，法律保留（刑法）的形式性亦受到曖昧模糊化，法治當然是倒退。

在台灣的司法獨立或憲法施行說與臨機處分的關係，轉移到民政後馬上成為總督府內部的問題。明治 29 年進入民政時期後，雲林事件發生時，軍事行動導致住民殺害事件，此亦叫做臨機處分。關於臨機處分的橫行，高等法院長兼法務部長的高野孟矩向民政局長水野遵提出抗議：「警察官軍隊依自己的推測認定土匪，對於不服從其懷柔的辦法之民眾，隨時亂入民宅將人民拖出，半夜在山林或者野外斬殺之，雖有法院卻不讓它對此等行為進行公明裁判，他們常說若送交給法院，有許多無罪，不如臨機處分的方便，殘虐過甚」。水野回答，「因為法院進行相當詳細的證據調查，因此審理須要不少日數，並且不能避免有許多無罪，若由軍隊或警察起訴，法院不拘泥詳細的證據調查而宣告死刑等刑罰，臨機處分數亦自然減少」。他甚至向高野要求，「訓示各法院判官如此處理，若有不遵命者，就得以非職之」。雖然高野抗議而指出「如斯為違憲的行為」，水野堅持「總督擁有立法權，因此並無任何問題」。<sup>27</sup>同年 4 月剛好轉到民政的台灣尚未準備刑事實體、程序法令，此等法令是否應為憲法上的立法事項，尚未確定，因此水野主張，即以六三法所賦予總督之律令權看作能制定在台灣的刑事實體、程序法令的權限，不一定是毫無根據的強辯，但關於憲法施行的中央政府的方針亦不明白，<sup>28</sup>因此的確尚有行政違憲介入司法之可能性。之後正如高野指出，到乃木總督時代為止，「更迭總督後軍人警察官號稱臨機處分而虐殺民人之事跡仍日夜不絕，雖然向總督告

---

<sup>27</sup> 水上熊吉編，《前台灣高等法院長高野孟矩剛骨譚》，（東京：廣文堂書店，明治 35 年（1902）），頁 40—41

<sup>28</sup> 政府早已於明治 29 年（1896）3 月在第 9 帝國議會上，在討論政府所提出的六三法案的時候，似乎已採用憲法施行說，但對外沒有公開。小金丸貴志，〈日本統治初期の台湾における刑法適用問題—依用慣行の起源と總督府・法院の対立〉，頁 5。參照第二章註 107。

之事情，且總督表示滿腹之同意，但其威令並未實行」，<sup>29</sup>可見臨機處分已成爲刑事司法的事實上的一部分。

關於匪徒臨機處分的實際規模，並無正式記錄。<sup>30</sup>因此其真實形相僅能透過各種統治推測其概要。<sup>31</sup>但《警察沿革誌》的數值<sup>32</sup>與《後藤新平文書》、《植民政策一斑》所登載的數值比較接近，應該可以視爲與實在規模較相近的比對，且《後藤新平文書》及《植民政策一斑》的數值亦互相大概一致（表 三一1），因此應該可以推測，被殺的匪徒的四分之三由臨機處分、四分之一由司法處分以處理。故可說，對匪徒而言，日本統治的法治僅不過占有四分之一。<sup>33</sup>且所謂的臨機處分由「戰鬥中殺傷（討伐隊ノ手ニ依ルモノ）」及「護送途中殺害（捕縛若ハ護送ノ際抵抗セシ爲）」的兩種形式構成。前者應意指戰鬥行動中的殺害，後者捕獲匪徒後似乎不一定在對立狀態，因爲匪徒試圖反抗、逃走、抵抗等理由遭殺害。但後者的人數高達前者的兩倍，占整個臨機處分的大約一半，實在令人覺得不自然，此等當局覺得犯罪舉證不易的國事犯，許多部份可能是爲不交給司法程序而秘密地殺害。

兩三位報告者暗示此是恣意的虐殺。高野孟矩指出，明治 30 年（1897）台灣大赦時，從宜蘭護送到台北的匪徒 4 名因爲「護送途中有抵抗行爲」而遭到殺害。

<sup>29</sup> 水上熊吉編，《前台灣高等法院長高野孟矩剛骨譚》，頁 65

<sup>30</sup> 但臨機處分的存在並非秘密。例如報導說，「據報告這次在暗坑附近土匪討伐，交付臨機處分者在三角湧辦務署管內有五十七名，在景尾管內有百五十一名，合計二百八名」。〈土匪の臨機處分〉，《台灣日日新報》，明治 31 年（1898）10 月 6 日

<sup>31</sup> 關於日治初期匪徒鎮壓政策和各種詳細統計，參照王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁 232—241；同，《具有歷史思維的法學》，頁 140—143

<sup>32</sup> （一）在明治 29—36 年，「作為匪徒受到〔註：司法〕處分者五千三百四十餘名，其中被宣告死刑而執行者高達三千四百八十餘名」，（二）「受到所謂臨機處分者」有（a）「在雲林地方歸順式事變時候而已高達二百幾十名」，（b）在明治 34—35 年的南部討伐「被殺戮或逮捕者號稱二千九百餘名」。「因此改隸以後被視爲土匪而被殺者前後應該總計爲一萬幾千人」。台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編上卷》，頁 269

<sup>33</sup> 王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁 240

他又指出，「詢問慘殺之理由，回答是因為試圖逃走。此次恩赦獲釋者之中，很可悲，不少後來失蹤了」。<sup>34</sup>且根據嘉義的辯護士磯谷恆三郎，大約是明治 33 年左右，某街庄長的父親因為涉嫌向匪徒販賣槍彈 500 發而被逮捕。磯谷到警察署後對警察說明，嫌疑人是地方豪族，毫無涉及如此犯罪的可能性，請求「以特例釋放」。署長說，「這樣的特例有先例，所以如果他會坦白可以釋放，但此個人很倔強絕對不會認錯，因此我覺得不舒服」。當時的狀況是，「雖然他們有如此（匪徒關係）的情事，地方豪族等，當中以特例被釋放的人尚有許多」，因此磯谷對街庄長勸說，不要考慮是否為真實，讓父親自白認罪。之後使父親獲得釋放。但磯貝回到嘉義後聽說，「（父親）認罪之後的確被釋放，但武裝巡查稱護衛，在伴送這位父親到鄉下的途中，以抵抗殺戮為藉口殺害之」。磯貝的回憶，以「因為這是十年前的事情，所以這種程度的做法可能是無法避免，但對我來講現在尚是覺得不舒服」，以如此表現劃下句點。<sup>35</sup>

「護送途中殺害」的事例極可能是因為人數不多，且皆在官方的控制之下發生，在如此的情況下已極難去發現某種緊急狀態。在理蕃行政，尤其蕃人惡行的制裁亦往往稱為臨機處分。<sup>36</sup>

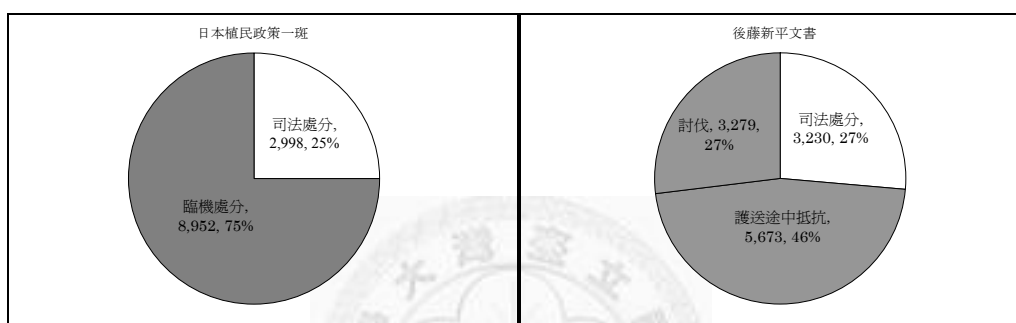
<sup>34</sup> 苦米地治三郎，《高野孟矩》，（東京：研學會，明治 30 年（1897）），頁 315

<sup>35</sup> 台南磯谷辯護士談〈台灣法曹談錄 第五題 今も心持悪く思ふ事件〉《法院月報》，第 4 卷第 3 號，明治 43 年（1910），頁 75—76

<sup>36</sup> 關於理蕃行政之下的臨機處分，尤其警察訓令的詳細，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〉，頁 57—82

表 三—1：匪徒臨機處分・司法處分（死刑）

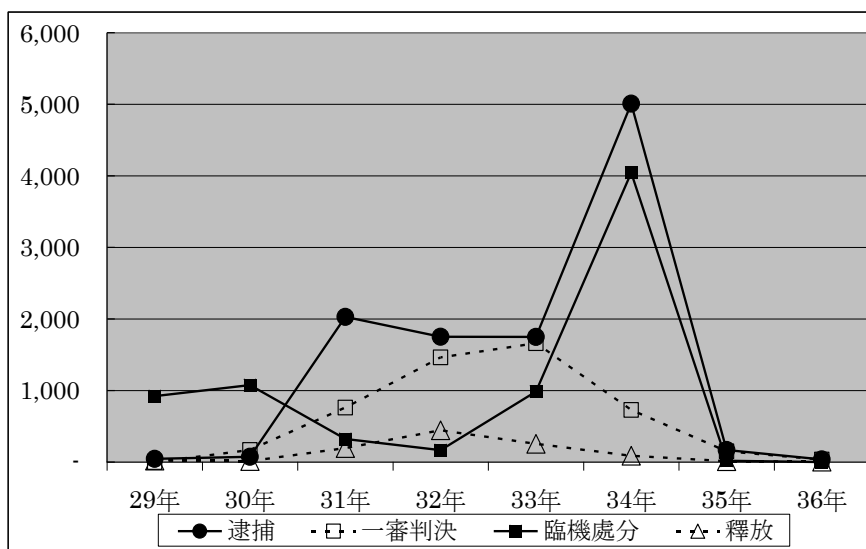
日本植民政 策一斑	司法處分		臨機處分						處分合計
			護送途中抵抗		討伐		臨機處分計		
31年	84	3%	166	5%	2850	92%	3016	97%	3,100
32年	507	61%	324	39%	3	0%	327	39%	834
33年	873	65%	468	35%	9	1%	477	35%	1350
34年	997	50%	682	34%	311	16%	993	50%	1,990
35年	537	11%	4,033	86%	106	2%	4,139	89%	4,676
計	2,998	25%	5,673	47%	3,279	27%	8,952	75%	11,950
後藤新平 文書	司法處分		臨機處分				處分合計		
30年	—	—	—				921	—	921
31年	18	2%	—				1,076	98%	1,094
32年	670	67%	—				324	33%	994
33年	874	84%	—				167	16%	1,041
34年	1,008	51%	—				985	49%	1,993
35年	539	12%	—				4,043	88%	4,582
36年	121	87%	—				18	13%	139
計	3,230	30%	—				7,534	70%	10,764



資料來源：後藤新平〈日本植民政策一斑〉（東京：拓殖新報社），大正 10 年（1921），頁 27—28；「裁判ニ付シ死刑ニ處シタル土匪ノ數」、「臨機處分ニ付シ殺戮シタル土匪ノ數」，〈清國廈門等ニ逃避スル匪徒ノ略歷・他〉，《後藤新平文書》，R30—67。關於匪徒的死刑，參照第四章 第一節 二、，圖 四—1，表 四—4

日治初期的約十年間，在憲法施行下臨機處分及司法處分並列存在著，「逮捕、起訴、釋放」及「臨機處分」屬於互相彌補的關係（表 三—2）。帝國議會屢次討論委任立法的問題，即六三法與匪徒刑罰令問題，雖然許多議員聽聞到在台灣有臨機處分的存在，但並無許多人積極地提起疑問。尤其在明治 32—35 年之間，匪徒的臨機處分幾乎成爲事實上刑事司法中特別的一部分。

表 三一2：匪徒犯的臨機處分、逮捕・釋放、司法處分數



	逮捕	釋放	一審判決	臨機處分
明治 30 年	46	20	—	921
明治 31 年	74	14	168	1,076
明治 32 年	2,029	196	761	324
明治 33 年	1,751	444	1,463	167
明治 34 年	1,749	255	1,661	985
明治 35 年	5,008	89	728	4,043
明治 36 年	169	12	150	18
明治 37 年	37	7	35	—

資料來源：逮捕・釋放：「重輕罪就捕犯罪者」，台灣總督官房調查課編，《台灣總督府統計書》，各年度版。一審判決：「刑事第一審」〈同〉。臨機處分：參照表 三一1。

### 第三節 蕃地蕃人法制

日治台灣法理說明上最大的困難點應在於原住民統治法制，雖對台灣採用憲法施行說，當局明白排除現代法上法治原則的適用，或者可稱純然的自由裁量領域。<sup>37</sup>但一方面理蕃行政亦有發展的階段，譬如關於蕃人惡行的制裁，大致可觀察到「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」等三個種狀況，<sup>38</sup>總督府的長期目標可謂是將蕃地・蕃人逐漸終於納入到「一般行政」的過程。蕃人中極少的一部分，早自明治時代開始當作刑事・民事司法，亦成為課稅的對象。但除例外，一般法令皆無適用，關於蕃人的刑事處罰，實際的理蕃行政基本上依據其傳統規範（例如「社內規約」），有時以命令介入，部分的地方官廳制訂內部規範（例如台東廳的「蕃人懲罰內則」）。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，<sup>39</sup>如此的憲法＝法律保留的領域，總督府極力限制其範圍，因此「理蕃行政」似乎完全在法治之外。<sup>40</sup>

在昭和 15 年（1940）總督府警務局官僚土屋一郎提及，在總督府警務系統之

---

<sup>37</sup> 日本法制下的行政裁判制度本來採用限定列舉主義，司法法院亦無違憲審查權，對於統治高層問題本來司法不會介入。總督府警務局理蕃課長亦以「自由裁量」形容理蕃行政。宮尾五郎，〈高砂族の犯罪と防犯〉，《台灣警察時報》，第 269 號，昭和 13 年（1938）年，頁 27、32；王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗〉，頁 64、83。若若當局保有「生殺予奪之全權」（參照本章註 41），蕃地蕃人統治可謂是自由裁量的一個典型例子。

<sup>38</sup> 王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗〉，頁 1、83

<sup>39</sup> 王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗〉，頁 84

<sup>40</sup> 所謂的普通行政地域和在該地域的蕃人是一般法令的適用對象。「作為蕃務警察之對象的蕃族是十三萬六千餘的生蕃人。約五萬的熟蕃和百餘人的化蕃在普通行政之下，故與理蕃無關係」。台灣總督府警察官及司獄官練習所編纂，《台灣行政警察法》，（台北：台灣總督府警察官及司獄官練習所無名會出版部，昭和 2 年（1927）），頁 263；王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗〉，頁 5、37、47

中，理蕃行政似乎是「獨立官廳」，「從（總督）府理蕃課到現地駐在所為止，處在一般規範的範圍之外，獨占治安、教育、產業、交通、衛生等所有部門的管轄，干涉被統治者的公私生活之全部，將握生殺予奪之全權」。<sup>41</sup>

在整個日治時期，一般法令原則上終究是不適用於「蕃地蕃人」，但關於其法根據，雖然官方準備某些正當化論理，但從當時的官僚似乎不一定有確信的證據。例如關於蕃人課稅問題，昭和 14 年（1939）一位總督府官僚如此提及：「若看在台灣的各種稅法，雖然明文中看不到不適用於蕃地的痕跡，實際上課稅對象蕃地蕃人是被排除在外的。這是為何？有法根據嗎？或者僅是政策的問題嗎，這點似乎並不明確」。<sup>42</sup>

關於刑事處罰，尚有困難且複雜的法的問題。總督府內務部長在明治 30 年（1897）主張過，應「依法」處罰，但殖產局反對，因為蕃人是刑事「無能力者」，因此應該適用之法律不存在，且假使適用亦不發生法的效果。<sup>43</sup>法院曾經將刑法適用於蕃人「被告」，因為當局認為刑法不能適用於蕃人，明治 33 年（1900）以內訓排除刑法的適用。<sup>44</sup>

刑事處罰及課稅皆是法律保留的基本要素，因此憲法施行說之下，當局應該完全喪失說明的辦法。如此理蕃行政的法性質，以及依法行政，法律保留的原則關係是極難理解的問題。關於蕃地蕃人的法性質，必定面臨如下的疑問。（一）法令不應該適用的蕃人・蕃地的嚴密定義；（二）過去無適用法令的蕃人・蕃地，為何能開始適用法令（蕃地改成普通行政地區、適用刑法稅法等、承認業主權等私權、訴訟能力、兵役）？（三）為何行政機關從一般法令自由地能選擇某些法令

<sup>41</sup> 土屋一郎，〈理蕃機構の綜合的性格と教育〉，《理蕃の友》，昭和 15 年（1940），第 105 號，頁 3

<sup>42</sup> 土井五男，〈稅務雜記帳より〉，《台灣財物》，昭和 14 年（1939），第 355 號，頁 39

<sup>43</sup> 王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗〉，頁 28；台灣總督府警務局編，《理蕃誌稿〔第一・二編〕》，（台北：台灣總督府警務局，大正 7 年（1918）），頁 57

<sup>44</sup> 內訓第 1 號「關於生蕃人犯罪起訴之件」。詳細參見王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗〉，頁 35



而將它適用？其基準是如何？（四）蕃人歸順的法的性質如何（尤其相對於匪徒歸順）？此等問題在日治時期的當時似乎並未獲得解釋，故本文要簡說，對於蕃地・蕃人最基本的問題，即蕃地與蕃人的法的性質，盼能找到一些論述。

關於「蕃地」的定義，總督府 1903（明治 36）年 5 月依府議決定，「住在蕃界接近地之本島人過去所稱呼蕃地之地域視為蕃地」，<sup>45</sup>但同年的「臨時蕃地事務局調查掛」的報告尚不能決定，蕃人是否為帝國臣民的問題。<sup>46</sup>明治 38 年 12 月「戶口規則」上，本島住民的範圍之中包含熟蕃人・生蕃人，<sup>47</sup>但這可謂僅是行政上的分類而已。大正 11 年（1922），高等法院覆審部長山田示元在警察演講中表達出意見。其事先須要檢討的是憲法問題：

生蕃人在國法上的地位乃是，生蕃人於國法上在何種程度上受承認的問題。關於此問題，事先必須檢討台灣在國法上的地位，透過其檢討始能釐清本島人的地位，其後始是生蕃人的地位。〔中略〕此個問題畢竟成為在台灣有否施行憲法的問題。這個問題今天任何人覺得當然有施行並不懷疑，但在過去此是社會上的問題，曾經在議會或者在政治家間，以肯定或者否定的態度受討論。現在外面上可看出事實上已解決的問題，但從學理上而言，尚不能說獲得充分的解決。<sup>48</sup>

<sup>45</sup> 台灣總督府警務局編，《理蕃誌稿〔第一・二編〕》，頁 302—304

<sup>46</sup> 對於「將來應否該給化熟之蕃人賦予臣民籍」此問題，調查僅能說，「蕃人究竟是否帝國臣民現在不須決定，目前須要決定的要點是，將來如何對於化熟之蕃人承認與本島人同樣的作為臣民的權利義務並且保護之，或者對於如何蕃人應該加以何等保護。關於此點，行政上須要依如左區別處理」。台灣總督府警務局編，《理蕃誌稿〔第一・二編〕》，頁 288—290

<sup>47</sup> 「戶口規則」（明治 38 年 12 月 26 日府令第 93 號）內「樣式記入心得」第 10 項「在種族欄，依父親的種族應填寫內地人・本島人（福建人・廣東人・其他漢人・熟蕃人・生蕃人）・清國人之區別」。《台灣總督府報》，第 1887 號，明治 38 年 12 月 26 日，頁 88；辯護士岡野才太郎，〈法律上蕃人の身份如何を駁す（二）〉，《台灣警察協會雜誌》，第 124 號，昭和 2 年（1927），頁 109

<sup>48</sup> 山田示元〈生蕃人の國法上の地位〉《台灣警察協會雜誌》第 57 號，大正 11 年（1922），

值得注意的是，在日本統治第 28 年，作為司法部門高層人員的山田示元表明其仍在檢討蕃人地位問題。其引用的意見根據穗積八束，清水澄等的憲法施行說（領土說），即最保守最常見的意見，再透過下關（馬關）條約上規定，他指出生蕃人屬於本島住民，因此的確是帝國臣民。但戰時國際法上的問題仍是考慮的對象：

生蕃人是土着民而是到明治三十年五月八日為止不退去的本島住民，因此在現在，是憲法上的日本帝國臣民。〔中略〕在反抗之蕃人，可以視為在一種內亂狀態的帝國臣民。不能將他們視為化外之民或國際法上所謂的交戰團體。<sup>49</sup>

昭和 2 年（1927）在《台灣警察協會雜誌》上可得到有關蕃人的法的性質之論爭，當時尚僅能提出各種不同的見解。

關於蕃地蕃人的法的性質，總督府曾無發表過正式說明，但明治 42 年（1909）的佐佐木忠藏（前法院書記）及高橋武一郎（司法官試補）的《台灣行政法論》，<sup>50</sup>及昭和 9 年（1934）的長尾景德（前法院判官，前總督府法務部長）和大田修吉（總督府事務官）的《新稿台灣行政法大意》，雖是個人著作，應該可視為在代表各個時代的準正式的官方立場。但這些說明亦有不一貫之處。

佐佐木・高橋的生蕃（蕃人）定義是，「生蕃有人格，是帝國的人民，並且是對國權企圖反抗之犯罪者」。其見解的要點是：（一）生蕃有人格。但因為統治權事實上不及生蕃，現行所有法令不適用於生蕃。法規凡是統治關係，為的是支配服從於統治權之人民的規定，不是為支配事實上不服從於統治權並且試圖反抗之生蕃。歸順（開始服從於統治權）以後，與一般人同樣地應該適用法規，但不應適用於反抗生蕃；（二）蕃地為帝國領土，蕃人為日本人、日本臣民。因為統治權

<sup>49</sup> 山田示元，〈生蕃人の國法上の地位〉，頁 25

<sup>50</sup> 佐佐木忠藏、高橋武一郎，《台灣行政法論》，（台北：日本物產合資會社台北支店，明治 42 年（1909））。有大島久滿次民政長官，持地六三郎通信局長の序文。

乃是絕對，不論生蕃有無服從，可讓他們強制地服從；(三) 對於生蕃，一面法令毫無適用，一面自由地可以發動統治權，統治權並不受到法令的限制。對於生蕃並無立法·司法作用，因此應該皆以警察作用統治之，此是『非常警察』的意義；(四) 因為生蕃是日本人，歸順並非獲得國籍之方式，而意味者生蕃表達要服從於統治權之意思。歸順後，生蕃（反抗生蕃以外）應該與一般人同樣地受到法令的適用。(五) 生蕃未有任何私法上權利，亦未有公法上自由權等的保障，亦無訴權。從國家安寧秩序之觀點，殺生蕃構成殺人罪。但內地人·台灣人·外國人若侵害生蕃的財產權，犯罪亦不成立，不受處罰（為保護生蕃，須要特別法令）。若有人格，生蕃可能成為犯罪主體。若無法令的適用，不能成為現行法令上的犯罪主體。但因為關於生蕃的犯罪並無任何規定，國家能以裁量自由地處罰（包括生命刑）；(六) 因為生蕃是日本臣民，關於蕃人給予外國人的損害，國家一定要負責。作為結論，論述提及：「國家在對蕃政策採用如何方針皆屬於其自由，統治權的作用並不受到任何的限制或拘束。因此可說，國家絕對保有生蕃的生殺予奪之權，重要的是不應該脫軌從人道和生蕃加以來啟發」。<sup>51</sup>尤其重要的是上述(三)，甚至否定形式上的法令的適用。

此等論理尚包含不成熟之處，<sup>52</sup>後來官方的立場似乎亦不一定繼承此論理，但在此處可看出日治前期官方的思考模式，例如：(一) 蕃人的重要特徵是反抗，因此論理上若停止反抗開始服從，一定須要開始適用一般法令。但此一點事實上不實現；(二) 官方不敢否定憲法的效果，但期待憲法權力分立（立法·司法）的後退，為能正當化人權的限制，從法律層面找尋管道。換言之，官方遵守法律保留的架構；(三) 官方將無限制的統治權看作警察權，在觀念上看到純然與立憲主

<sup>51</sup> 佐佐木忠藏、高橋武一郎，《台灣行政法論》，頁 267—277

<sup>52</sup> 該論理似乎包含著區域概念及屬人問題的混亂，因它一面要將事實上有統治權的行使的區域看法令應有適用的區域，一面生蕃基於屬人性要素（反抗或歸順）法令可能有適用。並且為何能思考，基於反抗之有無可能左右適用法令的有無，其根據並不清楚，例如刑法內亂罪，匪徒刑罰令等當然預期對於統治權的反抗者。

義無關係的警察國狀態。但警察權及軍事力的互相關係並不清楚。憲法上的戒嚴，非常大權等中央政府所管轄的非常事態法制似乎在考慮之外。

四分之一世紀後的說明之中，「反抗」皆消滅，出現作為替代的「無能力者」。因為在此論述之中可看出，在法治的邊境處於說明困難的矛盾之中，依據現代公法的統治者如何發現其法根據或論理上的一貫性。同時能讀出欠缺自信的模樣，並且代表總督府準正式的立場，<sup>53</sup>在此不厭其煩表示全文如下。<sup>54</sup>

蕃人的法制上的地位 何謂蕃人？指稱從領台以前一直居住之本島人以外者。蕃人此用語的意義應該有帶有非文化性的生活形式。端看蕃人的分布，雖然居住在普通行政區域外即所謂的蕃地者占其大部分，亦有不少居住在普通行政區域內者，然而此等蕃人之中不少具有相當程度之教養，且能理解文化過著一般社會生活，與一般人民並無差異地生活在一起。雖然法制上必須將這群人與一般人做區別之理由並不存在，但在蕃地之蕃人大多過著原始生活，蒙昧無知，尚未理解社會生活為何，欠缺國家觀念，不適用於法的生活。然而現今一般法令關於其適用大致上並未設置除外蕃人之規定，因此不得已解釋為居住在蕃地之蕃人在法理上亦與一般人無異，過著同樣的法的生活，受到諸般法令的限制。基於上述的理由，法令所期待之目的是否應該馬上實現，在如此的場合之下發生如此的問題。如上述，蕃人蒙昧無知，大多數仍不知社會為何，國家是何物，其文化等級極為低階，或有欠缺行為能力之場合，或有欠缺責任能力之場合。故在各個具體事案中，其有無能力成為審理上的問題，不得已的情況之下應該須要

---

<sup>53</sup> 戰後外務省編輯的《外地法制誌》所引用的有關蕃人法律上的地位的台灣總督府「調書（報告書）」的『蕃人の法律上の地位』，除文章的文語口語的差異，內容一模一樣。外務省條約局法規課，《日本統治下五十年の台湾（「外地法制誌」第三部の三）》，頁 53—55。可見長尾景德的這篇是非正式地代表總督府的立場，長尾出版該書之時候，總督府似乎已採用這個論理。

<sup>54</sup> 長尾景德、大田修吉，《新稿台灣行政法大意》，頁 256—258

進行個別審理。現行法令的法理上解釋如上述內容。然而對此尚尚考慮另一個看法：法令為社會而存在，國家的法令保持其效力僅在規律對象的具有某些文化的社會—至少是在社會與文化的程度上並無巨大差異的社會，因此法令原來不適用於規律與其本來視為其對象的社會有巨大差異之社會。一般而言法令預期有一定文化的社會生活為其前提，而其法意本來是對於與其本來預想不同的社會不應適用之。然而現行法令是為能適用於其程度較高的文化人之生活的規範，若蕃人等過著與一般人於文化上有相當大差異的原始生活者，不應當作法令適用之客體，除有關蕃人的特別規定外，適用為其原則不存在。僅在客觀地可能確認保有如此能力時應適用。並非不能想像上述的立場，但上述的見解畢竟僅是為解釋事實上對於蕃人並無適用一般法令之現狀的政策性解釋或是目的之說明。雖然法令並未設置特別的除外規定，但如此解釋是法理論上不可採用的。總之，視為法令並未預期對於蕃人的適用，僅不過是一種獨斷。若法令要將其除外，應該以明文規定。再者，政策性的解釋在關於法的適用範圍上往往不甚明瞭。因此應該視為，法令的趣旨總是在上述的場合仍有適用，但關於其所預期的法的效果會不會實現，應有具體地規定。如此是為讓法理上的要求與實際上的須要統一，給予並無矛盾之解決，應該須要制定『關於蕃人不適用一般法令依據另外制定之特別法令』等之法規。如此始能對於實際行政上的處理給予根據，使行政上實際的處理成為合法。〔註：底線為筆者所添加〕

在上述論理能看到修改的要點及特徵。(一)承認對於蕃人在形式上的法令之適用，排斥對於反抗蕃人不適用法令之論理。讓統治權的適用法令之力量擴大；(二)反抗者的論理消滅，由無能力者的論理替代之。但此「能力」若是屬於民法刑法上的概念，當然以此等法律的適用作為其前提；(三)明顯地排斥美濃部學說，排斥統治權以外的法源。

在總督府的「調書（報告書）」內看出有關法令與統治權的關係，及官方最根本的態度。<sup>55</sup>

關於在本島的一般法令，除特地規定其施行地域的法令外，皆延伸到台灣的全域。法令若無有關施行地域的特別規定，就在關於該法令的施行擁有權限之官廳的整個管轄地域，應該施行之。故在本島應該解釋，不論有設置市街庄區之行政區域（以下稱普通行政地域），或者在其他行政地域（以下稱蕃地），一般法令均一律應施行。

至少可表示，上述立場站在憲法施行說，而試圖說明理蕃行政，即法治與恣意、裁量的境界。當時的思考已認為，甚至在蕃地，對於蕃人，統治權與憲法上的法令不應分離，即的確是純然形式的態度。然而昭和 13 年（1938），警務局理蕃課長宮尾五郎仍然保留「法令不適用說」：

各種法令尚未適用於高砂族，其理由為：各種法令在於其立法旨趣，不將蕃人作為其對象，蕃人在其傳說、思想、感情、其他生活態樣不同，並無應該遵守一般法令之適格。<sup>56</sup>

昭和 20 年（1945）4 月將參政權賦予一般台灣本島住民時，總督府已檢討以 10 年計劃開始適用一般法令。<sup>57</sup>阻擋法律保留的裁量領域應該透過此計劃使其消滅，但基於日本戰敗故並未實現。日本統治結束時，從法治的觀點最大的問題的確是理蕃行政，關於蕃地蕃人的法的地位，應可說日本統治時期終究缺少明確的統一見解，因此總督府的在理蕃行政的裁量亦未無法根據。日治台灣的理蕃行政

---

<sup>55</sup> 外務省條約局法規課，《日本統治下五十年の台湾（「外地法制誌」第三部の三）》，頁 53。參照本章本章註 53。

<sup>56</sup> 宮尾五郎，〈高砂族の犯罪と防犯〉，《台灣警察時報》，第 269 號，昭和 13 年（1938）年，頁 34

<sup>57</sup> 「台灣在住民政治處遇調査ニ關スル資料」，〈植民地關係第 6 卷〉，《外務省記錄》，B-A-5-0-010，JACAR: B02031291200；《第八十六回帝國議會眾議院眾議院議員選舉法中改正法律案委員會議錄（速記）第三回》，昭和 20 年（1945）3 月 20 日，頁 17；王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗〉，頁 55—56

中，最大的法的特徵應可說是形式的欠缺。雖然本文未能詳細地檢討其他國家殖民地的原住民法制，但至少可說，其他殖民地原住民法制大概依據總督的立法權（命令）。關於理蕃行政，六三法體制的律令權，對於理蕃行政有的立法案例不多。<sup>58</sup>如上述，日治前期的準正式立場認為法令不適用，立法措置必定不多，少數有關蕃地的律令是向蕃人以外者禁止占有蕃地的內容，<sup>59</sup>或是由府令取締蕃人以外者的某些行爲（進入<sup>60</sup>、交易等），當中對於蕃地蕃人本身並無通則性的立法。有關蕃務之法規皆是警察機關的行政訓令。帝國議會了解蕃地蕃人立法是一個問題，但帝國議會終究未發動如此的權限。



---

<sup>58</sup> 例如岡野才太郎，《蕃務要領》，（台北：台灣日日新報社，大正元年（1912）），頁.565—567

<sup>59</sup> 「有關蕃地占有之件（蕃地占有使用等禁止ノ件）」（明治33年2月22日律令第7號）

<sup>60</sup> 「蕃地取締規則」（明治29年9月1日府令第30號）。在明治32年（1899）10月，台北縣知事提起應該以法律＝律令規定蕃地取締（「蕃地保安規則案」）。台灣總督府警務局編，《理蕃誌稿〔第一・二編〕》，頁160—162。但到昭和年代仍依據府令「蕃地取締規則」（昭和2年10月19日府令第58號）

#### 第四節 小結—日治時期的例外狀態

日治台灣的例外狀況大致有如上述三個領域，但其中蕃地蕃人為台灣特有的性質，因為與日本合併以前的朝鮮已是有著外交關係的獨立國，明治 43 年（1910）藉由條約於並未進行戰鬥的情況下合併，加上並無相當於蕃地蕃人的存在，且軍政期間不長，內閣保有決定權，故其對於後代的影響力比其他兩個領域較少。

然而在現代意義法學上的思考，蕃地・蕃界或者可視為國際法秩序領域（Carl Schmitt 所指稱的 Raum）的擴大的前線。<sup>61</sup>日本的台灣領有，在法理上依據馬關（下關）條約的割讓，但事實上早於甲午（日清）戰爭的軍事活動已開始，因此本來就與軍事狀況有著連續性。從母國的立場而言，臨機處分、蕃地蕃人統治等行政上的裁量性是日本憲法的前線。日本的統治若有法治的延伸及擴大，除憲法＝法律＝律令的脈絡之外，尚有須要縮小非法治，裁量的領域。日治結束之 1945 年，法治的邊境—「蕃地」仍被保存下來。在日治末期大約十年間，要將蕃地看做某些「緊急狀態」的地區已是相當困難。總督府的蕃人「無能力者說」，除理論上的問題，事實上已失去說服力，因為以二戰末期為例，原住民的一部分已依兵役（憲法第 20 條）事實上無差別地服役（高砂義勇隊）。關於台灣的例外狀態，除總督府調書，各家學說幾乎皆忽視在台灣的例外狀況。此乃是一個被遺忘的法治的邊境。

---

<sup>61</sup> 參照第二章註 86、88。



## 第四章 匪徒刑罰令的名與實—日治前期委任立法的暴力

### 第一節 匪徒刑罰令

#### 一、 制定理由・經緯

日治台灣立法的基本制度是依據六三法所設置的律令（形式上無限制的委任立法<sup>1</sup>）。律令之中，匪徒刑罰令（明治 31 年律令第 24 號）是在日治前期最大規模影響到在台灣的人權狀況的法令。該令以規定「不問目的為何，凡以暴行或脅迫為達成其目的而為多眾結合」，即構成「匪徒之罪」，並無實際上著手暴行亦受處罰，未遂亦以同樣的刑罰受處罰，讓當時台灣社會的「匪徒」大量處死，明治 31～35 年（1898～1902）的死刑執行超過三千人。<sup>2</sup>其實真正強盜的多數被納入「匪徒」之列，英領印度，德領膠州灣亦有針對「匪徒」的特別刑事法令，但其規模以在施行台灣的為最大。該令是在日本憲政史上獨特的法治裁量界限上的立法，藉此可看出在日治台灣的法治的界限。

但台灣總督府內的匪徒刑罰令制定過程尚未得到充分的解明。<sup>3</sup>其條文上看得到的特徵是，刑法內亂罪（表 四—1）與軍令（表 四—2）這兩個淵源。此外更加上第 7 條溯及條款的設置，因此應可說，該令的目的是對於這類在明治 30 年 1 月以前的犯罪，可以違背罪刑法定原則，溯及既往的適用。

制定匪徒刑罰令之當時，台灣經過領有開始、軍政、朝向民政，因此有關重

<sup>1</sup> 參照第二章註 212。

<sup>2</sup> 匪徒刑罰令的詳細的說明，王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁 232—241；王泰升，〈日本殖民統治者的法律鎮壓與台灣人的政治反抗文化〉，《月旦法學雜誌》，第 116 期，2005 年，頁 127—128

<sup>3</sup> 小松吉久說在明治 31 年（1898）在總督府法務部和參事官上班時，他「關於匪徒刑罰令的審查擬定，我受命始終參與」。〈新報創刊時の台灣 我が思ひ出のかずかず〉，《台灣日日新報》，大正 12 年（1923）5 月 1 日

罪或國事犯，即有關內亂、抗敵、集團強盜等刑事法令，已有相當複雜的變遷。內地刑法透過律令「台灣ニ於ケル犯罪處斷ノ件」(明治 29 年 8 月 14 日律令第 4 號)被「依用」<sup>4</sup>。由台灣大赦(明治 30 年 1 月 31 日敕令第 8 號)，刑法上的犯罪之中，對於該令施行以前的內亂罪・兇徒聚眾罪的公訴權已消失。然後「匪徒刑罰令」(明治 31 年 11 月日律令第 24 號)創設出相當類似內亂罪・兇徒聚眾罪的匪徒罪，同時創設出其遡及規定。為掌握問題，首先整理其過程。<sup>5</sup>

明治 28—29 年(1895—1896)3 月底，日本領有台灣初期的統治仰賴軍政；當時刑事方面的實體法令，如「台灣人民軍事犯處分例」(明治 28 年 7 月 6 日總督諭告第 3 號)、「台灣住民刑罰令」(明治 28 年 11 月 17 日日令第 21 號ノ 1)均含有軍令的法的性質，其規範性顯然來自軍事上的必要。刑事審判機關也是依軍令設置，因此當然不屬於憲法上的司法權，刑事司法的原則(罪刑法定主義、禁止溯及等)也尚未適用於此時。在此期間，不論對官吏的抗敵行為或對台灣人的強盜行為，其區別只是為了審判者的方便。審判官可自由地減刑(刑罰令第 12 條)，而總督不僅能夠自由地赦免刑罰(台灣住民治罪令第 13 條)，尚能透過制定其它的軍令來加重、輕減刑罰。明治 29 年 4 月停止軍政時，這些軍令本應失效，卻因總督府未準備刑事法規，而對台灣本島人民沿用軍令；對於內地人，則根據臨時陸軍軍法會議，一直適用刑法。

明治 29 年(1896)8 月，以律令設置的通常、臨時法院，根據明治 29 年 8 月 14 日律令第 4 號，將在台灣尚未施行的內地刑法，無差別地開始適用(依用)於台灣人、內地人。「依用」指稱律令指定在台尚未施行之內地法律，借用其所有的條文而在台灣適用之手法。因為「本法」(指內地刑法)還未施行，律令能夠自

<sup>4</sup> 關於「依用」的意義，參照第二章註腳第 199、200、201。

<sup>5</sup> 小金丸貴志，〈匪徒刑罰令與其附屬法令之制定經緯〉，《台灣史研究》，第 19 卷第 2 期，2012 年，頁 34—36

由地設置特例，事實上可能擅自修改之，<sup>6</sup>但一方面刑法透過律令之適用，也的確擴大在台灣的法治適用。

「依用」不是六三法（明治 29 年 3 月 31 日法律第 63 號）所規定的制度，該法上僅有對台灣總督委任立法權之規定，尙未有將某些在內地已有施行之法律視為「依用」對象之立法形式。而是總督府與法院之間對立後才開始的立法上的習慣。當時爲了審理剛發生不久的雲林事件（同年 6 月），桂太郎總督命令法院在民政之下繼續適用台灣住民刑罰令，但高野孟矩高等法院院長峻拒之，另一方面內地法制局也拒絕賦予總督有在台施行法律的特例制定權。最後，桂總督不得不依同年 8 月 14 日律令第 4 號開始適用（依用）在台還未施行的內地刑法。之後律令制度多次沿襲這個形式，依用習慣後來成爲包括朝鮮的日本帝國法制之基本特徵。<sup>7</sup>

根據軍令極有可能被宣告死刑之強盜行爲，在匪徒刑罰令制定以前的明治 30 到 31 年，當以刑法強盜罪問罪時，尙能適用刑法的減刑條項；甚至法院得實際上依刑事訴訟法的程序，要求犯罪事實的證明，如彰化臨時法院所逮捕的 421 人中，僅 17% 被起訴，其中有罪者只有 14 人。至少到明治 29 年底爲止，在通常法院的強盜亦有刑罰寬鬆化的傾向，死刑的宣告更是微乎其微。由此可見，日治最初期的法院，至少關於個別審判已確立能排斥行政之介入的力量，但是在制度方面，即關於法官的身分保障或司法行政司法權的獨立並未完全。其象徵的事例是著名的明治 30 年高野事件，成功地阻擋總督訓令的高野終於由內閣強迫下台，在內地帝國議會導致一場憲法爭議。但是這個狀況對總督府警察、憲兵隊來說是種困境。

---

<sup>6</sup> 由律令第 4 號刑法本身在台灣並無施行，只有透過「依ル（依用）」之形式在台有「適用」而已，其法的性質爲律令而非法律，並不發生刑事律令與法律（刑法）之間的競合問題。並且律令第 4 號但書並無設置台灣特例的立法範圍。因此，有關在台犯罪之刑事律令的立法範圍不受到限制，能自由地設置刑法「事實上」的特例。匪徒刑罰令爲其典型例。參照小金丸貴志，〈日本統治初期の台湾における刑法適用問題〉，頁 18、20。

<sup>7</sup> 參照小金丸貴志，〈日本統治初期の台湾における刑法適用問題〉，頁 1、6—11。

因為除了現行犯，很難證明某某被告是所謂的匪徒且過去從事著強盜或抗敵行爲。

然而以明治 30 年 1 月 31 日勅令第 8 號發布的「台灣大赦」，把關於發布該大赦以前之行爲的刑法內亂罪和兇徒聚眾罪的公訴權，全部消滅。自此到發布該令爲止的抗敵行爲等，均無法透過司法層面進行處罰。

根據明治 31 年 11 月 15 日律令第 24 號（匪徒刑罰令）設置了與內亂罪、兇徒聚眾罪事實上相同的，或者能包括這些刑法犯罪的匪徒罪，同時規定要適用溯及既往（事後法）。

表 四—1：刑法內亂罪與匪徒刑罰令的條文比較

	刑法（內亂罪）	匪徒刑罰令
目的	第 121 條 爲顛覆政府，僭竊邦土，或紊亂朝憲之目的發起內亂者，以如左區別處斷	第 1 條 不問主存何意或行暴舉或行脅迫願遂其意糾合夥眾者，均爲匪徒罪分按左開處辦
首魁	一 首魁及教唆者處死刑	一 首魁及教唆者處以死刑
補佐指揮	二 指揮群眾或從事其他樞要之職務者處無期流刑，其犯情較輕者處有期流刑	二 參與同謀或爲指揮者處以死刑
幫助	三 資給兵器金穀或從事諸般職務者處重禁獄，其犯情較輕者處處輕禁獄	第 4 條 凡濟給兵器彈藥船舶金穀並其餘物件以及給與聚會之處所又思弄他法幫助匪徒者，均處以死刑或無期徒刑
	第 127 條 知悉內亂情事而對犯人給與集會所者處二年以上五年以下之輕禁錮	
附和隨行、雜役	四 趁教唆附和隨行或受到指揮從事雜役者處二年以上五年以下之輕禁錮	三 凡附和隨從或雜役者處以有期徒刑或擬重懲役
未遂同罰	第 124 條 前三條之罪，雖未遂犯罪仍科本刑	第 3 條 凡前條之罪雖未遂意仍照本刑處辦
自首	第 126 條 內亂的予備，或雖從事陰謀還未實行其事以前向官自首者免本刑，仍監視六月以上三年以下	第 6 條 違犯本令之罪向官自首者則按情狀或減其刑或行赦免，然雖被免本刑仍監視五年以下

筆者作成。參照表 四—5

如上述，軍政時期的台灣人民軍事犯處分例及台灣住民刑罰令，與甲午戰爭

中在遼東半島作為佔領地軍律的大本營所布告的「佔領地人民處分令」，其條文構造或內容大致上相同。從匪徒刑罰令內定義匪徒之第 1 條及列舉個別行為之第 2 條，就可看到此個對應於內亂罪與軍律的沿革上的雙重構造，匪徒刑罰令亦明顯地保留上述特徵（表 四—2）。

表 四—2：匪徒刑罰令與軍令的條文

	佔領地人民處分令 (軍令)	台灣人民軍事犯處分例 (軍令)	台灣住民刑罰令 (軍令)	匪徒刑罰令 (律令)
可 罰 行 為 列 舉	第 2 條 清國人民 若犯左列 之所為處 死	第 1 條 台灣人民 干犯左之 條目者罪 當死罪	第 13 條 犯左列之條目者罪 當死刑其豫備陰謀者亦同	第 2 條 前條第 三號所載匪徒倘 有所犯左開事項 者仍處以死刑
抗 敵	五、結黨企 圖反抗或 對於軍隊 軍艦艦隊 軍用船舶 有抗敵所 為者	一、抗敵大 日本帝國 之陸海軍 及有叛抗 之行爲者	一、企起謀反者 二、有意敢抗敵政府而殺官 吏者 三、結黨敢抗敵軍隊軍艦艦 隊軍用船隻及官廳者	一、抗敵官吏或 軍隊之事
利 敵 通 敵	三、對敵密 報軍隊軍 艦艦隊軍 用船舶之 動靜軍用 品之集積 所等或誘 導敵兵者	四、將大日 本國軍隊 軍艦軍用 船舶之所 在動靜及 軍用物件 之所在數 量密報于 敵人者	九、私給兵器彈藥金穀等類 與敵軍者及以軍隊軍艦艦隊 軍用船隻消息并貯積軍需各 處密報敵軍或引誘敵軍者	第 4 條 凡濟給 兵器彈藥船舶金 穀並其餘物件以 及給與聚會之處 所又思弄別法幫 助匪徒者均處以 死刑或無期徒刑

放火	一、毀壞或放火電線鐵道、造船兵器之工廠、船渠船室壘柵兵器彈藥其他應供戰爭目的之物件，以及有關軍事之道路橋梁森林家屋船舶汽車水道等者	二、毀壞鐵道水陸電線道路橋梁軍械子藥森林壘柵水道火車船舶船廠以及衙署軍用之土地房屋物件等者	四、毀壞或燒燬船隻軍器之工場船渠壘柵兵器彈藥及備戰應用物件並有關軍務道路橋梁河溝港埠茂林家屋水渠等類者	二、放火燒燬或毀壞房屋暨船舶橋梁等事 三、放火燒燬山林田野之竹木穀稻或堆積柴草以及他物等事
交通妨害			六、毀壞或燒燬火車鐵路及其標識等類者或因為妨礙火車來往障礙造險者 七、毀壞或燒燬燈台浮標其他為了保護航海安寧之標識者及為了妨害船舶的往來的目的點示詐偽之標識者	四、毀壞鐵道並其標識暨燈台或浮標以及致害船舶往來等事
通信妨害			五、毀壞或燒燬電信之器械柱木或斷其電線者 八、以偽計威力妨礙兵器彈藥及一概軍用物件之搬運及郵便者	五、毀壞供用郵便電信以及電話之物件並思弄方法妨害其交通等事
藏匿	二、誘導助成隱匿間諜，或使俘虜逃走或劫奪之者	一	十一、使俘虜逃走或劫奪之者或知其逃走而使之隱避或藏匿之者 第 16 條 藏匿犯人或逃走之囚人者懲役自十五日起至一年為止或罰金五圓至五百圓為止	第 5 條 藏匿匪徒或使隱避及圖免脫匪徒之罪者均處以有期徒刑或重懲役

殺人等	第 5 條 紊亂占領地之秩序安寧，或加損害於他人之身體財產者參酌當地法例習慣以及帝國法令處分之	—	第 28 條 殺人者死刑 第 29 條 傷人者懲役自一月起至八年為止因而致死者懲役自九年起至十五年為止 第 30 條 過失傷人者罰金二圓至百圓為止因而致死者罰金二十圓至二百圓為止 第 33 條 強姦婦女者懲役自六年起至十二年為止因而傷者懲役自十二年起至十五年為止其致死者死刑	六、殺人以及強姦婦女等事
強盜等			第 31 條 擅捕拿人或監禁之者懲役自一月起至二年為止並罰金五圓至五百圓為止 第 34 條 竊取人之財物者懲役自二月起至八年為止 第 35 條 脅迫人或加暴行而強取財物者懲役自四年起至十五年為止若二人以上攜帶兇器而犯之時死刑強盜殺傷或強姦婦女者亦同	七、擄人以及掠奪財物等事
阿片	第 2 條 八、販賣鴉片菸或其吸食器於軍人軍屬其他從軍者，或給吸食所者	八、將鴉片菸並其吸菸用什器交付大日本軍人軍屬及從軍者給或與吃菸所者	第 24 條 將鴉片菸或其吸菸什器交付軍人軍屬及渡來之帝國臣民者死刑知其情而給與吸菸所者亦同	(※台灣鴉片令)

未遂同罰	第 3 條 犯前條行爲者不問正犯從犯教唆者以及既遂其行爲者或未遂者其他還在予備陰謀者，得因情狀科本刑或減等之	第 2 條 前條所揭之罪不問其教唆者及從犯未遂或均原諒情狀酌量減刑	第 11 條 教唆者從犯未遂犯即以正犯已遂犯之刑處斷	第 3 條 凡前條之罪雖未遂意仍照本刑處辦
減刑			第 12 條 所犯者有可原諒者酌量減輕	第 6 條 違犯本令之罪向官自首者則按情狀或減其刑或行赦免然雖被免本刑仍監視五年以下

資料來源：台灣總督府警務局編，《台灣總督府警察沿革誌》，第二篇：領台以後の治安狀況（上卷），頁 53－54、262；川崎三郎，《日清戰史》（東京：博文館，1897），卷七，頁 251－252；「11 月 22 日 台灣總督伯爵樺山資紀發 參謀總長彰仁親王宛 台灣總督諸規則規程七件相定施行及報告」，〈陸軍省大日記〉，《防衛省防衛研究所》，JACAR：C0606147100。占領地人民處分令由筆者翻譯。

如同上述，從明治 30 年 1 月起到匪徒刑罰令制定的 31 年 11 月爲止，當局對於發布台灣大赦以前的內亂・抗敵行爲，事實上欠缺處罰規定，並且在該期間法院的態度也有問題。譬如明治 30 年 4 月 20 日，高達一千人襲擊辦務署，「土匪首領林少貓糾集各地的匪徒，而襲擊憲兵屯所時應募之，攜帶刀銃攀登屯所的屋頂，澆灌石油而放火，讓炊事場燒燬的行爲」的林少貓的潮州辦務署襲擊事件時案件，<sup>8</sup>因事件發生日期在台灣大赦以後，似乎是相當可能會適用內亂罪的案件，但判決適用兇徒聚眾罪（覆審法院明治 31 年控刑第 176 號，明治 31 年 10 月 6 日判決，判官不明）。<sup>9</sup>判例集亦註記，「本件是匪徒刑罰令發布以前的判決，為表示當時的內亂犯與兇徒聚眾眾犯的區別採錄之」，可推測法院對於適用刑法內亂罪相當慎重。

對於如此刑事法令狀況及法院的態度，總督府應該覺得不滿意。匪徒刑罰令

<sup>8</sup> 潮州辦務署襲擊事件。參見台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編上卷》，頁 512－515。

<sup>9</sup> 《覆審法院判例全集》，（台北：台灣判例研究會，大正 3 年（1914）），頁 239



的制定雖解決此問題，卻導致國事犯與強盜的混雜，以及對於強盜犯的嚴罰化(表四—3)。

表 四—3：刑事法令的變化(內亂·抗敵·集團強盜)

行爲類型	台灣住民刑罰令 (軍事命令) 明治 28 年 11 月 17 日	依用刑法 (律令) 明治 29 年 8 月 14 日	台灣大赦 (敕令) 明治 30 年 1 月 31 日	匪徒刑罰令 (律令) 明治 31 年 11 月 5 日
發動、煽動內亂等	第 13 條第 1 項 (死刑)	第 121 條(死刑~輕禁錮 5 年以下)	公訴權消滅	第 1 條(死刑~重懲役) 第 2 條第 1-5 項 (死刑)
襲擊官吏官署等(抗敵)	第 13 條第 2~13 項(死刑)			
以多眾襲擊、掠奪民宅等(集團強盜)	第 35 條(懲役 4~15 年)	第 378~384 條(輕懲役。二人以上·兇器攜帶=加重一等。強盜殺人=死刑、強盜強姦=無期徒刑)		第 2 條第 6、7 號 (死刑)

資料來源：台灣住民刑罰令：〈台灣總督伯爵樺山資紀發 參謀總長彰仁親王宛 台灣總督諸規則規程七件相定施行及報告〉，《陸軍省大日記》，自明治廿八年八月廿三日至同廿九年一月廿六日。臨着書類 自二千五百壹號至三千號 大本營副官部，JACAR: C06061509100；依用刑法、匪徒刑罰令：外務省條約局法規課編，《外地法制誌》，第 4 卷，頁 166、167；台灣大赦：內閣官報局編，《法令全書》明治 30 年，(東京：該局)，頁 54-56。「行爲類型」表示各個法條應適用之事實上的典型行爲類型，不意味實定法制度所規定之罪名。

上述明治 29 年 8 月 14 日律令第 4 號在兒玉總督時代透過「有關民事商事及刑事之律令」(明治 31 年 7 月 16 日律令第 8 號)廢止。此律令 8 號的制定目的是伴隨改正條約的施行爲適用內地法，關於「民事商事及刑事」進行法令的修改，<sup>10</sup>同時規定，關於刑事「有關本島人及清國人的刑事事項」，「到新的制定為之依現行之例」。<sup>11</sup>換句話說，(一)本島住民的刑事法令係基於該律令的事實並無變更，(二)

<sup>10</sup> 〈台灣ニ民事商事刑事ニ關スル事項ニ付法典ヲ準用スルノ件ヲ定ム〉，《公文類聚》第 22 編明治 31 年第 30 卷，JACAR: A01200875500

<sup>11</sup> 到日治台灣末期，刑事法制一直皆無施行刑法而只依用刑法，另一面一直保留台灣特例的律令，尤其匪徒刑罰令。奇怪的是雖然大正 4 年(1915)西來庵事件以後在台灣社會武力反抗絕跡，匪徒刑罰令亦皆無適用，但該令到日治結束爲止終於不廢止。對於這

可能有因台灣特別規定的修改。

施行大赦的同一年 11 月，匪徒刑罰令制定。當時在台灣所制定之刑事法令或緊急律令等，若比較台灣總督從執奏稟申給國務大臣（拓相）到獲得裁可的期間，匪徒刑罰令是 40 天，與其他律令相比相當短。相較於臨時法院條例的修改，因法制局為再審與非常上告，從要求法治的運用觀點提出異議，因此經過 281 天的時間始獲得裁可，可見對於匪徒刑罰令的內容本身，當時沒有太大的反對聲音。究竟是當時中央政府亦覺得有修正台灣大赦之政策的必要性，或者是因為大多數的人未注意到匪徒罪與內亂罪的對應關係，又或是因為其他的理由，目前尚未有足以進行判斷的材料。

關於該令的制定理由，過去的研究比較注意到兒玉＝後藤時代匪徒政策到「招降策」的轉換結果，有關該令的制定，應該特別注目是同年 11 月的台中・台南縣討伐前夕之事實。<sup>12</sup>正如對於與匪徒刑罰令同時受修改的臨時法院條例，總督府在其制定理由說明，「主要是當時正值南方土匪掃蕩之夕，為一時處斷多數犯罪人」，<sup>13</sup>當時的討伐狀況的確是重要的背景。但該討伐過程中殺害 2,043 人，逮捕 1,845 人，歸順許可 1,169 人，規模可說是相當大，然而隨討伐的進行，臨時法

---

些刑事法令的變動及其背景，在昭和時代總督府法官姉齒松平指出，「…為本島人清國人（注：以明治 31 年律令第 8 號）如此規定，其目的是為保留律令第四號（注：以明治 29 年律令第 4 號）『但其條款中適用於台灣住民是困難者，依別的規定』此例外條項，此由下述匪徒刑罰令等施行之經緯可想像」。姉齒松平，〈台灣に於ける刑事法の沿革に就て〉，《台灣警察時報》，第 218 號，昭和 9 年（1934），頁 53。可見以刑法依用律令及台灣特例律令，台灣總督府從統治最早期刻意保留在台灣刑事特例制定權，其象徵為匪徒刑罰令。並且應可推測，台灣總督府一直保留匪徒刑罰令的理由亦是為保持特例制定權，因在台灣若開始內地刑法之施行，律令權已無意義，對於中央政府的台灣總督府的必要性亦要幾乎消滅，因為法制上總督之最大的特徵是律令權。

<sup>12</sup> 劉彥君，《強盜或抗日？—以日治法院判決中的『匪徒』為核心—》，（台北：國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2006 年），頁 32

<sup>13</sup> 「臨時法院條例改正ニ關スル緊急律令ノ件ニ付總理大臣へ御文通案」，〈臨時法院條例中改正（緊急）（律令第二十三號）〉，《台灣總督府公文類纂》，明治 32 年第 16 卷第 16 門第 13 號（冊號：00363）

院（斗六·嘉義·阿公店）的受理件數比起明治 29 年彰化臨時法院少上許多，僅有 134 件 148 人，當中被起訴者 37 件 51 人，死刑宣告 24 件 35 人，似乎為程序的省略，不一定有特地制定新的刑事實體·程序法之必要。另一方面，通常法院的刑事事件受理件數在明治 31 年已達一審 3,322 件，二審 405 件，尚持續擴大到明治 36 年的 7,258 件，<sup>14</sup>通常法院的處理能力似乎並無不足之處。

## 二、 實際的運作（判決分析）

在如下的各章節，本文使用《日治法院檔案》系統上能參閱的台灣總督府法院判決文件，試圖把我匪徒刑罰令的實際的運作。分析作業的重點分為：（一）判決法理論之分析。法院在適用構成要件曖昧模糊的該令時，對於何等行為如何，或者以何等解釋彌補規定愛美的部份。經過其分析能推測，即能夠觀察在台灣實際運用頗有非法治性之該令時，法院的角色如何。（二）對於被告等統計分析。因為以前的研究不能利用台灣總督府法院的檔案，所以無法十分把握匪徒罪被告們之情報。經過其分析能開始把握匪徒罪被告的人物背景或生活狀況如何。

此次調查，本文在《日治法院檔案》上，以「匪徒」之單詞進行檢索，試圖儘可能發現依判決書的表記加總等項目（被告，判決，認定事實等），對象被告數目前高達 2,664 人。<sup>15</sup>系統上僅看到台北·台中地方法院的判決書，可惜系統內的資料尚未包含台南地方法院的檔案，且上級法院（高等·覆審法院）的判決文書僅能偶爾在地方法院判決書之中看到。仍是初步調查，尚待詳細分析。

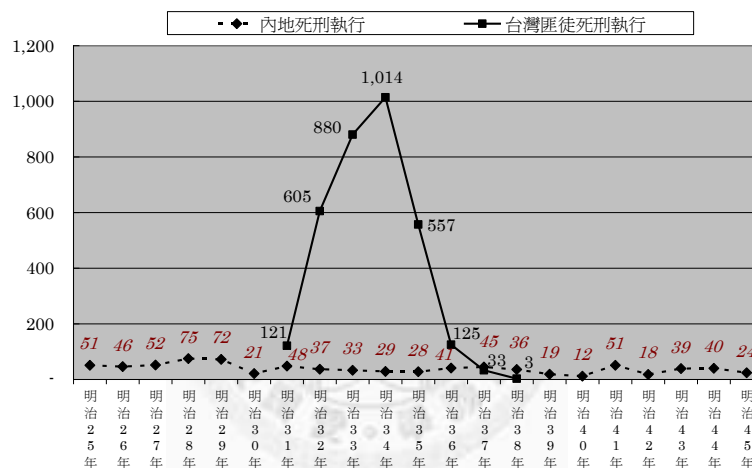
---

<sup>14</sup> 台灣總督府總務局法務課，《台灣法務十年統計》，明治 39 年（1906），頁 5

<sup>15</sup> 《日治法院檔案》系統上的刑事判決檔案之內，在項目「案件內容」之中包含「匪徒」之單詞（例：「匪徒」、「匪徒刑罰令違犯」、「匪徒及阿片令違犯」、「匪徒竊盜」等）之判決書，找到 1,796 件（被告數 2,664 人），為在這次調查的對象（下載日期：2010 年 10 月 1 日）。判決記錄號之一覽在本文卷末〈參考文獻〉中「六、《日治法院檔案》系統上之匪徒罪判決」。相關檔案來源分為（一）台北地方法院刑事判決原本；（二）司法官訓練所 刑事判決原本。前者的大部分為台北地方法院的判決書，後者的大部分為台中地方法院的判決書。

首先依統計要看的是，由匪徒刑罰令的死刑判決，執行全體狀況。關於執行，以處刑件數最多的明治 34 年（1901）為例，該年一年之中執行 1,000 人以上有關匪徒犯的死刑，若與當時內地的死刑做比較，台灣匪徒的處刑人數非常多，比人口比例與內地比較，兩者的差高達 470 倍（圖 四—1）。<sup>16</sup>當時台灣屬於憲法施行地域，而匪徒刑罰令亦是形式上合法的法令，總督府法院同時亦是憲法上的裁判所，故不能否定此乃是日本憲政史的一部分。根據帝國憲法中日本司法所宣告的死刑當中，處分規模最大，的確是台灣匪徒的死刑。

圖 四—1：內地（全犯罪）·台灣（匪徒罪）死刑執行



資料來源：法務綜合研究所，〈犯罪白書〉（東京：法務省，1962），昭和 37 年版，第三編付録統計表付録—7 表「年度別死刑執行人員（明治 15—昭和 36 年）」；〈匪徒刑罰令の成行〉，〈台灣日日新報〉，1905 年 10 月 7 日，第 2 版。為執行人數非判決件數。

<sup>16</sup> 內地人口 4,235 萬 9 千人，国立社会保障・人口問題研究所人口統計資料集（2010）<http://www.ipss.go.jp/>；台灣人口 292 萬 5072 人，參照「第 17 現住戶口累年比較」上的現住人口。台灣總督官房調查課編，《台灣總督府統計書》第 5 回明治 34 年（1901），頁 77—78

表 四—4：匪徒的司法處分（明治 28—39 年）

	M28	M29	M30	M31	M32	M33	M34	M35	M36	M37	M38	M39	合計			
受理人員	89	298	526	935	1,438	1,336	1,325	686	133	25	17	6	6,814	107%		
既濟	死刑	35	71	54	247	863	582	910	510	82	13	6	-	3,373	53%	
	無期	3	29	99	162	142	259	87	38	13	1	1	1	835	13%	
	有期	4	35	141	272	57	199	97	26	15	4	1	1	852	13%	
	有期流刑	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	0%
	重懲役	13	31	19	46	38	85	74	27	5	1	-	-	339	5%	
	輕懲役	-	2	5	10	5	12	10	5	2	-	-	-	51	1%	
	重禁錮	-	1	-	2	4	3	-	-	1	-	-	-	11	0%	
	輕禁錮	-	6	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	6	0%	
	懲治場留置	-	-	-	-	-	-	23	-	-	-	-	-	23	0%	
	無罪	31	63	42	79	128	151	92	63	11	6	9	3	678	11%	
	公訴不受理	-	-	-	-	2	1	1	-	-	-	-	-	4	0%	
	免訴	-	-	19	-	1	-	-	-	-	-	-	-	20	0%	
	消滅	1	27	12	26	25	19	21	16	-	-	-	-	147	2%	
	合計	87	266	391	844	1,265	1,311	1,315	685	129	25	17	5	6,340	100%	
未濟	2	32	135	91	168	25	10	1	4	-	-	1	469			
	M28	M29	M30	M31	M32	M33	M34	M35	M36	M37	M38	M39	合計			
受理件數	39	180	211	454	914	990	1,087	614	120	24	9	6	4,648	73%		
合計	37	154	169	424	835	974	1,080	613	116	24	9	5	4,440	70%		
未濟	2	26	42	30	79	16	7	1	4	-	-	1	208	3%		

資料來源：台灣總督府法務部編，《台灣匪亂小史》（台北：台南新報支局印刷部，1920），28—30。通算、人員、適用法令不明。不包括明治 31 年（1901）所設置的臨時法院。關於匪徒的死刑，參照二、，表 三一—1，圖 四—1

### （一） 條文構造

第 1 條將當作匪徒的構成要件分類為三個要素，「匪徒」可謂是此等條文所創設的可罰性之身分或地位。<sup>17</sup>該條第 1、2 號不僅將首魁・教唆者，甚至將參與謀議者・指揮者同樣地規定為死刑，亦即加重內亂罪（刑法第 121 條第 1、2 號）（表四—5）。

<sup>17</sup> 實例上的判決之一，因為被告的具體犯行（強盜）的證據不充分，加上有關「依據匪徒刑罰令第一、二、三號之區別可分類的事實」的證據並不存在，於是宣告無罪（台中地方法院明治 33 年檢第 196 號〔33 年公第 89 號〕，明治 33 年 5 月 7 日判決，增山泰次郎判官）。《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 33 年對審判決原本第 8 冊，頁 190

表 四—5：匪徒罪，刑法內亂罪的科刑

匪徒刑罰令第 1 條			刑法第 121 條（內亂罪）		
第 1、2 號	首魁 教唆者 謀議參與者 指揮者	死刑	第 1 號	首魁 教唆者	死刑
	第 3 號		附和隨從者 服雜役者	有期徒刑 重懲役	第 2 號
第 3 號		附和隨從者 服雜役者	有期徒刑 重懲役		第 3 號
				第 4 號	附和隨從者 服雜役者

筆者作成。參照表 四—1

雖然內亂罪要求、(一) 為「顛覆政府或僭竊邦土或紊亂朝憲」之目的，(二) 「發起內亂」(第 121 條)，換言之中亂行為的既遂<sup>18</sup>是其必要條件，關於匪徒的要件，第 1 條僅有(一)目的(二)結合的兩個要素定義之，而且關於(一)，該條規定(1)「不論任何的目的」、(2)「為以暴行或脅迫達成其目的」，但(2)僅是(1)的手段，而目的本身並無任何的限制。在被告以匪徒罪起訴的判決中，首先要認定被告是否為匪徒，似乎法官於此是以結合人數及被告的主觀作為基準而形成其心證。但實際上，大部分的判決僅宣告被告是匪徒，因此從判決本身較難發現心證以外的情報。

## (二) 匪徒刑罰令和刑法的關係

如上述，匪徒刑罰令第 1 條似乎不僅參照刑法內亂罪的規定，從其制定的過程觀之，應可說，其本來的制定目的是事實上恢復由台灣大赦而已消滅的內亂罪。但後藤新平民政長官在帝國議會中指出，「所謂的匪徒刑罰令在刑法之中並未存在」，「刑法所無之規定」，「這並不抵觸」<sup>19</sup>等，或者，「因為這個所謂的匪徒刑罰

<sup>18</sup> 關於既遂的程度學說的立場不同，但除主觀要素以外還須要具體暴力行為，學說上並無異論。手島兵次郎、小疇傳，《刑法各論完》，(東京：東京專門學校出版部，明治 34 年(1901))，頁 25—27

<sup>19</sup> 《第 13 回帝國議會貴族院、明治二十九年法律第六十三號中改正法律案特別委員會議

令是與兇徒聚眾罪同樣，因此我亦聽過以前有提出匪徒刑罰令以替代刑法如此的議論。因此有如此的議論，在那邊〔註：台灣〕亦的確有認為這些是同樣的內容〔註：法令〕，如此的看法，但之後成為與這次的兇徒聚眾罪皆不同的罪，以此個看法加以處罰之…」<sup>20</sup>等，再三強調匪徒刑罰令與刑法互相毫無關係。換言之，後藤特別強調匪徒罪並非此等犯罪的特別法，透過這個立場試圖規避在帝國議會的法律律令之間的優劣之爭論，或與台灣大赦衝突之批判。

另一方面，森田茂吉內務省台灣課長，對於法律與律令的關係，「詳細調查之後觀察，總之律令亦是法律，並且是刑法亦是法律。因為對於台灣為應對台灣的特別的事情以法律制定特別刑罰乃是沒問題〔中略〕，因此從法律上觀之，依當地事情，以同樣的法律效果加以制定的話，這即是一個特別法因此不會有問題，如此的是政府的看法」，<sup>21</sup>如此姑且視為表明將律令看作法律的特別法之立場，但關於匪徒罪與兇徒聚眾罪的關係，「此個所謂的兇徒聚眾與匪徒刑罰令，其性質上的關係，果然是不相同，如此的問題極需研究」，如此保留曖昧模糊性。實際上，如下述匪徒罪的事實，該機能大部分是當作在台灣對於集團強盜的加重規定，且其作為內亂罪・強盜罪等的特別法的定位，應該是普遍一致的看法。

---

事速記錄》，第1號，頁7，明治31年（1898）12月12日；台灣總督府，《台灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律・其ノ沿革並現行律令》，（〔台北〕：台灣總督府，大正10年（1921）），頁46，JACAR: A06032527600；台灣總督府編，《台灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律（六三法，三一法及び法三号）の議事録 外地法制誌第三部附屬》，（東京：外務省條約局法規課，1966年）（重印本）。

<sup>20</sup> 《第13回帝國議會貴族院、明治二十九年法律第六十三號中改正法律案特別委員會議事速記錄》，第2號，頁4，明治31年12月13日；台灣總督府，《台灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律・其ノ沿革並現行律令》，頁50

<sup>21</sup> 《第13回帝國議會貴族院、明治二十九年法律第六十三號中改正法律案特別委員會議事速記錄》，第2號，頁3，明治31年12月13日；台灣總督府，《台灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律・其ノ沿革並現行律令》，頁49

### (三) 第 1 條本文 (匪徒之要件)

#### 1. 結合

##### (1) 結合之人數

匪徒罪是當作刑事實體法的律令所創設的犯罪類型，但適用該令之高峰時期是在台法月報創刊以前，如此關於該令或匪徒罪的研究或論文是幾乎皆無，該法的性質亦幾乎未解明。該令的特徵是，(一)創設出新的身分或者地位叫做「匪徒」，要處罰屬於它的事實本身，(二)加上若匪徒為某些所為，要加重其刑罰。但匪徒並非伴隨某些義務的社會地位(例如對於受賄罪的公務員等)，而是屬於匪徒此事實本身即是違法的人類的結合狀態，因此將它看做所謂的身分犯的其中一種並不適當。匪徒罪從何時構成既遂並不清楚(未遂同罰規定〔第 3 條〕並非有關屬於匪徒的事實〔第 1 條〕之規定，而是對於其加重要件的具體犯行類型的例舉〔第 2 條〕應該適用之規定)，因此尚可能解釋此乃是繼續犯(監禁罪、不退去罪、兇器準備集合罪等)之一種，一旦該當匪徒以後能否，或者從何時脫離其身分是不太明確。總之，關於何種結合會相當於匪徒，尚留下來曖昧模糊的部份(覆審法院決定採用將匪徒罪視為繼續犯的解釋)。

匪徒罪應該被看作與內亂罪同樣的必要共犯的聚合犯，<sup>22</sup>然而結合是匪徒罪的必要條件的核心。但何種規模或內容的結合是可罰性，匪徒刑罰令並無詳細的規定。此個問題可能左右被告的死活，因此判決亦進行各種考察。

例如明治 32 年 6 月，芝蘭三堡的「舊清國兵營附近」，與清國人 1 人一起在路上打劫，強奪壹圓銀貨 21 塊西洋傘 1 枝，由匪徒罪起訴的被告甲，判決首先檢討匪徒結合的定義，「匪徒刑罰令所謂的匪徒是，明明指多數人結合的一種團體，畢竟因為能確認同令第一條規定『多眾結合』，而該團體有首謀議者指揮者，又有

---

<sup>22</sup> 參照泉二新熊，《日本刑法論 下編》，訂正第 32 版，(東京：有斐閣，大正 11 年(1921))，頁 874



對之附和隨從者及服雜役者，要之，為構成匪徒罪，至少須要數人的結合之存在不可置疑」。然而因為甲（一）「不能認定過去是匪徒的事實」，（二）「僅是僅僅兩人因為一時的發意同意做強盜」，雖然「列席檢察官的意見認為本案件應該適用匪徒刑罰令第一條」，不能認定將被告看作「匪徒即多眾結合體的一員」，排除匪徒罪而適用強盜罪（刑法第 378 條，第 379 條第 1, 2 項），處有期徒刑 13 年（台北地方法院明治 32 年第 967 號，明治 32 年 10 月 9 日判決，寺島小五郎判官）。<sup>23</sup>判決大意是，匪徒的實際上的判定基準即是（一）有無以前有匪徒的經理，或（二）由 3 人以上做犯行。此個立場由其他的判決被繼承。

在匪徒判決之中看到相當詳細地認定匪徒結合的狀況的判決。例如明治 32 年陰曆正月，被告甲乙與丙丁一共 4 人，因為為「透過暴行脅迫掠奪他人之財物的多眾結合」在甲宅「藉口聖王會之名稱，假裝是其會的組織，甲當會長乙當副會長，一起佔首謀的地位，設立規約，規定部署在□旗香火大簿之三種，與其他幾百人結合，舉行酒宴，策劃伺機實行其目的」，判決適用於甲乙第 1 條第 2 號而對各自宣告死刑（台中地方法院明治 33 年第 907 號，明治 33 年 10 月 12 日判決，川上和一判官）。<sup>24</sup>

其他的判決認定，在明治 34 年 3 月、被告在大料埃河灘與數人集合、謀議他們要強奪大料埃郵便局每個月所遞送的現金之後，平等分配之，「並且為堅定其約定大家當場互相交血杯而訣別而伺機」之後，同年 5 月施行，殺害日本人 1 人，搶奪 1,230 円多，適用第 1 條第 2 號而宣告死刑（台北地方法院明治 34 年第 1006 號，明治 34 年 6 月 7 日判決，柳原右助判官）。<sup>25</sup>但如此的相當詳細的事實認定是稀少，大多數的判決僅會宣告，基於其結合，被告是匪徒。

<sup>23</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 32 年第 8 冊 11-12 月，頁 27

<sup>24</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 33 年對審判決原本第 12 冊，頁 154。第二審因襲同樣的事實認定駁回被告的控訴。明治 33 年控刑第 329 號、明治 33 年 11 月 27 日判決，大津鈺次郎・櫻庭棠陰・矢野猪之八各判官）同 158 頁。

<sup>25</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 34 年第 2 冊，頁 61

根據當時的報紙報導，法院似乎採用將 3 人以上之集團強盜看作匪徒罪的解釋。<sup>26</sup>實際上，匪徒刑罰令施行之後的有關「強盜」事件的判決狀況表示，該令施行之後，以犯行人數 4 人以上，或以「數名」為分界，開始適用匪徒刑罰令的傾向大致確立。

## (2) 意圖（暴行強迫）

第 1 條規定，「多眾的結合為匪徒罪」。原則上「結合」並不應該處罰，因此為使「匪徒之罪」成立，須要以「暴行或脅迫」為其手段之意圖。內地刑法的內亂罪屬於一個目的犯，故若是欠缺目的（轉覆政府・僭竊邦土・紊亂朝憲）的集團暴行，即歸類為兇徒聚眾罪（相當於現行日本刑法的騷亂罪），基於「不論任何的目的」的此個規定，故可適用於所有的暴力性的集團行動。如此的無限制性一方面意味著其制定目的為司法權的控制，因為明治 29 年的雲林事件之際彰化臨時法院對於總督府所捕獲的「土匪」適用內地刑法，但基於證據不足，因此對於大多數人被宣告無罪，因此總督府方面認為他們須要拘束法院。

在當時的台灣社會，匪徒與其說是抽象性的構成要件，不如說是事實上存在的集團。而匪徒刑罰令的立法目的亦明顯地是為對付如此的集團，但該令第 1 條並無直接定義匪徒集團的意涵，僅規定符合「匪徒之罪」的行為，故法令上是將符合該當行為者直接視為匪徒。另一方面，基於該令以結合為必要條件，但不像許多其他治安立法，不須要特定團體，故亦可以適用於一時性的集團所犯的集團強盜。

匪徒結合的成立不須要具體犯罪，因此表面上它與不可處罰的集團難以區

---

<sup>26</sup> 「關於強盜及所謂的土匪之區別，當詢問法官的見解時，據說他們採用，若至少有三人結夥，在台灣不應該視為強盜，而要當做匪徒加以處理，如此的立場」。〈土匪と強盜（御用紙の記事）〉，《台灣民報》明治 33 年 12 月 12 日所引用之《台陽日報》（日期不明）的報導。

別，故理論上僅能由故意之有無判斷其可罰性之有無。但這方面的證據提出非常困難，大部分的判決事先認定具體事實，推測被告的目的或意圖後，始認定匪徒罪的成立。換言之，例如某些強盜行爲是否匪徒行爲的判斷，即匪徒的意圖與結合的存在，一定依靠法官個人的心證。在此當然不能避免恣意性判斷介入的可能性。其後判官一認定被告是「匪徒」，就判處包括死刑的重罰。

一般而言，認定匪徒之判決文章有一定樣式，大概言及（一）目的（暴行脅迫財物掠奪）（二）結合（三）參與謀議（四）附和隨從（五）武裝（銃刀棍棒等）。主文（量刑）後面的事實認定部份，雖然並無任何的論證，在其稽首用被告「以暴行脅迫」、「為掠奪財物」、「以多衆結合」、「屬於匪首某之部下」等的表現斷定或宣告其為「匪徒」，這似乎是落實匪徒罪判決的固定樣式。可以說，為何可認定某被告或其所屬於的集團是匪徒，判決除特別的例外通常不會言及。因此判官們似乎在確定被告相當於第 1 條的匪徒過程當中，依靠自己的心證或第 2 條所例舉的強盜或抗敵等之認定事實。實際上，多數判決似乎是事先預設被告為匪徒之後，再認定其具體犯罪事實（大部分適用第 2 條各號），其後回過頭加以推測被告是匪徒。換言之，某某集團之強盜，基於其集團強盜之行爲而被認定為「匪徒」，從一般強盜的類型中分離出來。此個邏輯推翻的事實上最大的效果即是，臨時，偶然，暫時，或者基於某些人際關係集合的集團，若有某些犯罪行爲，容易地被視為匪徒。

既然集合或團體本身不可處罰，為認定某些「匪徒」的「結合」是可罰性，判決認定須要以集團暴行爲手段的故意之存在。在此須要解決的問題是，因為「二人以上共同所犯」（刑法第 379 條第 1 項）的強盜罪，亦須要具備「脅迫或加暴行」（刑法第 378 條）之故意，雙方的差異僅在強盜罪的目的限於「強取財物」（同條）之行爲，然而匪徒刑罰令的目的是「不論任何的目的」（第 1 條），即無限制之一點。既然匪徒罪與強盜罪可能同時適用，行爲的外形是一樣，為區別匪徒罪與強盜罪，其差異之所在，即是故意之性格的差異。換言之，基於判決對於故意的內

涵之認定，在匪徒罪與強盜罪之間，乃至於被告死活之間加以選擇。

但在實際的判決中，若不能證明具體犯罪謀議之事實，判決須要先入為主地認定被告是匪徒，其後從其集團行為推定上述的故意。同時，雖然當局避免由內亂罪之起訴，然而此舉在台灣事實上不是問題，內亂罪與匪徒罪之差異亦是須要檢討的理論問題。部份學說認為，內亂罪的犯罪者不必須要多數，<sup>27</sup>通說的看法認為該罪是相當多數的必要共犯的多眾犯，小規模時亦至少須要數十人以上。<sup>28</sup>相對於此，匪徒罪條文上並無人數的規定。

在實際的匪徒判決中，被告甲對於被告乙有關被害者的情報而教唆強盜（明治 34 年 6 月在艋舺下崁庄，苦力佐野直次郎從台北書院街賀田組離開，在搬運坑夫工資的途中，犯人丙丁戊用台灣刀砍上去，強奪 1,825 圓），乙亦教唆實行犯丙丁戊，甲乙並未參加實行行為，甲與實行犯並未直接見面。對於此個案檢察官主張對於甲乙兩人應該適用匪徒刑罰令，但判官指出，「因為並無結合之證據，故不能認定〔註：被告是匪徒〕」，基於強盜教唆（刑法第 105, 380 條）宣告無期徒刑（台北地方法院明治 34 年第 1376 號，明治 34 年 8 月 19 日判決，高田銀一郎判官）。<sup>29</sup>在此個案例，3 人以上的集合是明顯，若判官認為被告等的結合是匪徒的結合，其可能認定甲乙是匪首或謀議參與者，丙丁戊是一般匪徒。判官的判斷可能左右被告的命運。

匪徒刑罰令第 1 條規定匪徒罪的性格，第 2 條規定其加重要件此個解釋成為通說性的理解（第二節參照），關於結合的判決的判斷亦受到某些影響。覆審法院判例集所登載的不多匪徒判決中之一件判決認為，「因為匪徒罪無非將為達成其目的之結合看作犯罪而要處罰之〔註：的犯罪〕，在當做匪徒的罪行繼續之間，雖然有多次掠奪行為，這畢竟是在進行從開始所企圖之目的之行為，因此法律上必須

<sup>27</sup> 江木衷，《刑法各論》，（東京：東京法学院，明治 33 年（1900）），頁 229

<sup>28</sup> 手島兵次郎，小疇傳，《刑法各論完》，（東京：東京專門學校出版部，明治 34 年（1901）），頁 26

<sup>29</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 34 年第 2 冊，第 352 頁

解釋此乃是一個繼續所為」(覆審法院明治 33 年 315 號，明治 33 年 11 月 11 日判決)。<sup>30</sup>

另一外的判決似乎沿襲此個立場。明治 32 年 4 月 17 日、5 月 14 日、9 月 1 日的三次，被告甲與隨於其他的匪徒，襲擊在苗栗一堡・苗栗二堡的家宅。判決所認定的每一個隨從的對象僅寫「多數結合之匪徒數十名」、「匪首乙丙外數十名」、「其他的數十名」，然而關於此等匪徒集團是不是同一，有並未保持其結合，判決並並未說明，雖然那樣判決「要認定右所為即是結合之繼續」，適用第 1 條第 3 號(台北地方法院新竹出張所明治 35 年第 298 號，明治 35 年 6 月 4 日判決，川上和一判官)。<sup>31</sup>

明治 35 年以後的一串連的判決的立場是，基於意思或結合的「繼續」認定「一個」匪徒罪。譬如如下的強盜與官署襲擊混在一起的行為亦是匪徒罪。被告(一)明治 29 年舊曆 5 月，在線西堡與匪徒乙與數名襲擊家宅，強奪台灣錢 30 圓，鎌 100 本等、(二)明治 31 年 9 月在苗栗三堡，與匪徒乙與 70—80 名的「伙伴」襲擊大甲辨務署，強奪 9,400 餘圓及阿片烟膏 432 罐等、(三)明治 34 年 2 月，襲擊台中市街，放火民家，讓巡查人民等負傷。判決認定，「本案件之所為全部皆可認為是意思之繼續，因此應該將此等一共看作一罪」(台中地方法院明治 35 年第 234 號，明治 35 年 4 月 10 日判決，原誠一判官)。<sup>32</sup>此個原誠一判官在許多其他的判決(台中地方法院明治 35 年第 133, 179, 234, 337, 424, 581 號)，由「意思之繼續」看作一罪。

---

<sup>30</sup> 《覆審法院判例全集》大正 3 年版，頁 280

<sup>31</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，新竹出張所刑事判決原本明治 35 年第 2 冊 5-8 月，頁 165 頁

<sup>32</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 35 年判決原本第 4 冊，頁 30

## 2. 匪首和指揮者（第 1 條第 1, 2 號）

適用第 1 條第 1 號者並不多，在這次調查之中僅有 89 人（地址：台北縣 32 人，台中縣 41 人）。這當中的 76 人並無適用第 2 條，因為身為匪首本身即是可處罰，不須要進一步確認有其他的具體行為（即該當第 2 條的加重要件）。判決的大部分用「依暴行或脅迫之手段掠奪財物為目的多眾結合的匪首」如此的表現，片面地斷言被告是匪首，並未說明，適用第 1 條第 1 項。其量刑是 7 人無期徒刑，其他皆是死刑。許多集團強盜的主犯被看做匪首，這裡亦有強盜犯及國事犯的曖昧模糊化存在。在這次的調查範圍之中，適用第 1 條第 1 項者的全部行為中、官署襲擊・官吏抗敵等的抗日活動僅佔 16%，其他大部分是一般犯罪。例如在宜蘭廳二結堡，被告「糾合數名之後自己當其首魁而結合」之後，共同謀議要在明治 31 年 11 月中襲擊家宅，但下手之前被起訴，判決適用第 1 條第 1 項而宣告死刑（台北地方法院明治 32 年第 571 號，明治 32 年 6 月 5 日判決，岡澤主一郎判官）。

<sup>33</sup>此個事案是許多一般犯罪的「匪首」之一例。

在這次調查範圍的第 1 條第 1 項適用者之中，著名的匪首的大約是簡大獅（台北地方法院明治 33 年第 350 號，明治 33 年 3 月 22 日判決，土屋達太郎判官），<sup>34</sup> 盧阿野（台北地方法院明治 32 年第 1438 號，明治 32 年 11 月 15 日判決，藤井乾助判官）<sup>35</sup>等等，多半是無名者。

第 1 條第 1 號的「教唆」的立法趣旨應該是，包括即使不在匪首的地位卻仍有相當於匪首之影響力者在其處罰對象之中。第 1 條第 1 號的「教唆」的例子不多，例如被告甲為報復以前殺害其兒子的乙聘請匪徒丙，其後透過其他人集結匪首丁的部下，讓此等人明治 33 年 1 月襲擊在東螺東堡的乙家，強奪水牛約 18 頭。判決指出「教唆」、「勸誘」，適用第 1 條第 1 項而告死刑（台中地方法院明治 34

<sup>33</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 32 年第 4 冊 7 月，頁 42

<sup>34</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 33 年第 2 冊 3 月，頁 275

<sup>35</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 32 年第 8 冊 11-12 月，頁 353

年第 1696 號，明治 34 年 10 月 31 日判決，伊東愛敬判官)。<sup>36</sup>

尚有一個判決認為，透過第 1 條第 1 項的適用，若共犯者中之 1 人被認定匪首，其他被告亦成為匪徒罪的附和隨行者。譬如關於明治 33 年 3 月，在石碇堡以十數名襲擊家宅，強奪銀貨紙幣 410 円及豬肉 20 餘片之事案，第一審認定被告的全部皆是強盜的共謀者，適用刑法第 378 條，第 379 條第 1, 2 項宣告有期徒刑 15 年（台北地方法院明治 33 年第 373 號，明治 33 年 10 月 31 日判決，前川房二郎判官）<sup>37</sup>對於全被告檢察官控訴，覆審法院認定刑法的適用乃是失當，取消原判決，對主犯級的被告甲適用第 1 條第 1 項，對其他 5 被告同條第 2 項，處死全員（覆審法院明治 33 年控刑第 364, 365 號，明治 34 年 1 月 17 日判決，櫻庭棠陰裁判長・原誠一・矢野猪之八各判官）。<sup>38</sup>第一，二審的事實認定是同樣，但關於共謀關係，第一審的認定即「被告甲外五名共謀…」是，與第二審關於主犯級的被告甲的認定即「被告甲本來是以掠奪財物之目的結合多眾之匪首乙的部下，然而明治三十三年三月六日夜半自己當做主謀者，到台北縣石碇堡松樹灣庄十三番戶的被告丙家，讓其黨類的丙與其他的被告等…」不同，後者認定匪徒的謀議。但第二審判決並未認定甲為犯行當時仍是匪徒、因此「丙及其他被告」為何該當於可能組織匪徒集團的人間關係的「其黨類」。判決畢竟無根據地認定主犯級的甲在犯行的當時尚是匪徒、判決極可能根據上述認定決定共犯者的全部亦是匪徒罪的謀議參與者。假使甲能做證其在犯罪的當時已不是匪徒，其可能可以免於死刑。正如此個判決，「匪首」或「匪徒」的要件有較大的抽象性與觀念性，可以說其概念操作可能影響事實認定與量刑。

<sup>36</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 10 冊，頁 319

<sup>37</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 34 年第 1 冊，頁 54

<sup>38</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 34 年第 1 冊，頁 50

### 3. 共謀（第 1 條第 2 號）

相對於第 1 條第 2 號號的「指揮」者是刑法內亂罪。內亂罪要「進行群眾之指揮其他近樞要之職務者」處無期・有期流刑（刑法第 121 條第 2 號）。首魁・教唆者以外的「參與謀議或當過指揮者者」（第 1 條第 2 號），刑法內亂罪並無相等規定。該號的「參與謀議」不同於第 1 條本文的匪徒「結合」，可謂意味著對於匪徒集團指導部意思決定的參加。典型例是，關於明治 34 年 2 月 1 日夜半的台中市街襲擊事件，「與匪首首領賴阿來及詹阿瑞一起率領匪徒約二百名」之被告甲的判決適用第 1 條第 2 號，宣告死刑（台中地方法院明治 43 年 1452 號，明治 44 年 2 月 25 日判決，和氣甚八郎判官）。<sup>39</sup>雖然一般而言匪徒罪判決之中比較多的是參加人數較少的集團強盜，但該號之適用範圍極廣，從類似首魁的地位到被害額輕微的強盜皆是。若觀察這次的調查範圍，適用第 1 條第 2 號的人數超過兩成。

與內亂罪相比，匪徒刑罰令規定參與謀議・指揮者皆處死，其嚴格性相當高。判決之中亦有被告有並無在謀議階段的參與，影響到是否死刑之判斷的案例。例如在明治 32 年 8 月以十數名襲擊溪州堡的家宅，強奪水牛 4 頭赤牛 3 頭之事案，當天的被告甲乙的行動是大概一樣，但參與謀議之階段的甲由第 1 條第 2 號處死，襲擊之前始參加的乙由同條第 3 號處無期徒刑（台中地方法院明治 32 年 837 號，明治 32 年 9 月 18 日判決，田村武七判官）。<sup>40</sup>

並無具體行為而僅有參與謀議的被告亦可能處死。例如明治 31 年 9 月，在基隆堡的製茶場與住所氏名不詳的數人一同會合，關於襲擊同堡某家宅的方法的被告，由第 1 條第 2 號與第 7 條被宣告死刑（台北地方法院明治 32 年第 511 號，明治 32 年 4 月 19 日判決，岡澤主一郎判官）。<sup>41</sup>

謀議與附和隨從（第 1 條第 3 號）的刑罰分別是死刑，及有期徒刑・重懲役，

<sup>39</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 44 年判決原本第 7 冊，頁 105

<sup>40</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 32 年判決原本第 4 冊，頁 180

<sup>41</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 32 年第 2 冊 3-4 月，頁 469



但判決究竟會認定匪徒集團內部關係為謀議，或者會認定為僅僅是附和隨從，其認定根據往往相當曖昧模糊，因此死刑與有期徒刑的分別亦常常是曖昧的。例如被當做匪徒的被告在明治 32 年 6 月，與他人謀議以暴行脅迫襲擊在芝蘭一堡的民家之策劃，第一審由第 1 條第 2 號宣告死刑（台北地方法院明治 32 年第 916 號，明治 32 年 7 月 7 日判決，岡澤主一郎判官），<sup>42</sup>但第二審認定第一審的事實認定是錯誤，而指出被告是對於襲擊附和隨從，適用第 1 條第 3 號和第 2 條 7 號重新宣告死刑（明治 32 年控刑第 270 號，明治 33 年 2 月 6 日判決，宇野美苗裁判長・櫻庭棠陰・原誠一各判官）。<sup>43</sup>

若是附和隨從者，雖然其刑罰不在此個事例之中，但從被告的立場觀之，結果並無不同，且被適用第 1 條第 3 號之被告，大多同時被適用第 2 條各號，因此許多人終究被宣告死刑。換言之，雖判官打算對與匪徒集團之中的非重要人物，僅是隨聲附和的被告，宣告比較輕的刑罰，但若有該當第 2 條各號之行爲，且無其他的減刑事由（刑法的情狀酌量、未成年等），不得不處死他。

#### （四） 第 2 條（個別行為）

##### 1. 加重匪徒罪刑罰之行爲

第 2 條的形式是列舉對於符合第 1 條第 3 號者的可罰行爲，其樣式類似占領地軍律（軍令）。<sup>44</sup>軍律列舉對於占領軍的安全必要之禁止事項，因此將一般犯罪與敵對行爲放在同列。但匪徒刑罰令亦列舉相當於國事犯的第 2 條第 1 號，以及相當於一般犯罪的第 2 條第 6、7 號，讓其並存，形式上並無區別，在此可看出與軍律同樣的特徵。但規定匪徒要件的第 1 條第 3 號（附和隨從・服雜役）與規定加重要件即個別犯罪的第 2 條的關係，在初期的匪徒罪判例並不明確，亦有僅適

<sup>42</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 33 年第 1 冊 1-2 月，頁 303

<sup>43</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決謄本明治 33 年（給覆審法院），頁 64

<sup>44</sup> 小金丸貴志，〈日本統治初期の台湾における刑法適用問題〉，頁 2-3

用第 2 條而認定匪徒罪的成立之判決，亦有被告行為有複數之情形時，適用第 100 條（數罪俱發）而選擇較重刑罰之判例。在初期匪徒判例第 1 條第 3 號（附和隨從・服雜役）及第 2 條的關係並不明確，亦有僅適用第 2 條而認定匪徒罪成立的判決。若有應適用第 1 條的行為及應適用第 2 條，判決可能再適用第 100 條（數罪俱發）加以選擇重一點的刑罰。如此的判決根據第 1 條第 3 號及第 2 條是獨立平等的犯罪類型如此的解釋。

對此明治 33 年覆審法院決定，讓匪徒罪的概念或由律令的刑罰制定更為確立。根據當時的報導，<sup>45</sup>當時第 1 條第 3 號（附和隨從・服雜役）的匪徒，若有第 2 條各號（抗敵・強盜等）之行為，「應不應該按照刑法第百條的數罪俱發例處分，抑或應該以之看作一罪加以處分、此個問題長久存在於判官檢察官之間，而與此個有關係的裁判亦是各式各樣」。但覆審法院決定採取「縱令犯罪的日期、現場各異，皆應該看作一罪加以處分」此個立場。即是說第 1 條第 3 號的匪徒罪「單純由『結合』此一事實成立，而從其結合時期開始繼續存在直到其解散為止」，而且「立法上的精神的明顯地要將它看作繼續犯」。保持此個立場的判決案例指出，「因為匪徒罪要通過結合成立，因此若結合未達兩個以上，雖然其行為為複數，此等行為僅是加重的情狀，不應視為數罪（俱發）」（同明治 36 年 88 號，同年 4 月 9 日判決），而排斥適用刑法第 100 條。如此對於被告而言，作為一個匪徒與從事各個行為，越來越變成不同的問題。<sup>46</sup>

如此解釋導致以下的兩個立場。（一）匪徒是「其期間即使毫無任何的所為，仍是應處罰者」。但在此應該面臨的問題即是何以看作「解散」，即以何種事由說明匪徒能脫離其是匪徒的狀況，是不明確的一點。實際上，在這次調查範圍的判決之中，並未有評論此個問題之判決。因此，若過去有相當於匪徒的行為，日後

<sup>45</sup> 〈匪徒刑罰令と覆審法院の決議〉，《台灣日日新報》，明治 33 年 11 月 1 日。〈匪徒刑罰令と覆審法院の決議〉，《台灣協會會報》，明治 33 年 11 月 30 日登載同一文章。

<sup>46</sup> 《覆審法院判例全集》大正 3 年版，頁 280

逮捕亦有持續受處罰之可能，若有第 2 條各號的所為，有處極刑之可能性；(二) 匪徒若有第 2 條各號之行爲是「當做繼續犯的匪徒本身認為其目的之所為」，「加重情狀的(事情)」。匪徒罪是與「開始打仗」同樣，「從其發起到敗滅要繼續者」。而且，「在其繼續中」發生的殺人，放火，掠奪等皆要「被包含在內亂罪的單一犯罪之中，而不會構成個別獨立的犯罪。此點並無任何疑問，匪徒刑罰令的立法趣旨亦然」。

基於此個解釋，匪徒罪已不須要證明第 2 條所列舉的具體犯罪行爲，換言之相當可能抽象地成立的。另一方面，何種行爲應該視為「解散」，根據如何理由匪徒可以脫離其匪徒的身分狀態，並不明確。實際上在這次調查範圍之中似乎並未有一個判決檢討過此個問題。因此曾經在可能是爲匪徒的狀況，即持續處於被逮捕處罰的危險當中，且若有第 2 條各號的行爲，被處死刑的可能性亦持續著。實際上，並未適用第 2 條，而僅有適用第 1 條之匪徒罪的被告亦不在少數(表四—7)。另一方面，對集團強盜事案的被告來講，若他被認定爲匪徒，應適用於他的法條要從刑法第 379 條第 1 項變爲匪徒刑罰令第 2 條第 7 號，但在匪徒認定基準即人數與目的，後者多依靠判官的心証。此個變化可能左右死刑懲役刑。然而事實上，匪徒罪被告的大部分基於該當於第 2 條各號的行爲被逮捕起訴，因此此個解釋反之使判官將做過第 2 條各號的行爲之被告視為第 1 條的匪徒的過程當中，比較容易地形成其確信。

且更大的問題是，僅要一被認定爲屬於「匪徒」此個身份就可能受處罰，在解釋上亦確立此個可罰的特別身分。然而如此的構成要件，是否合乎刑事司法的原則(罪刑法定主義)或立憲主義(法律保留)令人存疑。基於廣泛的委任立法(六三法)而衍生的廣泛構成要件(匪徒刑罰令)，擴大在立法・司法層面的裁量範圍。

### (1) 被適用者的行為

關於交付司法處分的匪徒，即由匪徒刑罰令被起訴之被告的背景，並無詳細的統計，其全貌尚待將來的解明。國事犯與強盜，無論犯罪動機或被害者皆不同，毫無疑問是不同的犯罪類型，但因為匪徒刑罰令讓國事犯與強盜混淆成同一個罪名，強盜被看作國事犯而更嚴格地受處罰，另一方面國事犯則蒙受污名化。先進研究已發現，規模上較大，對台灣社會有更大的影響的是前者。<sup>47</sup>

因此對於此次調查範圍之中能確認的匪徒判決，本文試著對匪徒罪被告之統計上的傾向進行基礎分析。將判決所認定之事實，由其行為外觀分類為以下四種：

(一) 對於固定施設の襲擊、(二) 在路上的埋伏襲擊、(三) 對於警察・軍隊的鎮壓・逮捕活動的武裝抵抗、(四) 其他。被害者則可分類為官吏與民間人(包括本島住民與內地人)。藉由這兩組要素，區分為「家宅襲擊」、「屋外強盜」、「官署襲擊」、「官吏襲擊」以及「官吏抗敵」這五個分類，其後附加「謀議參與」等具有代表性的分類。若由上述的分類觀察這次調查範圍內所有判決的認定事實，家宅襲擊大約佔全體數量的 6 成，若加上屋外強盜，全體數量的大約四分之三是，可以看作是與強盜大概相同，被害者為民間人的犯罪。至於以官署・官吏為對象，相當於國事犯的行為佔 15% 左右。被害者為內地人的行為大概佔 17%，從人口比例觀之相當高。家宅襲擊的典型行動是，與幾個共犯者一起，在自己居住地的同一堡內，破壞台灣人農民的家屋門扉等而侵入，脅迫家人、強奪財貨(多半為銀貨・衣服・水牛・赤牛等)，有時候殺傷・綁架家人。綁架大部分會在收到贖金之後釋放人質。路上強盜的事例大多數是以數人埋伏、搶奪金錢或搬運中的貨物(農產物等)，但殺傷被害人的情形極少。官吏襲擊的類型則有較多殺傷。官署襲擊大概皆有數十人以上的參加者，殺害官吏的情形亦較多。

---

<sup>47</sup> 劉彥君，《強盜或抗日？—以日治法院判決中的『匪徒』為核心—》，頁 79

表 四—6：判決所認定之匪徒被告的行為

	對民間人		對官吏	
民宅・官署	襲擊家宅	58%	襲擊官署	7%
屋外	屋外強盜	15%	襲擊官吏	3%
	屋外綁架	2%	抗敵官吏	5%

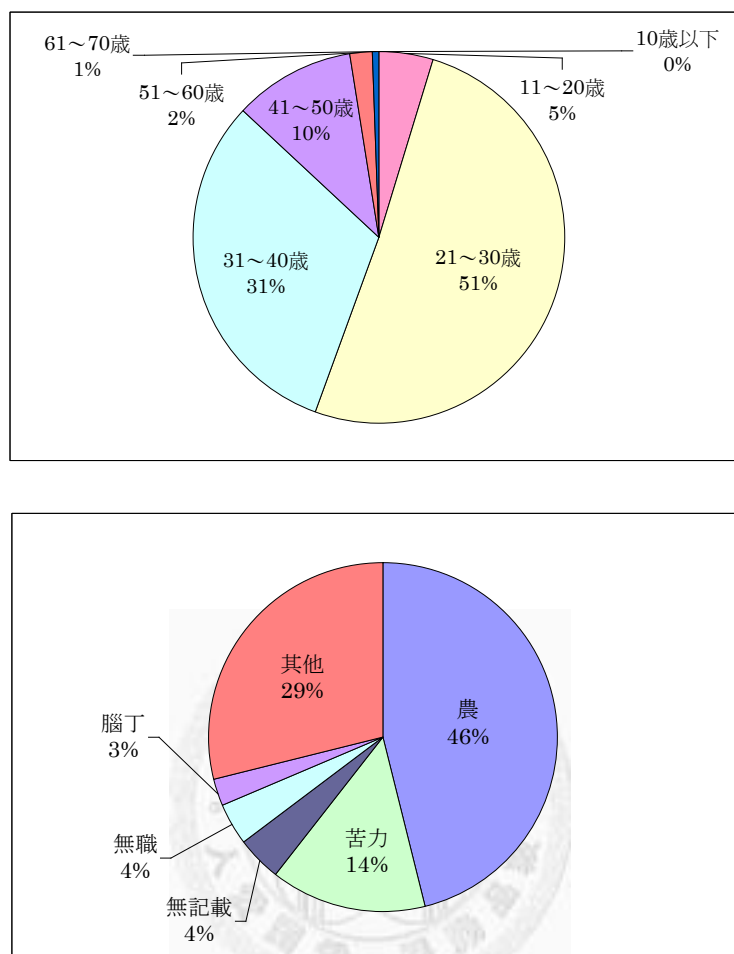
資料來源：《日治法院檔案》。參照腳註 15。匪徒被告之中，有判決所認定的行為類型者比率。

被告職業的多半是農民與苦力，大概一半是 21－30 歲，但高齡者之中有高達 60 歲以上的人。年紀最大的是 70 歲。<sup>48</sup>因為判決並未標示性別不一定能確定，能確認女性的判決僅有數例。清國人僅能確認數人而已。



<sup>48</sup> 線東堡農民。基於匪徒藏匿第一審（明治 34 年 3 月 29 日）宣重懲役 10 年，控訴被棄却（同年 5 月 16 日）。明治 39 年 9 月由特赦放免。《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 34 年判決原本第 6 冊，頁 97

圖 四—2：匪徒被告職業、年齡



資料來源：《日治法院檔案》。參照腳註 15。

## (2) 強盜或國事犯的混淆

匪徒刑罰令在第 2 條各號使得一般刑事犯罪與國事犯認定混淆，在第 1 條不限定其犯行目，而不要求事先之團體形成，因此檢察官要適用該令對於複數犯行者的犯罪時，幾乎皆可以由匪徒罪起訴，因此在判決中據此認定匪徒罪的可能性亦被擴大。因此，該令施行以後，判決上馬上看得到的是因輕微行為由匪徒罪被起訴的事例。對於上述起訴，判官有時候適用刑法宣告較輕的刑罰，有時候採納起訴事由處極刑。雖然行政權並未介入過判決本身，法治與裁量的境界在判官的判斷，換言之判官被賦予極大的裁量權，基於判官的心證，左右被告的命運。

法官拒絕裁量性起訴的案例亦不少。例如明治 32 年 7 月，在西螺堡收割他人田地的稻米、竊取稻穀 6 擔的被告等 10 人，為在被佃戶發現時可開槍逃跑，而攜帶槍械的事例，判決出示有關匪徒刑罰令適用的基準，「若暴行或脅迫並非為達成其目的之唯一手段，而若（結合）不是依之（暴行或脅迫）成就其目的的結合體，不應適用匪徒刑罰令。而且若不是以給脅迫或暴行強奪財物的話，不應以刑法第三百七十八條論擬」，該案例「不具有暴行脅迫之元素，目的僅是在田野竊取別人的稻穀」，因此相當於刑法第 372 條（在田野作物竊盜罪）。並且「攜帶兇器之事情，在田野盜（之規定）不應將它看作加重情狀之規定，因此不能討論檢討之」，而宣告重禁錮 1 年及監視 1 年（台中地方法院明治 32 年檢第 763, 782 號，明治 32 年 9 月 21 日判決，田村武七判官）。<sup>49</sup>如此的判決表示，法院至少有時候發揮抑制行政裁量之機能。

在明治 31 年 9 月以數名襲擊斗六堡的家宅強奪水牛 1 頭之事例，被告的辯稱是「曾經借過若干金錢給被害者乙，但因為無法還債，因此以其親屬做為替代目標，用以充當還債」，然而判決中基於「攜帶兇器半夜以多數參與行動」，在警察官審訊中自白強奪，故認定為強奪之事實，適用刑法第 378 條而宣判有期徒刑 12 年（台中地方法院明治 34 年第 156 號〔34 年公第 58 號〕，明治 34 年 2 月 14 日判決，川上和一判官）。<sup>50</sup>與其他判決相比，此個事例按照判官的判斷可能被認定為匪徒罪而處死，若被告真的是試圖以此方式自力解決自己的債權，則當時有被處極刑的可能性。明治 32 年 10 月，住在南投堡的被告甲，在堅信不疑地認為自己的水牛 2 頭曾經由乙被偷，在下午 7 點左右將乙強拉到自己的住宅，用麻繩綑綁至次日早晨 7 點左右，且以竹棍進行毆打、拷責之事案，檢察官以匪徒罪起訴之後，判決適用刑法第 323 條（逮捕監禁罪）而宣判重禁錮 1 年罰金 10 圓（台中

<sup>49</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 33 年對審判決原本第 3 冊，頁 179

<sup>50</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 34 年對審判決原本第 2 冊，頁 155

地方法院明治 32 年檢第 1261 號，明治 33 年 1 月 24 日）。<sup>51</sup>關於起訴的內容沒資料，但判決中並無提及任何共犯之存在。假使皆並無結合的事例還因匪徒刑罰令被起訴的話，除公訴權的濫用沒別的解釋。

明治 33 年 1 月，從大稻埕約 6 人開船到滬尾，襲擊在停泊中之「支那型船」由船員的領導，強奪銀貨 2,597 圓的事案。以被害額與集團規模觀之，為一純然適用匪徒刑罰令的案例，但判決適用刑法第 378 條、第 379 條第 1, 2 項、更加並未表示理由地以二等減刑，宣告有期徒刑 12 年（明治 35 年第 1272 號、明治 35 年 6 月 24 日判決，村上武八郎判官 1709）。<sup>52</sup>

另一方面，雖然損害輕微，但若以暴力脅迫為手段，判決似乎被積極適用匪徒刑罰令。譬如在大約明治 32 年舊(曆)7 月至 33 年舊(曆)4 月之間，在北投堡的數戶暗示綁架或殺害要求貸款，收到總共大約 70 圓後交給匪首的被告，由第 1 條第 3 號被宣告有期徒刑 13 年（台中地方法院明治 34 年第 147 號〔34 年公第 74 號〕，明治 34 年 2 月 28 日判決，川上和一判官）。<sup>53</sup>

遵「柯鉄之命令」，明治 32 年 3 月在斗六堡「分發土匪稅的票證」，徵收稻穀 140 石之被告亦由第 1 條第 3 號，第 2 條 7 號宣告死刑（台中地方法院明治 32 年第 1134 號，明治 32 年 12 月 25 日判決，增山素次郎判官）。<sup>54</sup>

關於殺人案，亦有由匪徒罪起訴。例如以 50 圓承辦殺人委託，明治 33 年 9 月以數人侵入艋舺下崁庄的民家，砍下在床舖寢台在睡眠中之被害者的頭部等，殺害他的被告，由刑法 292 條（謀殺）加上未成年減刑，被宣告無期徒刑（台北地方法院明治 34 年第 994 號，明治 34 年 7 月 17 日判決，高田銀一郎判官）<sup>55</sup>1653。因為匪徒罪不問其目，如此有掠奪財物以外的目的之被告亦應可以適用該令，這

<sup>51</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 33 年對審判決原本第 1 冊，頁 110

<sup>52</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 35 年、頁 120

<sup>53</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年對審判決原本第 2 冊，頁 127

<sup>54</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 32 年判決原本第 6 冊，頁 199

<sup>55</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 34 年第 2 冊，頁 110



裡亦看得到判官的裁量。

攜帶武器亦容易地導致嚴格的刑罰。明治 29 年舊 9 月，11 個人在南投堡襲擊家宅，強奪 36 圓及鹿肉豬肉等之事案。第一審認定被告為隨從者，適用第 7 條，第 1 條第 3 號之後由情狀酌量處輕懲役 6 年(台中地方法院明治 34 年第 1097, 1002 號，明治 34 年 9 月 10 日判決，原玄朴判官)，<sup>56</sup>但在由檢察官控訴的第二審判決指出，被告「攜帶兇器到兇行的現場」，因此可以認定為「遂行匪害的成員之一」，更加適用第 2 條 7 號，由情狀酌量宣告無期徒刑（覆審法院明治 34 年控刑第 311, 312 號，明治 34 年 10 月 31 日判決，矢野猪之八裁判長・手島兵次郎・高田富藏各判官）。<sup>57</sup>被告甲與乙丙及其他數人，在明治 32 年舊 12 月在集集堡，強奪在放養中的水牛 1 頭之事案，對於攜帶槍械之理由，被告等在法廷說明「為防備抵抗」，因此判決認定「可能推知從開始即有施加暴行進行掠奪之意志」，適用第 1 條第 3 號，第 2 條 7 號而宣告死刑（台中地方法院 34 年第 1671 號，明治 34 年 10 月 29 日判決，伊東愛敬判官）。<sup>58</sup>

在如上的裁量與法治的夾縫之間，匪徒罪與刑法強盜罪的競合成為最明顯的問題（在這次的調查範圍當中之中，找不到匪徒罪與刑法暴行罪・脅迫罪之競合的判例）。看判例就能理解到，在境界性的事例，匪徒罪與強盜罪之間的選擇僅能由判官的心證判斷。譬如，被告甲、乙及其他數人，於明治 32 年 4 月在深耕堡的地瓜田，毆打綑綁在田間小屋內的田地所有者，偷盜地瓜 4,5 百斤的事案，雖然在法庭上甲主張「(到現場的)途中領悟了，偷盜相識之人的地瓜是壞事，於是脫離他們自行回去了」，然而判決認為「被告如此的陳述，鑒於其缺乏道義心而不可信憑」，因此拒斥之，對甲、乙適用第 378 條、第 379 條第 1 項，而宣告重懲役 9 年（台中地方法院明治 32 年第 899 號，明治 32 年 10 月 13 日判決，田村武七判

<sup>56</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 11 冊，頁 55

<sup>57</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 11 冊，頁 60

<sup>58</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 10 冊，頁 327

官)。<sup>59</sup>

明治 32 年 8 月，被告甲對於「贊同（匪徒乙的）結合多眾掠奪財物的企圖」而「參與謀議」，在南投堡以攔路強盜的方式強奪 5 円及簪仔數十個的案子，第一審依第 1 條第 2 號宣告死刑（明治 34 年第 302 號〔34 年公第 108 號〕，明治 34 年 3 月 11 日判決，早川彌三郎判官）。<sup>60</sup>但第二審認定「原院並無被告屬於匪徒之證據，卻認定被告的行為是匪徒行為，而適用匪徒刑罰令加以處斷之，此乃是基於事實認定之錯誤而陷入擬律之錯語的不當判決」，改依第 378 條、第 379 條第 1 項，宣告重懲役 9 年（覆審法院明治 34 年控刑第 107 號，明治 34 年 4 月 18 日判決，櫻庭棠陰・矢野豬之八・高田富藏各判官）。本案的第一審判決的確僅有提及，被告「贊同乙結合多眾掠奪財物的企圖，而參與其謀議」而已，並未認定被告為「匪徒」，然而卻適用匪徒刑罰令。但大多數的匪徒罪判決皆僅宣言被告為匪徒，而未說明其宣告之理由。同樣地第一審判決亦除匪徒外，未有任何補述的語句，無論第一審或第二審皆並未檢討被告的具體行為能否該當於匪徒。正如第一審，在適用該令，匪徒認定的必要性其實相當曖昧模糊，另一方面其適用可能簡單地被排斥。判官對於與匪徒此抽象性的構成要件之解釋畢竟左右上述強盜（懲役刑）與匪徒罪（死刑）的互換。

在另外一個判決中，第一審（台中地方法院 34 年第 343 號，明治 34 年 5 月 25 日判決，原玄朴判官）<sup>61</sup>與第二審（明治 34 年控刑第 198 號，明治 34 年 6 月 27 日判決，矢野豬之八裁判長・渡辺啓太・高田富藏各判官）<sup>62</sup>皆認定，被告甲乙的犯行是（一）於明治 34 年 2 月 10 日，與其他數人一起在斗六堡，撬開某民家的門扇闖入，脅迫家人、掠奪衣類及水牛 1 頭（二審）、（二）同月 14 日，數人破壞在同堡的某民家之籬笆後侵入，以及竊取在牛棚的水牛 1 頭這兩個行為。但

<sup>59</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 32 年判決原本第 5 冊，頁 69

<sup>60</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 5 冊，頁 71

<sup>61</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 7 冊，頁 84

<sup>62</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 7 冊，頁 87

關於（一），第一審認定，「被告甲乙以暴行脅迫的方式奪取財物，而與其他數人結合共謀」，第二審認定「被告甲與乙以及其他數人共謀之後…」，關於（二），第一審認定「與同一結合之匪徒共謀」，第二審認定「與乙以及其他數人一起…」。

換言之，第一審認為（一）（二）是匪徒行爲，第二審則不認為，但第一審判決上並無任何的說明為何要認定爲匪徒罪。第二審對於第一審的匪徒認定，「參閱訴訟記錄之後可以說，本件無應該認定爲匪徒行爲之罪嫌，且第二件亦並無特別地加以暴行脅迫等之形跡」，根據以上理由取消一審判決。對於（一）刑法第 378、379 條（二人以上強盜）、（二）第 368、367、369 條（二人以上竊盜）之適用，則透過適用第 100 條（數罪俱發）而基於（一）的行爲宣告有期徒刑 12 年。由此判決可見其典型，匪徒罪與強盜罪的論理的界定並不明確，大致上是由判官的心證所決定。亦即是匪徒刑罰令施行以前應該受認定爲強盜罪之行爲，亦在同令施行以後以匪徒罪被起訴，說起來兩者可以有判官的看法交替。

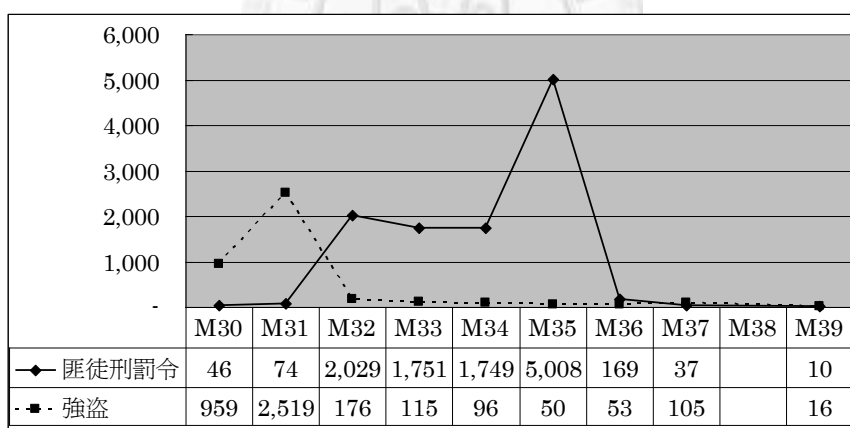
基於匪徒刑罰令的制定，其條文上當然可預測，在其適用對象範圍上的國事犯與強盜的混雜。當局者亦在明治 38 年表示過，匪徒罪「除其首魁者原來不是強盜罪之外（相當於強盜罪）」，並且在舉行特赦時，附和隨從者亦應與強盜罪從反犯者的刑期互相比較對照而斟酌之。<sup>63</sup>後藤新平文書之中的「交付裁判而判處死之土匪人數」的資料亦將匪徒刑罰令發布以前「該當於匪徒的犯罪」，即以強盜殺人罪處死者 65 人（明治 30 年 8 人、31 年 57 人），包括在匪徒處死統計的一部分，再次亦看到以匪徒罪視爲強盜罪的代替的立場。<sup>64</sup>然而在日治法院檔案之中的明治 31 年內的匪徒事案判決，認定事實大概皆是，假使在該令施行之前，應該由強盜罪問罪，被起訴的家宅襲擊案。

<sup>63</sup> 〈台灣總督府ニ於ケル特赦上奏ニ關スル內規〉，《公文類聚》第 29 編明治 38 年第 21 卷，JACAR: A01200243000

<sup>64</sup> 《後藤新平文書》。台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 264 所登載的匪徒刑罰令違反者包括公布以前的 14 人（明治 29 年死刑 2 人、無期 3 人、10 年以上 6 人、5 年以上 3 人，30 年無）。

判決又認為，刑法強盜罪與匪徒罪之間，後者是比較嚴重的。譬如被告的第一起犯行是集團強盜行爲（明治 32 年 9 月，在斗六堡，數人襲擊家宅、搶奪赤牛 2 頭），第二起犯行是殺人的事案（同 32 年 11 月，在同堡，對於以前試圖狙擊被告的匪徒，數人共同襲擊其而加以射殺），對於第一起犯行適用第 1 條第 3 號，對第二起犯行則適用刑法第 292 條（謀殺）。兩者皆判定爲死刑，但基於刑法第 100 條將第一起犯行看作較重之犯行，因此依據第 1 條第 3 號宣告死刑（台中地方法院明治 32 年第 1180 號，明治 32 年 12 月 21 日判決，增山素次郎判官）。<sup>65</sup>在如此的狀況下，正如劉彥君所指出，<sup>66</sup>強盜事件在明治 32 年的急劇減少是理所當然的。而且匪徒罪逮捕者數，在匪徒刑罰令制定之前後，明顯地有與強盜罪互換之傾向（圖 四—3）。

圖 四—3：重輕罪逮捕者中匪徒刑罰令與強盜對比（明治 30—39 年）



資料來源：〈就捕犯罪者違警犯者及諸規則違反者〉（明治 30 年）、〈重輕罪就捕犯罪者〉（明治 31—37 年）、〈罪名別重輕罪件數〉（明治 38—39 年）。上述資料爲《台灣總督府統計書》各年度所登載的表格，參見台灣總督府官房調查課編，《台灣總督府統計書》，第 1—10 回，明治 30—39 年。明治 30 年匪徒刑罰令逮捕者數爲「國事二關スル」、「兇徒聚眾」的合計。明治 30—37 年台灣本島人人數，明治 38—39 年爲包括內地人的「新受」件數。

正如王泰升教授及劉彥君所指出，匪徒判決之中能發現國事犯與強盜的並

<sup>65</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 32 年判決原本第 6 冊，頁 174

<sup>66</sup> 劉彥君，《強盜或抗日？：以日治法院判決中的「匪徒」爲核心》，頁 86

存，這次調查範圍之中的被告行爲中，對於有強盜行爲（家宅襲擊，屋外強盜）之被告，適用第 1 條與第 2 條第 6、7 號較多。另一方面，對於有國事犯（官署襲擊，官吏襲擊，官吏抗敵）作爲之被告的匪徒刑罰令，適用條文有其特徵：係由一般犯罪的第 2 條 6、7 號（殺人強盜等）的被適用者高達半數（圖 四—4）。

在匪徒刑罰令的條文中，處罰對於當局的反抗，規定上即是第 2 條第 1—5 號。其適用例的大部分是第 2 條第 1 號，放火（第 2, 3 號）或交通通信妨害（第 4, 5 號）的適用者爲少數，特別的是，並無第 4 號適用例（表 11）。如上述，對當局的反抗大部分判爲第 2 條第 1 號的問題，判決所認定的該號適用所有的行爲當中，約三分之一爲家宅襲擊或屋外強盜強盜（表 12）。該號適用者的其他適用法條，半數以上爲第 2 條第 7 項，且其家宅襲擊的受害者之中，內地人僅有數名，絕大多數爲本島住民，正如劉的指出，國事犯的相當部分有著強盜的側面事實，由此數據可見。第 5 號適用例僅不過是幾件，當中 1 人之行爲是襲擊在使用輕便鐵道輸送銀幣途中的郵便電信局遞送人，<sup>67</sup>在軍事層面被重視的破壞電話線或電柱者僅能確認 3 人。<sup>68</sup>放火的大部分伴隨著家宅襲擊（79 人中 55 人，官署襲擊時的放火是 20 人）。關於適用法條，第 2 號被適用者共 83 人的半數，同時被適用強盜規定（第 6 號 61 人，第 7 號 62 人，雙方 47 人）。此比率顯示，「匪徒」從未具有軍事性格，相當難以戰時國際法的佔領軍對抵抗者的構圖加以掌握其性格。

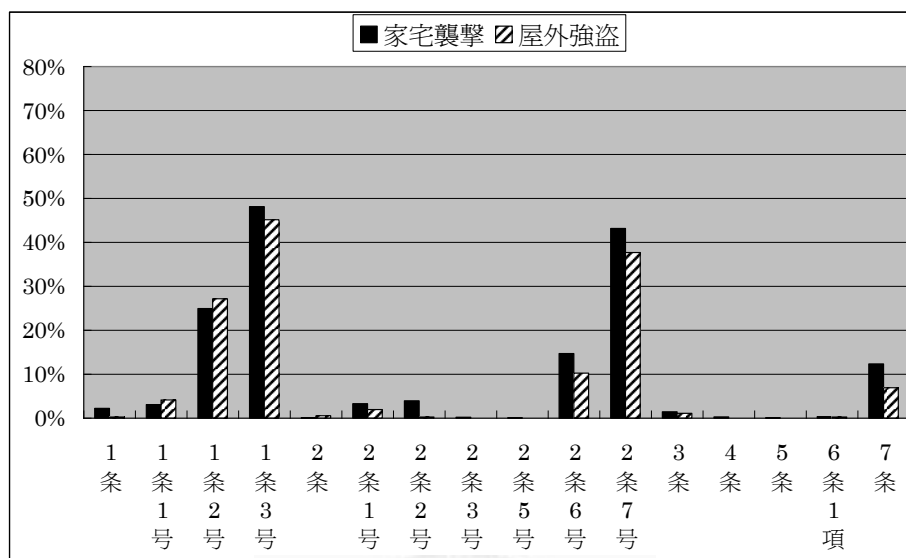
---

<sup>67</sup> 台中地方法院明治 35 年第 944 號，明治 35 年 9 月 15 日判決。《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 35 年判決原本第 9 冊，頁 87

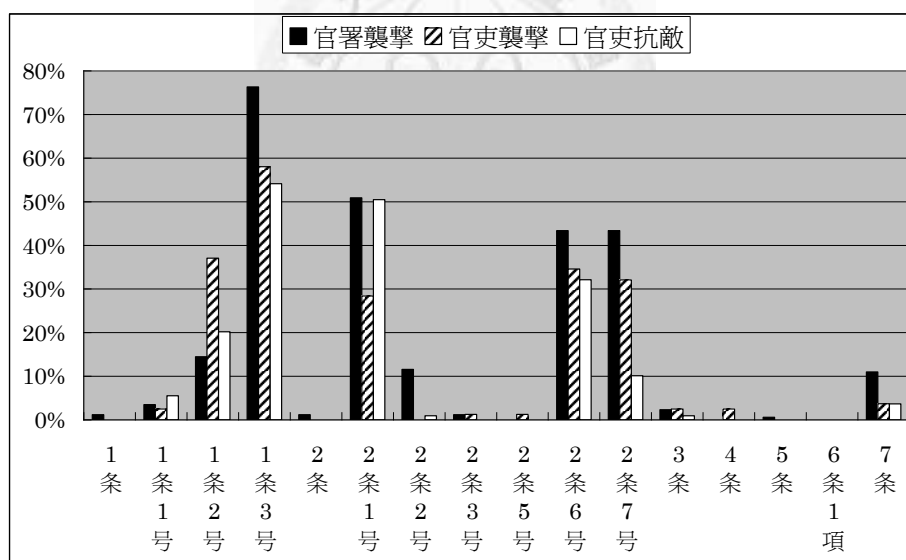
<sup>68</sup> （1）台中地方法院明治 32 年 714 號，明治 32 年 8 月 14 日判決，《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 32 年判決原本第 4 冊，頁 41（2）同檢第 1338 號，同 33 年 1 月 23 日判決：同，同，明治 33 年對審判決原本第 1 冊，頁 107（3）同 33 年檢第 911 號〔33 年公第 306 號〕，同年 8 月 31 日判決：同，同，明治 33 年對審判決原本第 8 冊，頁 212

圖 四—4：對於強盜・國事犯行為匪徒刑罰令適用狀況

〈強盜的行為（家宅襲擊、屋外強盜）〉



〈國事犯的行為（官署襲擊、官吏襲擊、官吏抗敵）〉



資料來源：《日治法院檔案》。參照腳註 15。強盜・國事犯行為之區別根據判決所認定之被告的行為。

並未適用第 1 條的同時適用第 2 條的案例極少（表 13），在此可見匪徒罪僅能由第 1 條成立，第 2 條僅是其加重要件，為主流解釋。但尚是能看得到下述判決。明治 31 年陰曆 8 月，被告甲成為匪首乙的部下，與其他數名附和隨從，在海

山堡參加集團強盜。判決不適用第 1 條，僅適用第 2 條第 7 號（台北地方法院明治 33 年第 925 號，明治 33 年 8 月 27 日判決，前川房二郎判官），但並未標示面認定被告是匪徒的同時，未適用第 1 條的理由。

表 四—7：第 1 條、第 2 條適用狀況

		適用第 1 條		計
		有	無	
適用 2 條	有	39%	2%	42%
	無	33%	26%	58%
計		72%	28%	100%

資料來源：《日治法院檔案》。參照腳註 15。

第 2 條 6 號適用的事例是國事犯的行爲（大部分有槍戰）時，軍官・警察官有戰死者的場合。其典型判決是，被告明治 31 年 7 月 21 日午前 3 時 40 頃到同日下午 4 時以後，在台中府藍興堡汴坑口山間，與匪首與其他 50~60 人與憲兵搜索隊交戰，擊斃憲兵上等兵田中喜三郎，讓藏田分隊長負傷，判決適用第 1 條第 3 項，第 2 條 1, 6 號，第 7 條加以宣告死刑（台中地方法院明治 34 年第 2017 號，明治 35 年 2 月 22 日判決，原誠一判官）。<sup>69</sup>

表 四—8：第 2 條第 1—5 號適用狀況

第 1 號 （抗敵）	第 2 號 （放火建物 等）	第 3 號 （放火竹木 等）	第 4 號 （妨害交通 等）	第 5 號 （妨害通信 當）
9.9%	3.4%	0.3%	0.0%	0.2%

資料來源：《日治法院檔案》。參照腳註 15。

殺傷警察官不一定符合國事犯。譬如，明治 32 年 12 月在武東堡，匪首與其他數名等在謀議「為強奪」行爲時，警察官突然前加以搜查，被告殺害他。判決適用第 1 條第 3 號，第 2 條 6、7 號處死刑（台中地方法院明治 33 年檢第 764 號，明治 33 年 7 月 25 日判決，增山泰次郎判官）。在此殺害警察官該當於殺人（第 2

<sup>69</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 35 年判決原本第 2 冊，頁 40

條第 7 號)，不屬於抗敵（同條 1 號）。被告甲聞知合名会社藤田組瑞芳高山出張所要移送金塊，明治 33 年 7 月與其他 4 人襲擊之在離瑞芳東方半里的狹隘的坡道，以刀讓事務員水本參藏，同行巡查松永常太郎負傷，強奪金塊 2 貫 395 匁（價格 8 千餘圓）的事案，判決適用刑法第 378, 380 條處無期徒刑（明治 39 年第 160 號，明治 39 年 2 月 9 日判決，小野隆太郎判官）。<sup>70</sup>此事例若是在明治 33 年左右的判決，被告極可能被認定為匪徒而處死。但當時左右判官之判斷的應是，要不要將被告的行為認定為匪徒罪，至於被害者是否為官吏僅是次要問題。

國事犯行為與外國有關係的判決，在這次調查範圍之中毫無發現。罕見的例外是，現任巡查補的被告在明治 33 年陰曆 6 月，「在清國的義和團之徒眾，蜂起並隨意地進行暴行，而在本島亦有謠言流傳義和團將增加其勢力而開始南侵等等，因此亦有部分不法之徒趁此機會參加匪群者時」，「為他日伺機與各地的匪徒協力隨意暴行」，組織匪徒集團。被告的企圖是否為反亂抑或強盜並不清楚，但由第 1 條第 1 號被宣告死刑。（覆審法院明治 33 年控刑第 367 號，明治 34 年 9 月 3 日判決，手島兵次郎裁判長・原誠一・高田富藏各判官）<sup>71</sup>

## 2. 對於匪徒以外的適用

### (1) 隨從・雜役（第 1 條第 3 號）、把風

與內亂罪相同，匪徒罪亦有核心的指導者與參加者的區別。第 1 條 1, 2 號規定匪徒集團的中心性存在（匪首，參與謀議者等）的定義，第 1 條第 3 號尚規定「附和隨從或服雜役者」的定義。第 1 條第 3 號適用者相當多，超過這次調查對象被告人數的一半。其詳細的分析尚待將來的分析與說明，但該號適用者當中絕

<sup>70</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 39 年第 2 冊 2 月，頁 194

<sup>71</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 34 年判決原本第 9 冊，頁 23。第一審判決（台中地方法院明治 33 年第 1074 號〔33 年公第 361 號〕，明治 33 年 11 月 20 日判決，宇野美苗判官）並未言及義和團事件。頁 18。



大多數是附和隨從者，而服雜役者僅占極少的一部分。判決認定被告是服雜役者的情形，在事實認定部分開頭的匪徒認定，例如「被告人等（中略）是屬於匪首簡大獅部下的服雜役者…」（台北地方法院明治 32 年第 32 號，明治 32 年 1 月 19 日判決，山口武洪判官）<sup>72</sup>等，或者事實認定的末尾「在做…時做其雜役」等之表現。

實際上，第 1 條第 3 號適用者包括與匪首有緊密關係的部下，同時包括一般民眾響應匪徒的勸誘，而在犯行時期臨時隨聲附和地隨行者。譬如，「被告是匪首乙等企圖結合多眾，襲擊北斗辨務署沙仔崙警察官吏派出所時，響應名為丙的人之勸誘，雖從上述的匪徒…」（台中地方法院明治 34 年第 421 號〔34 年公第 179 號〕，明治 34 年 4 月 1 日判決，早川彌三郎判官），<sup>73</sup>或者「乙當做首魁企圖掠奪財物，召集其他數名時，被告三名亦應附和隨從…」（明治 33 年檢第 544 號〔33 年公第 209 號〕，明治 33 年 6 月 22 日判決，川上和一判官）<sup>74</sup>是（「勸誘」此單詞似乎在國事犯事案比較多）後者典型例。

實際上，判決似乎常常將相當於第 2 條各號者之中，不該當第 1 條第 1, 2 號者，看作該條第 3 號的附和隨從者・服雜役者，在這次調查範圍中，第 1 條第 3 號適用者的大約 80% 同時被適用第 2 條 6、7 號。似乎在相當於第 2 條各號者之中，不該當於第 1 條 1, 2 號者，比較常常視為該條第 3 號的附和隨從者・服雜役者。

另一方面，僅適用第 1 條第 3 號的案例是，例如被告甲明治 30 年 10 月左右，由匪徒結合之被告成爲匪首乙的部下後，到明治 32 年左右「附和隨從該人」。判決適用第 1 條第 3 號而已，宣告有期徒刑 12 年（台中地方法院明治 35 年第 1247

<sup>72</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 32 年第 1 冊 1-2 月，頁 119

<sup>73</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 34 年判決原本第 4 冊，頁 9

<sup>74</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 33 年對審判決原本第 6 冊，頁 92

號，明治 35 年 12 月 27 日判決，高田銀一郎判官）。<sup>75</sup>在別的事例中，被告成爲小匪首的部下，明治 29 年 1 月到 3 月左右，小匪首等「做匪徒行為之時候爲一定附和隨從之」，適用第 1 條第 3 號，其後基於未成年減刑而宣告重懲役 9 年（台北地方法院明治 34 年第 1425 號，明治 34 年 8 月 12 日判決，柳原右助判官）。<sup>76</sup>似乎若與匪首等的關係十分密切，不一定須要相當於第 2 條各號的事實。

在此，（一）第 1 條第 3 號的附和隨從・雜役的範圍並不明確、隨聲附和的參加者亦可能被包括在匪徒罪之中、（二）隨從的匪徒行為若該當第 2 條各號，相當可能處死。基於此等條文構造，輕微的行為相當可能與匪首一律被處刑。強盜時當把風的人是其好例子。譬如，明治 32 年 2 月有武裝的十幾個人襲擊在東螺西堡的家宅，傷害 2 人，掠奪金品時，被告擔任把風。第一審僅適用第 1 條第 3 號而宣告有期徒刑 12 年（台中地方法院明治 34 年第 1240 號，明治 34 年 9 月 2 日判決，原玄朴判官），<sup>77</sup>但由檢察官控訴的第二審認定，被告是除「匪徒刑罰令第一條第三號所謂的附和隨行之徒」以外，尙是「對於傷人掠奪之所爲分擔參與者」。第一審判決之將被告認定匪徒是相當，但「一方面認定被告擔任兇行時的把風，然而置之不理是失當」，更加適用第 2 條 6、7 號而宣告死刑（覆審法院明治 34 年控刑第 301 號，明治 34 年 10 月 22 日判決，矢野猪之八裁判長・手島兵次郎・高田富藏各判官）。<sup>78</sup>可謂是第 1 條和第 2 條的相乘效果導致刑罰嚴格化的典型例子。該當附和隨從・服雜役者的較多部份是把風，運搬，監視人質，伙食等之可以說輕微的行為。譬如，明治 31 年陰曆 12 月，匪首在斗六堡做路上打劫及綁架，並未參加上述行為之部下即被告在監禁人質之中，擔任監視與炊事。判決認爲其符合第 1 條第 3 號的雜役，宣告有期徒刑 13 年（台中地方法院明治 33 年檢第 283

<sup>75</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 35 年判決原本第 12 冊，頁 45

<sup>76</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 34 年第 2 冊，頁 159

<sup>77</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 11 冊，頁 66

<sup>78</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 11 冊，頁 68

號，明治 33 年 6 月 29 日判決，川上和一判官)。<sup>79</sup>

在強盜事案，並未參加暴行的被告相當可能與侵入家宅之共犯者一律處極刑。明治 31 年 11 月 9 日，以數名襲擊在大加蚋堡的家宅時，被告甲「在家外作把風」，被告乙丙等在家內毆打被害者，強奪 580 圓之事案，判決適用第 2 條第 7 號對於全員宣告死刑（台北地方法院明治 31 年檢 1020 號，明治 31 年 11 月 19 日判決，岡澤主一郎判官)。<sup>80</sup>在別的例子，被告二人於明治 31 年 8 月，匪首林湧以下 80 餘名襲擊鹿港稅關，掠奪 65 圓等，殺害勤務員二宮武雄之時候，「甲擔任把風，乙手持火將」，各自適用第 1 條第 3 號，其後基於情狀酌量宣告無期徒刑（台中地方法院明治 33 年檢第 213 號，214 號〔33 年公第 91，92 號〕，增山素次郎判官)。<sup>81</sup>在另一外的事案，明治 30 年 4 月 6 日，在台北縣新竹北門街以大致十人襲擊家宅，強奪 100 圓等，被認定「在門外把風」的被告，因為犯行當日「遇見」共犯者時他告訴被告，「今晚我們要到北門外鄭廟前的空房，其後闖進鄭海國的家，因此你亦要一起去那邊」，故一起前往。原來應適用第 1 條第 3 號，第 2 條 7 號，「雖然應該處死刑」，由情狀酌量宣告有期徒刑 12 年（台北地方法院新竹出張所明治 33 年第 57 號，明治 33 年 5 月 7 日判決，木付篤判官)。<sup>82</sup>

重要的是，附和隨從者的大部分被宣告死刑，另一方面服雜役者大概被宣告大約十數年的有期懲役。因為此差異，亦看得到要主張服雜役者的被告。譬如，匪徒襲擊・抗敵時，旁邊常常捧持神像或佛像。明治 32 年 9 月，多數匪徒襲擊石碇堡七堵庄警察官吏派出所及七堵停車場，讓中川喜三郎與長野休太郎負傷時，被告甲乙各自捧持神像與菩薩像。判決事先表示雜役的定義，「匪徒刑罰令所謂之雜役就意味著服務與罪行並無直接的關係的事務。換言之，指稱進行普通刑法上

<sup>79</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 33 年對審判決原本第 6 冊，頁 154

<sup>80</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 31 年第 4 冊 10-12 月，頁 661

<sup>81</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 33 年對審判決原本第 5 冊，頁 71

<sup>82</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，新竹出張所刑事判決原本明治 33 年第 1 冊 1-6 月，頁 242

的正犯從犯之行為以外之職務」，其後，「匪徒等之當進行罪行，基於能受到神助之迷信，攜帶神佛之偶像行為即是為堅強其團結意志之工具，而占有在犯行者之中較大的勢力者」，因此被告等的神像等捧持行為是，「與罪行密切的必要所為，不能看作雜役」，對於被告甲乙由第 1 條第 3 號，第 2 條第 1, 6 號的適用，宣告死刑（台北地方法院明治 32 年第 1596 號，明治 32 年 11 月 30 日判決，藤井乾助判官）。<sup>83</sup>

此判決的立場，將具有「普通刑法上的正犯從犯之行為」、即共犯關係者看作附和隨從，不具有者則看作雜役。此立場符合於附和隨從者被處以嚴罰，而服雜役者的大多數僅被宣告懲役刑的事實。但神像等亦可能由指揮者捧持。明治 34 年 1 月 23 日，在台中廳藍興堡隊與憲兵・警察官聯合搜索隊，土匪「劇烈抵抗」時，當做「匪徒賴阿來之情婦」的一位女性被告「抱媽祖宮之木像身臨戰鬥之現場，用謠言宣言依神威給匪徒勝利，指揮多眾之匪徒，讓匪勢猖獗」，其後同年 2 月 21 日，以 200 餘名民眾襲擊台中市街時，被告「與上次同樣之媽祖宮木像以鼓舞匪勢〔中略〕指揮匪群，讓他們襲擊台中市街」，由第 1 條第 2 號處死（台中地方法院明治 35 年第 85 號，明治 35 年 2 月 6 日判決，原誠一判官）。<sup>84</sup>

## (2) 幫助和藏匿・隱蔽（第 4, 5 條）

### a. 幫助

附和隨從者・服雜役者是對於第 2 條各號的罪行直接參加者，但「幫助匪徒者」（第 4 條），藏匿・匪徒（第 5 條）的事實適用對象是，在台灣社會不被看作

<sup>83</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 33 年第 1 冊 1-2 月，頁 65

<sup>84</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 35 年判決原本第 2 冊，頁 90。判決將神像視為為犯罪目的供用的物品而所有者不明，依刑法第 43, 44 條沒收之。然後依規則 1904 年 2 月 1 日在台中地方法院交付拍賣。〈媽祖婆神像の公賣〉，《台灣日日新報》，明治 37 年 1 月 21 日

匪徒之一般人。可以推測對於台灣的社會有相當大的影響是幫助匪徒的問題。在傳統村落社會，對以一般的住民，與匪徒有互相認識之關係是常見的事，而且相當難抗拒對於以暴力為手段提出提供宿舍或糧食的要求。然而此行為被當局視為交戰之間的資敵行為，同為積極援助匪徒的行為，可能給予嚴罰。此有關藏匿・隱避幫助的條款相當可能造成許多認定上的犧牲者。

判決可能將共犯性質的行為看作幫助行為。譬如，明治 32 年農曆 10 月中旬，在頭圍堡的被告受到匪首 2 人等的命令，替他們出面要求綁架人質的贖金 600 圓，在交涉之後將收到的 400 圓贖金交給匪首。判決適用第 4 條而宣告死刑（台北地方法院明治 32 年第 1852 號，明治 33 年 2 月 7 日判決，土屋達太郎判官）。<sup>85</sup>

正如「因為一個私人並無告發犯人之藏身的法律上的義務，知悉其藏身而向官方不通報，不會構成本罪〔註：藏匿・隱避罪〕」<sup>86</sup>，刑法上的藏匿・隱避與原來不可罰的行為之界線，難以劃出明確的定義，但在日常生活上必定要接觸匪徒的狀況、對於有暴力性的匪徒，一般住民雖然知道他是匪徒，為保持身體安全，不能避免交往，或者提供宿舍・膳食。又幫助與藏匿與隱蔽的刑罰不同，此個差異左右被告的命運與現行日本刑法同樣，刑法的通說認為，幫助為當做共犯之一種的從犯，原則上從正犯的刑罰應該減刑一等（刑法第 109 條）。且學說不一定以藏匿・隱避等的犯人庇護行為視為共犯，<sup>87</sup>其刑罰（刑法第 151 條第 1 項）僅是輕禁錮（11 日以上 1 年以下）與罰金（2 圓以上 20 圓以下），若係由「處重罪之刑的囚徒」加一等（該條第 2 項）而已。然而匪徒刑罰令上之幫助（第 4 條）的刑罰包括與匪徒罪正犯（第 1 條）同樣的死刑。另一方面，藏匿・隱避（第 5 條）的刑罰的確是比刑法重，但尚不包括死刑，前者顯然是比較嚴苛。

首先，在這次調查範圍當中，第 4 條適用者僅確認 35 人，並不多。其中匪徒

<sup>85</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 33 年第 1 冊 1-2 月，頁 379

<sup>86</sup> 手島兵次郎、小疇傳，《刑法各論完》，頁 135

<sup>87</sup> 關於明治 40 年刑法的藏匿・隱避罪（第 103 條），有共犯說及獨立犯罪說。泉二新熊，《日本刑法論 下編》，頁 948

認定（適用第 1 條者）者是 2 人，有實行行爲（適用第 2 條 6、7 號）者爲 1 人，應可說，該號的適用對象是與匪徒或有襲擊綁架等之行爲不同的一般人。明治 32 年 8 月，在海山堡，私行監禁良民數民，企圖強奪贖金之匪徒的之處，從自宅將飯拿到他們的地方，搬運飯的兒子（18 歲）與做飯的母親（41 歲）由第 4 條處重懲役（台北地方法院明治 32 年第 1404 號〔明治 32 年刑公第 1059 號〕，明治 32 年 12 月 27 日判決）。<sup>88</sup>

譬如幫助在明治 32 年 9 月襲擊石碇堡芋秦坑派出所之匪徒的案件，判決指出「（被告）知道他們要進行謀議的事情，以幫助的目的提供〔註：匪首 2 人〕石碇堡番仔坑庄三十七番戶的自宅，並且資給匪首及其部下數十人作為糧食用的稻米貳斗」，適用第 4 條而宣告死刑（台北地方法院明治 32 年第 1777 號，明治 32 年 12 月 14 日判決）。<sup>89</sup>被告上告而主張，（一）「匪徒突然襲來並且以脅迫的方式因此無法抵抗，並非主動地借給他們，而且並未給他們糧食」，（二）「匪徒襲來時是襲擊出張所的兩、三天前」。二審的重點是，雖然襲擊的幾天前匪徒來到被告自宅，關於土匪襲擊的可能性，被告直到襲擊之前才通報出張所，因此「被告反覆呼喊土匪要來的此項事實，可以看作是為隱蔽自己的犯罪之狡猾手段」，而且指出，「與匪首本來並未串通的被告自宅，進行襲擊出張所之謀議，的確有洩漏機密之危險，況且他們在打算實行事幾天之後」，認定被告有與匪徒的聯絡，而駁回上訴（覆審法院明治 33 年控刑第 9 號，明治 33 年 5 月 12 日判決）。<sup>90</sup>

### b. 藏匿・隱避

匪徒刑罰令中關於藏匿・隱避之規定「意圖藏匿、隱避匪徒，或使其免脫匪

<sup>88</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 32 年第 8 冊 11-12 月，頁 338

<sup>89</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 33 年第 5 冊 6 月，頁 45

<sup>90</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決謄本明治 33 年（給覆審法院）（「明治卅三年中上訴ニ對スル覆審法院判決謄本」），頁 217

徒之罪者均處以有期徒刑或重懲役」（第 5 條），看得到刑法上的藏匿「知悉其為犯罪人或脫逃之囚徒抑或被監視者，而藏匿之或使其隱蔽者」（第 151 條）與罪證隱蔽「意圖免脫他人之罪及隱蔽作為其罪證之物件者」（第 152 條）的要素。

一般認為，刑法上藏匿的要件是：（一）藏匿・隱蔽之行爲，（二）對象為「犯罪人或逃走之囚徒抑或被監視者」，（三）知悉對象該當於（二）之事實。<sup>91</sup>刑法上的藏匿・隱蔽本來是「提供避免被發見的處所之意思」，提供衣服等行爲不屬於該條的問題<sup>92</sup>。並且一般的解釋是「單純為救助饑寒而提供衣服等行爲」並不該當於藏匿・隱蔽罪，<sup>93</sup>但提供膳食卻被視為幫助行爲（第 4 條），對一般民眾而言幾乎可以說是無可奈何的狀況。匪徒刑罰令的藏匿・隱蔽與刑法的藏匿・隱蔽所不同的地方是，該當於「匪徒」身分者與「犯罪者」的差異。前者如上所述是具有一定的結合之人，後者是「做過法律上視為犯罪而應加以處罰的行爲之人」。<sup>94</sup>對象受到的可能是嫌疑、逮捕或起訴等不同的官方追查，追蹤到達何種程度時能認定構成幫助罪的對象，為疑點所在。若藏匿・隱蔽的對象是匪徒，即使該對象其他的具體犯罪行爲並未受官方追查，尚是能構成藏匿・隱蔽。

該令的藏匿・隱蔽罪之適用有許多關於鄉下村落的人際關係的例子。比較常見的是，對於來逮捕匪徒的警察官說不知道犯人。例如，在明治 32 年 9 月 23 日上午 3 點左右，被告甲雖然知悉匪徒乙丙丁戊的犯罪（明治 31 年 2 月襲擊新屋庄租稅徵收所，開槍殺害官吏 2 人，搶奪官金二千多圓），仍然讓他們住宿在位於竹北二堡的自宅中，其後在 24 日上午 3 點，被前來逮捕該些匪徒的警察官發現其藏匿行爲的案件。判決指出，「上午三點深更半夜到來，雖然他們有自己的家宅，要在被告之處住宿，被告承諾而放任之」，「聽到乙平常被警察監視之秘密」，「承諾乙的要求，若有別人來會馬上讓他知道」，認定被告「知道他們是犯罪者，以避免

<sup>91</sup> 手島兵次郎、小疇傳，《刑法各論完》，頁 134

<sup>92</sup> 手島兵次郎、小疇傳，《刑法各論完》，頁 134

<sup>93</sup> 手島兵次郎、小疇傳，《刑法各論完》，頁 135

<sup>94</sup> 手島兵次郎、小疇傳，《刑法各論完》，頁 135

他們遭到逮捕之意思」讓他們住宿，以及乙丙丁戊是「正如被告人所承認，普遍皆會認為是匪徒者」，然而巡查柳卯太郎等「大聲要求開門，被告卻並未做任何的答應，亦未對於逮捕提供任何合作，有使乙等的遁逸變得容易之跡象」，依第 5 條宣告重懲役 9 年（台中地方法院新竹出張所明治 32 年第 268 號，明治 32 年 11 月 2 日判決，望月恆造判官）。<sup>95</sup>正如此判決所指出的甲與乙等之間具有「同村的情誼」，此事例是基於鄉下村落的人際關係的藏匿典型例子。

在別的案例，明治 34 年農曆 6 月在東螺西堡，被告甲知悉乙是匪徒但卻為自己的油製造業而僱傭他，在同年 8 月 21 日時，對於來到被告家宅逮捕乙的憲兵岸定吉等，為窩藏乙而說他是另一個人的案件，判決認為並無乙是匪徒的證據，因此甲雖如是有「隱匿之跡象」，但其「罪人隱匿之證據」不足，而宣告其無罪（台中地方法院明治 34 年第 1361 號，明治 34 年 11 月 30 日判決）。<sup>96</sup>

但讓匪徒在自宅住宿之行爲，如上述常常被認定有幫助行爲（第 4 條）之適用。對於匪徒提供膳食之行爲，與讓他們住宿的行爲，事實上屬於同一行爲，相當難以加以區別。可以想像，為處罰既非藏匿亦非隱蔽的提供膳食之行爲，除視為幫助行爲以外並無其他的選擇，因此第 4 條被大量使用。適用該條的案例與適用藏匿行爲（第 5 條）的案例，其界定經常相當曖昧模糊。但第 4 條的刑罰包含死刑，第 5 條上並無此規定。實際上，在這次調查範圍之中，適用第 4 條者大約有 3 成判處死刑，然而適用第 5 條者皆無判處死刑者。總之，在傳統村落社會對匪徒提供膳食之行爲，其處分完全依憑於判官對於被告內心意圖的心證，而可能做出從無罪到死刑如此廣泛之處分，其裁量範圍之大不禁讓人想起軍事法規。

歸根究底，左右有罪・無罪判斷的是，判官對於被告內心的心證。來自石碇堡的被告，基於在明治 32 年農曆 8 月下旬與 9 月上旬，提供匪首住宿膳食而被起

<sup>95</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，新竹出張所刑事判決原本明治 32 年第 2 冊 7-12 月，頁 195

<sup>96</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 34 年判決原本第 11 冊，頁 80



訴的案件，第一審認為「(被告是)被為數眾多的人匪徒強迫加盟，其後提供飲食及宿舍，因此難以斷定被告是主動地提供飲食或住宿以幫助該些匪徒」，因此最後宣告為無罪(台北地方法院明治 32 年第 1575 號，明治 33 年 4 月 25 日判決，藤井乾助判官)。<sup>97</sup>檢察官進行控訴，第二審亦認為「無充分證據顯示(被告)以幫助匪徒之意思讓他們住宿」而駁回(覆審法院明治 33 年控刑第 1 號，明治 33 年 4 月 7 日判決，大津鈺次郎裁判長・櫻庭棠陰・原誠一各判官)。<sup>98</sup>

### c. 曖昧的區別

亦有案例呈現出幫助與藏匿之間的曖昧模糊關係，這點左右刑度之輕重。明治 31 年在南投堡被告乙知道，匪徒即被告甲為強取金錢企圖綁架「金滿家(富豪)」，為謀議地點提供自宅，而綁架實行之後為監禁地點尚提供自宅，雖然實行犯乙在其他法庭基於犯行時未成年受到減刑，由第 1 條第 3 號被宣告無期徒刑(台中地方法院明治 34 年第 1587 號，明治 34 年 10 月 16 日判決，原誠一判官)，<sup>99</sup>被告甲由第 4 條倍認定幫助，同樣地被宣告無期徒刑(同第 1588 號，同，伊東愛敬判官)。<sup>100</sup>

另一方面，明治 35 年在大肚下堡，被告因為在自家提供晚餐給匪首等 2 人，讓他們之中的 1 人住宿，因此被依匪徒罪起訴。判決認定住宿事實的證據不充分，而指出「不能認定提供晚餐之行為便是幫助匪徒的意思」，採取僅有提供膳食的事實不能作為認定犯罪意識之態度(台中地方法院明治 35 年第 412 號，明治 35 年 6 月 13 日判決)。<sup>101</sup>

若為提供會合地點讓匪徒使用自宅的話，被告包括百分之百之被害者與積極

<sup>97</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 33 年第 3 冊 4 月，頁 35

<sup>98</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決謄本明治 33 年(給覆審法院)，頁 207

<sup>99</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 34 年判決原本第 10 冊，頁 236

<sup>100</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 34 年判決原本第 10 冊，頁 239

<sup>101</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 35 年判決原本第 6 冊，頁 50

地幫助匪徒者，因此判決可能左右被告的生死。譬如一審缺席判決認定被告在明治 32 年 2 月讓匪徒 6 人留住宿在自宅提供吃飯來幫助匪徒之事實是「依告發書與松村警部的報告書等，其證據相當充分」，而適用第 4 條宣告無期徒刑。但對於被告本人的一審判決，則推翻此項認定，雖然警察官窺探匪徒數名來到被告自宅的情報之後，前往該處逮捕匪徒時確實有匪徒開槍的事實。但「關於被告當天在自宅的事實並無可靠的證憑，因此不得不認定被告力供給會合地點之證據並不充分」，而宣告無罪（台北地方法院明治 33 年第 367 號，明治 33 年 6 月 29 日缺席判決，笠原文太郎判官，明治 34 年 3 月 6 日判決，高田富藏判官），<sup>102</sup>其後由檢察控訴的第二審亦支持原審（覆審法院明治 34 年控刑第 98 號 明治 34 年 4 月 4 日判決，櫻庭棠陰裁判長・原誠一・矢野豬之八各判官）。<sup>103</sup>

在別的案例認定，被告乙丙丁（同戶）知道被告甲「是土匪」，而於明治 34 年 2 月讓他住宿 2 天，並且告訴前來逮捕甲的巡查說甲「不在」而將其藏匿起來，因而判處乙丙重懲役 10 年，丁輕懲役 6 年（台中地方法院明治 34 年第 335, 336 號〔34 年公第 140, 141 號〕，明治 34 年 3 月 29 日判決，早川彌三郎判官）。<sup>104</sup>但對於乙丙丁的控訴，第二審認定乙「知悉住在其鄰近的甲是匪徒」而讓他在自宅住宿，因此駁回乙的控訴，但同時亦認定雖然因為丙丁是乙的兒子，「與父親同居因此他們應該知悉該事情，但認定他們與父共謀或自己企圖藏匿甲的證據並不充分」，因而宣告無罪（覆審法院明治 34 年控刑第 130 號，明治 34 年 5 月 16 日判決，矢野豬之八裁判長・渡邊啓太・高田富藏各判官）。<sup>105</sup>

另外一個案例中，明治 33 年 10 月在擺接堡的小屋居住的被告乙，因為被告匪首甲在半夜前來，帶著他所綁架的 6 歲兒童，而且「請被告乙讓他借住一夜躲避風雨」（第二審所採用的被告調書），被告乙「知道前述情事」（第二審判決）而

<sup>102</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 34 年第 1 冊，頁 201

<sup>103</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 34 年第 1 冊，頁 198

<sup>104</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 34 年判決原本第 6 冊，頁 97

<sup>105</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 34 年判決原本第 6 冊，頁 103

監禁該兒童的案件，雖然被告乙否認，但第一審仍然依第 5 條宣告重懲役 9 年（台北地方法院明治 33 年第 1603 號，明治 33 年 11 月 30 日判決，白倉吉朗判官），<sup>106</sup>而第二審亦駁回被告控訴（覆審法院明治 33 年控刑第 397 號，明治 34 年 2 月 19 日判決，櫻庭棠陰裁判長・原誠一・矢野猪之八各判官）。<sup>107</sup>第一審的判決指出，「只要是后埔庄及其附近的住民，就必然知道□□邱培等是土匪的首領，（中略）因此認定被告犯上述之犯罪，因為若相當有名的匪首邱培半夜攜帶槍、錶、毛毯等，尚且懷抱六歲的小兒而來，有常識者從此情況馬上能相當容易地推測出，其所攜帶之東西應該是他強奪而來，而所帶來的小兒應該是他所綁架，因此若被告並未特地提出其基於害怕邱培而讓其住一夜之反證，即可以推測其任意地隱匿匪徒，讓其逃避匪徒之罪」，而第二審亦指出，「此邱培是在被告所居的庄一帶有名的匪首，被告不可能不知道」，而且被告對於前來小屋逮捕邱培之巡查，一方面主張他毫不知道，一方面又試圖逃走，因此可謂證據充分。

如上述之關於事實的判斷之外，尚有關於意思之判斷的判決。對於被告甲知道乙丙是匪徒而與他們「□（頻繁地？）交往，讓乙留宿」，並且於明治 32 年陰曆 5 月中，丙購買槍 1 支時「在田地中斡旋（買槍的事情）以幫助匪徒」之起訴事實，判決指出「其證據不充分」（台中地方法院明治 33 年檢第 406 號，明治 33 年 6 月 30 日，川上和一判官），<sup>108</sup>而對於檢察官的控訴，第二審認定上述的「事實存在」，但「讓乙住宿行為是幫助、會合、給與空間或者藏匿的證據並不充分，以及被告基於幫助的意思而斡旋步槍之購買的證據亦同樣並不充分」，因而宣告無罪（覆審法院明治 33 年控刑第 225 號，明治 33 年 8 月 23 日判決，天津鈺次郎裁判長・櫻庭棠陰・原誠一各判官）。<sup>109</sup>

在另外一個案例中，根據第一審（台中地方法院明治 35 年第 522 號，明治 35

<sup>106</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 34 年第 1 冊，頁 160

<sup>107</sup> 同上頁 156

<sup>108</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 33 年對審判決原本第 8 冊，頁 205

<sup>109</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 33 年對審判決原本第 8 冊，頁 206

年 6 月 11 日判決)<sup>110</sup>與第二審(覆審法院明治 35 年控刑第 137 號,明治 35 年 7 月 12 日判決)<sup>111</sup>皆認定的事實,被告乙從明治 34 年舊曆 8 月開始,讓被告甲(一審死刑判決)住在自宅,同年 12 月「知道(甲是)有名的匪徒,一時謝絕其住宿」,但直到隔年農曆 3 月為止仍然數次讓他住宿。第一審指出「認定(被告)確實是基於幫助匪徒之意志而為之的證據並不充分」,第二審指出「相當難以推定(被告)願意讓匪徒隱匿在其家中,總之此公訴犯罪的證據並不充分」,兩者皆認定被告犯罪意思的舉證不充足而宣告無罪。雖然同樣皆是無罪,但可看出第一審是從幫助的部分,第二審則是從隱匿的部份檢討適用法條。

### 3. 未遂同罰(第 3 條)

匪徒刑罰令制定時,其理由書中指出,為「完全殲滅」匪徒之故,<sup>112</sup>除結合狀態之處罰之外亦必須未遂同罰,可謂是該令制定的核心目的之一。雖然內亂罪的未遂(刑法第 124 條)亦有同樣的規定,而且現行日本刑法的內亂罪未遂處罰規定(第 77 條第 2 項)亦僅規定裁量性的減輕,而尚有宣告科以本刑的可能性,因此未必能說未遂同罰本身是違反法律保留或法治主義,但的確是在一般犯罪無法看到類似例子的嚴苛規定。對於酌量減刑刑法的適用事實上無限制,因此可以思考刑法的未遂減輕(第 112 條)亦同樣地可以適用,但實際上判決之中找不到如此的判決。在這次調查範圍之中的判決中,適用該條的十幾個人幾乎皆是強盜罪(第 378, 379 條),並未同時適用匪徒刑罰令。因為未遂同罰規定是刑法未遂罪規定的特別法性的存在。但實際上第 3 條適用者並無許多,在這次調查範圍之中僅有 40 人左右。其理由僅能推測,(一)既然匪徒罪之成立不須要具體犯行,包

<sup>110</sup> 《日治法院檔案》,司法官訓練所,明治 35 年判決原本第 7 冊,頁 66

<sup>111</sup> 《日治法院檔案》,司法官訓練所,明治 35 年判決原本第 7 冊,頁 74

<sup>112</sup> 〈台灣匪徒刑罰令ヲ定ム〉,明治 31 年 12 月 17 日,《公文類聚》,第 22 編明治 31 年第 30 卷, JACAR: A01200876000

括其未遂罪的需要亦更少。(二) 匪徒罪被告的行為大部分為強盜，大多達成強奪金品的目的，如此未遂條款的必要亦不大。譬如，明治 32 年 9 月在大稻埕的家宅，被告甲等 4 人打算順著屋頂侵入到院子後，被告乙（清國人）等 6 人從後門侵入。然而甲在院子馬上由家人被發現・拘束，其他人皆逃走，判決は第 1 條第 3 號，第 2 條 7 號，第 3 條宣告死刑（台北地方法院明治 32 年第 1330 號，明治 32 年 12 月 1 日判決，土屋達太郎判官）。<sup>113</sup>

## 第二節 法院的態度

### 一、 裁判的狀況

#### 1. 證據

##### (1) 招供

在「殖民地」警察對於台灣本島住民的訊問，他們遵守立憲主義・法治主義的程序，與關於憲法施行毫無疑問的內地相比，有多少拷問等不法訊問，是相當有趣的問題，但能直接表示其內涵之資料並未存在。但因為日治法院檔案的判決文書之中，有記下來被告抗辯的一部分，能藉此推測其一部分。被逮捕之被告到判決為止，一般有三個訊問之階段，即（一）警察署・辨務署・憲兵（二）檢察官廷（三）法庭。從立憲主義的觀點觀之，（一）（二）當然屬於行政權、（三）屬於司法權。然而（二）屬於法院的檢察局，一般認為是一種準司法機關，至少事實上與警察不同的意義。但大多數的被告明顯地並未習慣近代法制，似乎未有許多人理解警察・檢察・判官之意義或其相互關係。特別是，逮捕之後的警察調書若無反證就被採用，可能導致死刑宣告的危險。因此，雖然在警察・檢察調書有自白的記載，在法廷上開始全面的否認（常常提到受到拷問的事實），許多匪徒罪被告有這種態度，儘管他們主張的大部分由判官被排斥。匪徒罪被告在法庭否

<sup>113</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 33 年第 1 冊 1-2 月、頁 33

認的比例相當高，在這次調查範圍之中的判決中，寫明被告否認的比例大約是 3 成（2664 人中 790 人）。

關於台灣總督府法院的判官針對本島住民被告，比針對內地人被告，有無更大的不信任感？並無直接資料可以表示。但匪徒認定，即對於匪徒罪者各抽象的構成要件事實之認定，畢竟判官的心證有最大的影響力。然而判官似乎不會將許多匪徒罪被告的主張看作誠實。<sup>114</sup>譬如，明治 32 年 1 月在武東堡，被告甲等數人進行家宅襲擊強盜兩次，同年 8 月在同堡的山中，為奪回警察官吏在押送之匪徒 2 人而抵抗巡查山崎安次郎等，被告甲主張是在南投辨務署被強迫自白，但判決認定，被告是「在過去三四年並無一定之住所，徘徊各處進行匪行，寄住在匪徒乙的家中」，而「明顯地不是純良之民」，因此「不能認定是因為受到強制，而陳述莫須有之情事」，如此簡單地論斷，由第 1 條第 3 號，第 2 條 1, 7 號宣告死刑（台中地方法院明治 33 年第 1433 號〔33 公第 466 號〕明治 33 年 11 月 30 日判決，早川彌三郎判官）。<sup>115</sup>

一般而言，對於警察或檢察的自白調查書的信賴相當高，這點與內地並無兩樣。譬如，關於明治 31 年舊 2 月，東螺西堡以 20 餘人襲擊家宅，強奪台灣銀貨 10 圓，水牛 14 頭赤牛 5 頭，接下來同年 6 月在同堡以數名襲擊家宅，強奪水牛 4 頭赤牛 3 頭之事案，被告在法庭主張「到辨務署被帶走，但並未受到任何訊問，因此並未陳述過有關於犯罪之事實」，判決指出，（一）被告調書有「記錄口述，讀給他聽，被告承認並無錯誤，讓他摁手印」之記載，（二）被告在檢察官庭陳述「在辨務署因為被毆打不得不陳述」，因此不能採用「並未陳述過」此主張，（三）

---

<sup>114</sup> 明治 37 年 6 月 11 日，竹越與三郎訪問台北地方法院，基於院長的許可坐在一個刑事法廷裁判長的旁邊，目睹一位竊盜犯被告主張，他在警察署受到拷問而由判官被排斥，之後寫「他們主張因為在警察署被毆打故不得已如此陳述，由此可見企圖潛脫刑法之法術他們之間已普及」。竹越與三郎，《台灣統治志》，（東京：博文館，明治 38 年（1905）），頁 309

<sup>115</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 33 年對審判決原本第 11 冊，頁 384

被告與被害者在辨務署的陳述互相一致，因此適用第 1 條第 3 號，第 2 條 7 號，其後基於刑法第 89 條（未成年減刑），處有期徒刑 15 年（明治 33 年檢第 221 號〔33 年公第 99 號〕，明治 33 年 5 月 7 日判決，增山素次郎判官）。<sup>116</sup>如此非常重視調查書的態度並不罕見。

其中尚有站在警察無錯誤論的判旨。明治 33 年 8 月，在大肚中堡的海岸，襲擊在搬運銀貨的船舶襲擊，強奪千餘圓的事案，被告僅有謀議參加，並未參加犯行。被告主張在辨務署的自白，是因為遭到毆打拷問「毆打拷責」，判決指出「司法警察官不僅從來並無如此事情之道理，亦皆並無其可靠的證據，不能採用」，由匪徒罪宣告死刑（台中地方法院明治 33 年第 1213 號〔33 年公第 297 號〕，明治 34 年 1 月 9 日判決，早川彌三郎判官）。<sup>117</sup>

被告在法廷要否認自白調書的話，判官一般而言要求具體證據。例如明治 32 年 9 月 14 日，匪首等 60~70 人襲擊南投辨務署，射殺署員 1 人，掠奪 6 千圓餘及若干的阿片烟膏，被告雖然與從，但並未參加襲擊・掠奪的事案，判決指出對於「在主張在辨務署並未告白事實」的被告，「(調書)原來並未隨便登載未有陳述之事項的道理」，而其證據亦不存在，而適用第 1 條第 3 號，第 2 條 1 號，處無期徒刑（台中地方法院 33 年第 985 號〔33 公第 334 號〕，明治 33 年 11 月 13 日判決，早川彌三郎判官）。明治 32 年 9 月，被告甲乙丙在桃澗堡與數十人一起襲擊家宅，強奪金員的事案，對於被告甲乙的否認自白，判決指出，「對甲總共五次，對乙總共兩次，在辨務署周密地進行訊問，其結論是各被告任意地坦白犯行」，並未否定其任意性的「跡象」，因此甲乙的否認是「不可避免認定為一時性的遁辭」，對各被告宣告死刑（台北地方法院明治 32 年第 1422 號，明治 32 年 12 月 27 日判決，寺島小五郎判官）。<sup>118</sup>

<sup>116</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 33 年對審判決原本第 5 冊，頁 33

<sup>117</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年對審判決原本第 1 冊，頁 20

<sup>118</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 34 年第 2 冊，頁 164

若警察・檢察調書被害事實互相一致，此等為相當強力的證據，似乎對被告有利的事實已並無被檢討的機會。譬如，明治 32 年 8 月在石碇堡，六堵隧道工夫小屋被放火，殺害內地人 2 人負傷 2 人的久米組襲擊事案，被告 8 人全員主張拷問，判決對於自白調書，「各被告在當公廷皆並未自白，但根據各被告的司法警察官的訊問調書及檢察官的調書，關於犯行各自逐一且明顯地自白」，其後「因為基於其犯行事實與由司法警察官所寫的檢證調書的謄本可認定之被害事實互相適合，可見由任意做其陳述的事實」，對於全被告適用第 1 條、第 2 條 2、6、7 號，除未成人兩人之外，其他人皆處死（台北地方法院明治 32 年第 1609 號，明治 32 年 11 月 20 日判決，藤井乾助判官）。<sup>119</sup>

但對於警察・辨務署調書的信賴度並不一定相當高。譬如，在明治 34 年 5、6 月，將軍隊行動、其搜索地域、襲擊的良好時機等訊息通報給匪徒的事案，因為證據文件的筆跡與自白調書所提到的人物的筆跡不符，「不能信賴自白而認定（被告）幫助匪徒」而宣告無罪（台中地方法院明治 34 年第 1018 號，明治 34 年 8 月 21 日判決，伊東愛敬判官）。<sup>120</sup>

另一方面，被告在檢察官與法廷欲否認警察調書時，法院似乎比較綿密地檢討相關事實。明治 32 年舊 8 月，在大坵田堡以數名襲擊家宅，強奪赤牛 1 頭的事案，「被告對於司法警察官已自行坦白，但在當公廷卻在完全否認」，一方面，被害事實的證據僅有「只是陳述巡查的意見的」復命書，基於證據不充足，因而宣告無罪（台中地方法院明治 33 年檢第 135 號〔33 年公第 84 號〕，明治 33 年 6 月 16 日，增山泰次郎判官）。<sup>121</sup>有自白調查書但被害事實的證據不足充分時亦一樣。根據起訴，明治 32 年 8 月在馬芝堡，被告以 20 人多襲擊內地人經營的妓院，強奪 370 圓。判決指出，「搜查調書中被告詳細地自白，但該案記錄中關於被害的

<sup>119</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 33 年第 4 冊 5 月，頁 71

<sup>120</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 8 冊，頁 50

<sup>121</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 33 年對審判決原本第 6 冊，頁 46



事實並無可靠的憑證」，而宣告無罪（台中地方法院明治 33 年檢第 567 號〔33 年公第 222 號〕，明治 33 年 7 月 12 日判決，增山泰次郎判官）。<sup>122</sup>

明治 32 年 12 月，在芝蘭三堡以數人襲擊家宅，綑綁家人強奪金品的事案，判官指出自白調書並無作成日期的表示，作成似乎是明治 33 年 2 月以降，但被告的拘束（前年 12 月 26 日）以來已過相當時間，因此「不應該認定（調書是）記錄任意的供述」，如此排斥警察的調書，宣告無罪（台北地方法院明治 33 年第 229 號，明治 33 年 3 月 30 日判決，藤井乾助判官）。<sup>123</sup>

## （2）拷問

在這次調查範圍之中，匪徒罪被告之在法廷主張拷問的例子有許多，但被採用之可能性相當低。如同自白調書的否認，若被告並未提出其證明，判官一般而言皆不會採納。在此案例，至少可以說拷問似乎影響到判官心證形成，但為證明拷問須要何種證據是事前並不清楚，在這次調查範圍之中，似乎並無一個判決針對拷問的立證需要何種證據有所評論。而且基於拷問宣告無罪之判決亦極少。因此雖然有辯護士的助言，不難想像保全拷問之證據是相當困難的。直接表示有拷問的事實之資料不多，但警察一方面由臨機處分處理匪徒的狀況下，排斥匪徒嫌疑者遭到拷問或調書捏造之可能性。譬如，根據磯谷恆三郎辯護士的回憶，大概在明治 33 年左右，他因為接受 5 位匪徒罪被告的辯護委託，而閱覽警察調查書的抄本。5 人的陳述互相一致，調書中被害者的證言說，她的簪子被拿去時，看到匪徒的手指有 6 根，被告之中 1 人的手指的確有 6 根。調查書似乎是十分完整。但在法庭上，全部的被告皆說「是因為遭受警察的拷問才做出不實的陳述」而否認其犯行，並且全部的被告皆有遭到拷問的傷痕。再加上連受害者皆說「毫無調查書上所寫的事情」而予以否認。在此磯谷確認記錄原本，發現被告原來有 6 人，

<sup>122</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 33 年對審判決原本第 7 冊，頁 127

<sup>123</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 33 年第 2 冊 3 月、頁 115

其中的 1 人以失蹤處理。他向其他的被告確認之後，得知「(失蹤者是)受到警察的拷問而被絞死」。檢察官開始調查之後發現屍體，5 名被告終於被宣告無罪。<sup>124</sup>

主張拷問的一個典型性例子是，在上述的久米組襲擊事件，被告 8 人全員主張，警察調書是「基於拷問陳述無憑無據的事實」而否認，檢察調書是「對於檢察官並未自白過」，在法庭亦並未自白。判決是以欠缺遭到拷問的證據(「不能認定司法警察官有拷問被告的事實」)，與檢察無錯誤論(「檢察官的調查書原來不會記載被告等人未曾陳述過之事實」)這兩點作為根據而排斥被告的主張。<sup>125</sup>

既然在檢察官庭不會受到拷問，那麼被告理應會做出真實的供述，以此作為穩固前提的觀點亦能看到。譬如，明治 32 年 12 月在武東堡，20 到 30 人襲擊家宅強奪金錢財物，向追擊的庄民開槍而造成數人死傷的事案，被告主張因為他在派出所與辨務署遭遇「毆打拷責」而自白調查書所記載的內容，而且「在檢察官庭，因為警察官吏暗示說，若供認與上述相符合的內容，就能馬上得到釋放」因而做出相同的陳述。判決對於警察調書指出，「對於受到毆打拷責而坦白的主張，毫無可憑之證據」，而且假使在警察遭遇拷問，「面對檢察官時，既然正如他(被告)自己陳述(在檢察官庭)並未拷問的話，被告理應要任意地陳述」，因此「所謂警察官吏暗示的這件事，其痴愚不足取之事情而不可信賴，因此要認定上述的主張皆是為免罪之遁辭，而排斥之」，而宣告死刑(台中地方法院明治 33 年第 1476 號〔33 年公第 486 號〕，明治 33 年 12 月 7 日判決，早川彌三郎判官)。<sup>126</sup>

在這次調查範圍之中，基於拷問的無罪判決將自白調書作成的程序看作問題。明治 31 年 5 月到 33 年 2 月的 5 次家宅襲擊(集團強盜)事案，搜查調書指出，被告在他里霧警察官吏派出所的訊問中的坦白。但被告在檢察官庭與公判庭否認，而指出基於警察官拷責並未記著陳述內容，判決指出「其供述皆首尾一貫」。

<sup>124</sup> 台南磯貝弁護士談，〈台灣法曹談錄 第四題 快心に堪へざりし事件〉，《法院月報》，第 4 卷第 2 號明治 43 年 2 月，頁 49—50

<sup>125</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 33 年第 4 冊 5 月、頁 76

<sup>126</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 33 年對審判決原本第 12 冊，頁 64

一方面，「此調書中並未表示讀給他聽之事情，並且並無被告等的署名蓋章，與在本島的司法警察官平常作成的搜查調書在其形式等不太一樣」，而宣告無罪（台中地方法院明治 33 年第 1196 號〔33 年公第 392 號〕，明治 33 年 12 月 17 日判決，川上和一判官）。<sup>127</sup>此判決重視的是被告的陳述或著調書形式是不明白，但似乎並非絕無判處無罪的可能性。

但判決文書不一定紀錄被告的重要的主張，因此實際上的被告否認調書的比例可能更高。例如在此事例的第二審，關於憲兵屯所調書主張拷問，判決寫作「被告指出在該調書之中基於拷問陳述無實的內容，但並無其跡象…」（明治 34 年控刑第 1 號，明治 34 年 2 月 7 日判決，櫻庭棠陰裁判長・原誠一・矢野豬之八各判官），但第一審判決僅有「上述內容是在當公廷被告人所自白之處，在憲兵屯所與檢察官廷各自有登載同樣地自白之事情記的調書，因此上述自白可措信賴」（台中地方法院明治 33 年第 1559 號〔33 年公第 515 號〕，明治 33 年 12 月 21 日判決，早川彌三郎判官）。<sup>128</sup>可以說被告在第一審極可能否認自白調書。另外的例子是，關於家宅襲擊第二審（覆審法院明治 32 年控刑第 154, 155 號，明治 32 年 1 月 22 日判決，加藤礼次郎裁判長・大津鈺次郎・矢野豬之八各判官）始言及「被告等在第一審公廷同樣地絕對否認本件公訴之事實」，然而第一審並未言及被告等表示的否認的內容（台北地方法院明治 31 年第 957, 1187 號，明治 32 年 4 月 11 日判決，岡澤主一郎判官）。<sup>129</sup>

如上述，檢察無錯誤論是相當明顯的特徵，在實務上應該是不可置疑的原則。尤其是，相較於警察調書，判官對於檢察調書有特別高度的信賴感，被告若否認

---

<sup>127</sup> 「要檢討在派出所作成的各調書。在此等調書中並未記載，向被告朗讀的記述和被告等的署名捺印等，與在本島司法警察官的通常作成的搜查調書其形式很不同，因此其調書上的自白的記載不能十分信賴」。《日治法院檔案》，司法官訓練所，明治 33 年對審判決原本第 12 冊，頁 133

<sup>128</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 3 冊，頁 9

<sup>129</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 34 年第 2 冊，頁 230

之，反之他的所有的主張可能被排斥。譬如，在上述的久米組襲擊事件的第一審判決認定，被告各自的自白是任意，宣告被告計 16 人全員是有罪。基於死刑 6 人中 5 人提出控訴。對於第一審記錄之中的判官詢問「對於我剛才訊問的事情與共犯者的名字，你們是不是在辨務署亦有明白地說過」，與被告等的回答「因為被打，因此陳述不實的內容」，第二審的判官事先指出，(一)「暫時不管辨務署的訊問手續如何」，各被告「洩漏了」，「其犯行及其連類者」是他們自己的。(二)表示其陳述內容是警察官的拷問結果的證據並不存在，但「假使它是基於拷責的無根據之事實」、對於各被告的檢察官的「在搜查處分內之任意的訊問調書」有關於犯行的詳細部分的自白。其後，(三)關於被告在第二審，對於調書裡面自白內容所表達的「不知道」、「沒有說過如此的內容」等陳述，判決指出，「當做我帝國司法官的檢察官在進行搜查權，作成無實之文件的非行，不僅未曾聞之，其無譎詐之行動，與國所認之處」，而且「關於事實的觀察，基於人人會有不同意見，其取捨須要熟慮，但對於其記載事項的外面上之信賴，絕對不會容許懷疑」，如此展開相當強烈的檢察無錯誤論。其後為結論，「…然而若看被告等僅有隨便亂說不知道或者並未說過而並無為舉證努力，一定要認定被告等的虛假陳述太甚，更進一步足以察知，他們的面臨警官時所洩漏的事實亦是基於拷責之無根據陳述，如此的辯解亦是詐言」，而駁回全員の控訴（覆審法院明治 33 年控刑第 16, 17 號，明治 33 年 4 月 21 日判決，大津鈺次郎裁判長・櫻庭棠陰・原誠一各判官）。<sup>130</sup>換言之，判決的論理即是，關於檢察調書的適用法條或量刑，被告可以提起反論，但對於其所登載之訊問內容（自白）的存否本身，不會容許任何的懷疑。

另一方面，亦看得到與據檢察調書否定警察調書之判決。被告甲明治 33 年 3 月，與隨於匪徒的哥哥，襲擊民家強奪水牛 1 頭等的事案的第一審，根據包括警察所作成的搜查調書（基於被告乙與在同一事案的另一外的法庭已分別地受到有罪判決的被告丁，在陳述被告亦同行於家宅襲擊的證言），對被告宣告死刑（台中

<sup>130</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決謄本明治 33 年（給覆審法院）、頁 177

地方法院明治 35 年第 987 號，明治 35 年 9 月 29 日判決，高田銀一郎判官)。<sup>131</sup>基於乙在控訴的第二審引用台中地方法院檢事局所作成的上述人物的調書。乙的涉嫌是因為乙的同庄住民的丙，對於北斗支廳路口厝派出所的訊問陳述「乙亦加入加害者的行列」。但根據台中地方法院檢察局雖製作的丙的調書，「(丙)陳述乙的哥哥是本事件的加害者，但不知道乙本人是不是加害者」。而且在同檢察局對於已分別地受到有罪判決的被告丁的調書，「(丁陳述)他不認識叫做乙的人，但因為在派出所他們命令我要陳述被告是加害者因此如此陳述，如此後來取消其陳述」，加上在北斗支廳的乙的搜查調書有「以前陳述他是同行者之一人，但馬上取消之，而說其實我並未去因此詳細的部份不能陳述」。基於證憑不充足，宣告無罪(覆審法院記錄號不明，明治 35 年 10 月 31 日判決，櫻庭棠陰裁判長・渡辺乾助・高田富藏各判官)。<sup>132</sup>

但其中尚有警察官，似乎同坐在檢察官廷，向被告的陳述加壓力的事例。辯護士主張，調書是在檢察官廷調查時，因為同席的「小谷警部嚴厲脅迫」而作成，因此調書並無任意性，但判官雖然認定同坐之事實，「並無應該注意的加脅迫的事跡」，而且假使在法廷之外有脅迫，「來到檢察官廷以後理應申訴其冤枉」，然而被告「卻詳陳自己的罪狀」，而指出不能僅由警官的同坐將檢察官廷的訊問調書看作無效(台中地方法院明治 33 年第 1074 號〔明治 33 年公第 361 號〕，明治 33 年 11 月 20 日判決，宇野美苗判官)。<sup>133</sup>但若警察官能發揮影響力的話，檢察無錯誤論當然是無稽之談。

關於被告的個人識別問題，雖然有多少的疑問，雖然有疑問，有檢察調書就足夠當重要的證據。譬如，明治 32 年 6 月在大糠榔堡，與十數名一起襲擊家宅，強奪金品的被告，在法廷主張他叫「王十」，並非記錄之中的「王十一」，但判決

<sup>131</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 35 年判決原本第 11 冊，頁 25

<sup>132</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 35 年判決原本第 11 冊，頁 28

<sup>133</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 9 冊，頁 18

指出，「被告已在司法警察官及檢察官庭詳細地坦白，而且其自白符合與乙等八名的記錄之中的檢證調書，因此雖然姓名有差異，對於被告涉及犯罪的事實證憑充足」而宣告重懲役 9 年（台中地方法院 33 年檢第 163 號〔33 年公第 63 號〕，明治 33 年 5 月 21 日判決，增山素次郎判官）。<sup>134</sup>

另一方面，亦有判決透過詳細地識別是否為當事人，其後排斥檢察上告的例子：對於明治 31 年農曆 9 月，在西螺堡以數人在走路上，（一）拿去在牽引水牛之被害者 1 人（二）強奪玄米 4 擔及銀貨 20 圓，之兩個所為，第一審（台中地方法院明治 33 年第 1595 號〔明治 34 年公第 19 號〕，明治 34 年 2 月 28 日判決，川上和一判官）<sup>135</sup>與第二審（覆審法院明治 34 年控刑第 89 號，明治 34 年 4 月 4 日判決，櫻庭棠陰裁判長・矢野猪之八・高田富藏各判官）<sup>136</sup>認為，認定（一）的犯人是甲的理由在於，北港辨務署的自白調書與證人的推測而已，關於（二），（a）調書人相書之中的犯人極胖，但甲是相當瘦，（b）第一審證人有「（關於甲）過去並未聽過有偷過別人的東西等不好的事情」、「〔註：關於證言者〕據我所聞，（註：對於犯行，證言者）關於有去的人、並未去的人，並無區別地亂七八糟地進行證言」的證言，（c）有證言指出，大概光緒 17 年左右，甲與被害者親屬關於水牛向雲林縣廳提起訴訟，之後他們的關係並非良好，而被害者「由害被告之企圖，如證人的陳述，有胡亂證言的可能性」，終於因為證據不充足宣告無罪（明治 34 年控刑第 89 號，明治 34 年 4 月 4 日）

雖是少數，尙是能看得到否定檢察調書之事例。例如在明治 31 年舊 7 月，在北投堡襲擊家宅綁架 1 人強奪 3 隻雞的事實，被告跟從之。第一審指出「警察官所作成的被告調書中顯然有自白」，而且其內容符合被害者調書，而宣告死刑（台

<sup>134</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 33 年對審判決原本第 5 冊，頁 104

<sup>135</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 4 冊，頁 168

<sup>136</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 4 冊，頁 168

中地方法院明治 35 年第 73 號，明治 35 年 4 月 10 日判決，原誠一判官），<sup>137</sup>但第二審判決認為，（一）被害事實的證據僅有於犯行 4 年後始作成的警察・檢察調書而已，（二）被告是加害者的證據僅有在草鞋墩支廳的被告訊問調書而已，（三）（二）的調書似乎是「因為被告在山中談談自己舊惡的懺悔」，巡查要他任意同行之後作成，「被告到底向誰任意地述說如此的內容」，並不清楚，而由證憑不充足，宣告無罪（明治 35 年控刑第 79 號，明治 35 年 5 月 17 日判決，手島兵次郎裁判長・高田富藏・藤井乾助各判官）。<sup>138</sup>

當時的台灣司法上的檢察調書比其在日本內地的刑事司法有多少證據能力尙待將來的研究，但由上述判決可見的確有相當大的影響力。

## 2. 情狀酌量和未成年（刑法）

匪徒裁判的特色之一，一方面由律令（匪徒刑罰令）所規定之刑罰是非常嚴苛，但另一方面對於基於法律（刑法）的量刑減輕，並無任何限制。亦即是說，（一）判官基於自己的心證自有地能酌量情狀，換言之，判官的裁量是相當大，（二）律令的嚴刑政策不能排除法律的介入，換言之，帝國議會一直皆保有介入的可能性。適用情狀酌量（刑法第 89, 90 條）者大致上是所有起訴者的一成，許多死刑因此改成無期徒刑，但判決少有言及情狀酌量的根據，不能得知其判斷的妥當與否。舊刑法將未成年分類到（一）12 歲以下，（二）12 歲以上 16 歲以下，（三）16 歲以上 20 歲以下等三個階段，（一）為皆不論罪，（二）要審案有並無「辨別其所為之是非」、「並未辨別地違犯時不論其罪」，（三）僅是刑罰的減輕。在這次調查的範圍之中之被告，20 歲以下的未成年者有 5% 左右（圖 四—5），但未成年者無例外地受到免訴，無罪，或者減輕刑罰等之處置。

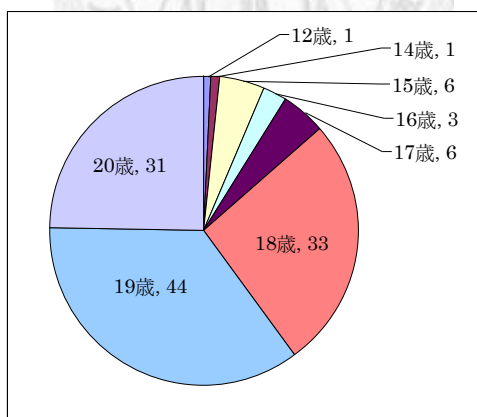
譬如，第一審將 15 歲的被告看作「欠缺是非辨別識能者」，而判決「不論其

<sup>137</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 35 年判決原本第 5 冊，頁 33

<sup>138</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 35 年判決原本第 5 冊，頁 35

罪」(明治 33 年第 1198, 1220, 1633 號, 明治 33 年 11 月 30 日判決, 前川房二郎判官),<sup>139</sup>由檢察控訴第二審認定被告「隨從同行時一定搬運其黨類之衣料或煮飯或拾柴等從事雜役」, 基於檢察調書尚認定, 襲擊警察官吏派出所時「沒帶槍而僅在擔其黨類等的衣類」, 由一審公判始末書所登載的被告作證記錄「我由匪徒被綁架, 以強制擔衣服或其他東西跑到各處」認定他從事雜役「第一審認定被告雖然與其他匪徒一起從事殺害掠奪等之非行, 完全並無是非之識別能力而不論其罪的判斷為失當」, 依據第 1 條第 3 號與刑法未成年(第 80 條第 2 項)・情狀酌量(第 89, 90 條)宣告重禁錮 2 年 6 月(覆審法院明治 33 年控刑第 408 號, 明治 34 年 2 月 8 日判決, 櫻庭棠陰裁判長・原誠一・矢野猪之八各判官)。<sup>140</sup>在此事案, 亦有判官可能適用第 2 條, 不考慮情狀酌量而處無期徒刑的可能性, 在此亦看到判官裁量範圍之廣大。

圖 四—5：匪徒被告中未成年被告數



資料來源：《日治法院檔案》。參照腳註 15。被告年齡根據判決書上之表示。

在這次調查範圍之中, 不能確認對於 20 歲以下的死刑宣告。但批判匪徒刑罰令的報紙亦報導過, 12—13 歲及 12 歲的被告甲乙可能處死。<sup>141</sup>該事案是明治 33

<sup>139</sup> 《日治法院檔案》, 台北地方法院, 刑事判決原本重罪明治 34 年第 1 冊, 第 76 頁

<sup>140</sup> 《日治法院檔案》, 台北地方法院, 刑事判決原本重罪明治 34 年第 1 冊, 第 72 頁

<sup>141</sup> 〈匪徒刑罰令の苛酷〉, 《台灣日報》, 明治 33 年(1900) 12 月 9 日



年 7 月 16 日，被告等襲擊文山堡的大溪墘警察官吏派出所，殺害巡查 2 人，同月 19 日襲擊在同堡的耳空龜警察官派出所而被擊退。實際上的第一審判決對於甲（認定為 22 歲）處死刑，12 歲的乙由刑法第 79 條前段，15 歲的丙由同法第 80 條各自被處「不論其罪」（台北地方法院明治 33 年第 1198, 1220, 1633 號，明治 33 年 11 月 30 日判決，前川房二郎判官）。<sup>142</sup>最年輕的無期徒刑是 17 歲。該案是明治 31 年 9 月，在武西堡由 4 人的屋外強盜強奪水牛 1 頭，適用第 1 條第 1 號，第 2 條 7 號，第 7 條，刑法第 81 條之案例（台中地方法院明治 31 年 394 號，明治 32 年 3 月 31 日判決，矢野猪之八判官）。<sup>143</sup>

戶口制度尚未完成的當時，<sup>144</sup>為認定被告的年齡的判官似乎依靠「原籍調」、「原籍調書謄本」、「原籍取調書」等之送來的戶口文件，左右死刑與懲役刑。前者為明治 32 年 8 月 11 日，在石碇堡以數人襲擊民家，綁架家屬 1 人後在山中殺之的事案，第一審由第 1 條第 3 號，第 2 條 6 號，刑法第 81 條宣告無期徒刑（台北地方法院明治 32 年第 1594 號，明治 32 年 12 月 26 日判決，藤井乾助判官），<sup>145</sup>但第二審指出被告前年在辨務署・檢察調書口供 21 歲，「雖然去年已廿一歲，被告是到此法廷的過程當中，才想出刑期的縮減而作詐言者」，而排斥未成年，減輕宣告死刑（覆審法院明治 33 年控刑第 92 號，明治 33 年 5 月 8 日判決，大津鈺次郎裁判長・櫻庭棠陰・原誠一各判官）。<sup>146</sup>又在明治 32 年農曆 12 月，在打猫東堡以數名襲擊家宅強奪赤牛的被告甲乙之事案，乙在法廷主張現在是 17 歲，判決由「原籍取調書」認定為 21 歲，但因在犯行時尚是未成年，適用刑法第 378 條，第

<sup>142</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 34 年第 1 冊，頁 76

<sup>143</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所，大正 8 年判決原本第 6 冊，頁 24

<sup>144</sup> 明治 29 年以後依據現住主義的戶口調查簿的原來的目的是維持治安，隨著社會制度的整備，本籍和身分證明的必要增大，明治 35 年左右在各廳開始採用本籍主義。但基於屆出（申報）主義，制度的缺點還留下來。畠中市藏，《台灣戶口制度大要》，（東京：松華堂，昭和 11 年（1936）），頁 6-7

<sup>145</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 33 年第 5 冊 6 月，頁 40

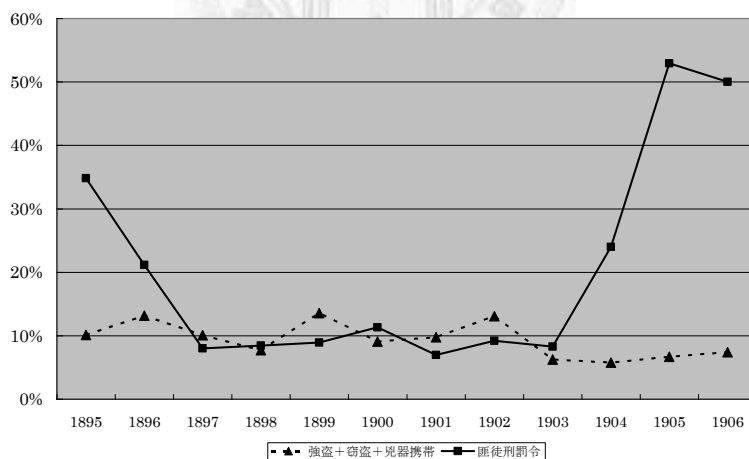
<sup>146</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決謄本明治 33 年（給覆審法院），頁 168

379 條第 1, 2 項，第 81 條，處重懲役 10 年（被告甲有期徒刑 12 年）（台中地方法院明治 33 年檢第 204 號〔33 年公第 109 號〕，明治 33 年 5 月 19 日判決，土屋達太郎判官）。<sup>147</sup>

### 3. 無罪、冤罪

匪徒罪被告的無罪率，在其最低水平尙是有 1 成，與內地的暴力性集團犯罪（強盜・持兇器竊盜・兇徒聚眾）在同一的水準（圖 四—6）。而與日本統治時代台灣的刑事第一審無罪率相比，尙是相當高（圖 四—7）。此等表示，基於匪徒罪的起訴中，強行起訴較多，另一方面司法的獨立大概存在。值得注意的是，匪徒罪的起訴件數明治 37 年大減少以後、無罪率成爲極高，暗示由匪徒罪的起訴更爲困難。

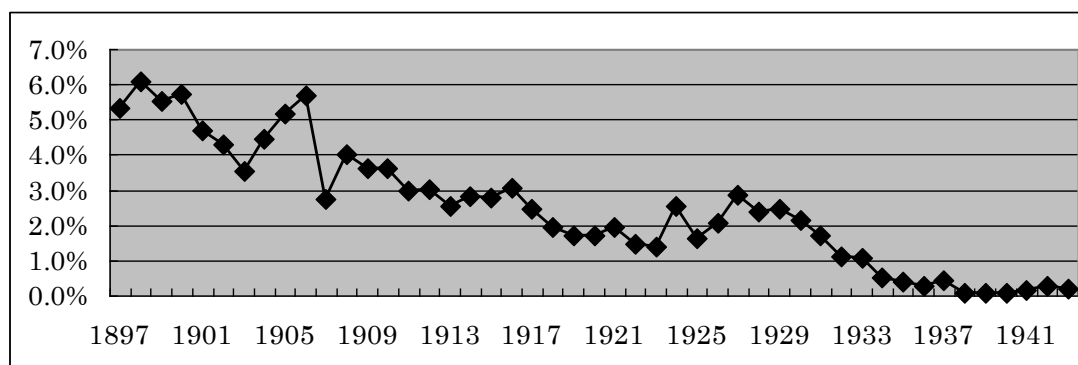
圖 四—6：內地暴力的集合犯罪・匪徒罪的無罪率



資料來源：《司法省統計年報》；台灣總督府法務部編，《台灣匪亂小史》（台北：台南新報支局印刷部，1920），筆者作成

<sup>147</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 33 年對審判決原本第 5 冊，頁 87

圖 四—7：刑事第一審無罪率



資料來源：「表 162 歷年刑事訴訟第一審案件」，台灣省行政長官公署統計室編，《台灣省五十一年來統計提要》（台北：該室，1946）。百分率為每年第一審「終結（無罪）」件數對於「受理（新受）」件數之比率。

不僅基於訊問調書的冤罪，尚有可能因為別人的證言或誣告蒙冤。對於匪徒集團的強盜事案（第一所為：明治 31 年 5 月，在東螺東堡襲擊台灣人所有的製糖場，強奪水牛 27 頭與赤牛 3 頭之後放火。第二所為：明治 33 年 2 月，在東螺東堡襲擊家宅強奪金品，殺 1 人傷 1 人），第一審對於第一事實，以自白調書及與其相符的其他事件記錄中之調書作為基礎而加以認定，對於第二事實則是，以警察的被害者調書內有「被害者兩名當時明確地確認土匪之中的被告存在，因為被告等所攜帶的火炬亮光，明確地能確認被告的存在」的記載作為基礎而加以認定，依據第 1 條第 3 號，第 2 條 2, 6、7 號宣告死刑（台中地方法院明治 36 年第 69 號，明治 36 年 6 月 13 日判決，原誠一判官）。<sup>148</sup>但由被告控訴的第二審對於第一事實，證據若僅有自白調書與被害調查的話，「僅將被告自白看做判斷死刑之證據，這是頗為危險，若並無其他可靠的證據，不能認定控訴事實」，關於第二事實判決指出，被害者乙在第一審法庭陳述過，「我以前在台中廳陳述甲在匪徒之中，這並不是我目睹，但家屬人說我應該陳述甲亦加入，而且因為是剛剛受害，照他們所講的進行陳述」後，說「關於（對於被告）不利之證據有許多疑惑點，不能

<sup>148</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 36 年判決原本第 8 冊，頁 20

憑信」，而宣告無罪（覆審法院記錄號不明，明治 36 年 7 月 16 日判決，櫻庭棠陰裁判長・高田富藏・土屋達太郎各判官）。<sup>149</sup>

但法院亦不一定進行充足的審理。根據台北的辯護士服部甲子造的回憶，在櫻庭棠陰裁判長的覆審法院刑事公庭（明治 33 年前後？），服部所擔任的匪徒罪被告「絕對不是會成為土匪的人，他本身亦主張並未做過土匪行為，而且並無能顯示他加入土匪的可靠的證據，僅有共犯人之中的一、二位由非常曖昧模糊的說法陳述他亦參加土匪行為」。服部為證明，被告有自己的職業因此不可能是土匪，而事件當天亦在別的地方從事自己的工作，因此申請個別事實的證人但遭到駁回，最後被告被判處死刑。「被告對社會來講不是那麼重要的人物，對於一個人的生命有關係的處分，如上述相關事實是頗為曖昧模糊，我覺得不須要著急地省略檢討，不過是一位證人。我每次想起此事件，現在尚有不舒服的感覺」，如此表示對於法院的審查證據提出疑問。<sup>150</sup>

#### 4. 控訴、上訴

匪徒罪被告之中的控訴者人數，似乎並無公式的統計，但該令施行之後，狀況報告指出「基於新法的發布，受到死刑或者其他的重罪刑的宣告之後控訴者紛紛出現」，<sup>151</sup>因為原來期待有期徒刑判決的強盜罪者陸續被宣告死刑，控訴當然要增加。根據當時的報紙報導，匪徒罪事件大約有 6 成要控訴，但其大部分被駁回，<sup>152</sup>至少可認為相當多數者請求第二審的判斷。刑事訴訟法上，台灣本島住民的控訴並無特別限制，這次調查範圍之中，能確認上訴的僅有成左右。這似乎是因為下述，當局制定限制匪徒罪被告的上訴之相關法令。

<sup>149</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 36 年判決原本第 8 冊，頁 16

<sup>150</sup> 台北服部辯護士談，〈台灣法曹談錄 第五題 今も心持悪く思ふ事件〉，頁 74－75

<sup>151</sup> 〈重罪輕罪控訴豫納金之件〉，《台灣總督府公文類纂》，民刑記錄 刑事ニ關スルモノ 自明治三〇年至明治三八年 官房法務課，第 10 件（冊號：11117）

<sup>152</sup> 〈司法制度の兩局面〉，《台灣日日新報》，明治 33 年 8 月 9 日

### (1) 臨時法院條例的修改、再審・非常上告

當局在與匪徒刑罰令同時制定的一串連的律令之中，可看出有一個共通的特徵即被告上訴的阻擋，換言之，司法的救濟與擴大的裁量。首先與該令一起由緊急律令制定之台灣總督府臨時法院條例的修改（明治 31 年 11 月 5 日律令第 23 號）的目的可謂是，（一）讓臨時法院可能適用匪徒刑罰令（第 1 條），（二）那個時候，停止非常上告與再審的規定（第 6、7 條但書的刪除）。亦即是由該令之嚴刑與一審終審的臨時法院的配套，大幅度擴大死刑判決，而提前確定判決。其政策的目的應該是阻擋無罪判決陸續出來的明治 29 年彰化臨時法院的重現。

但臨時法院條例修改案遭遇法制局的反對，經過 9 個月以上後，基於制定補充二律令，即為讓覆審法院受理非常上告與再審之訴的「關於刑事事件的再審之訴及非常上告的律令」（明治 32 年 8 月 30 日律令第 26 號）、「關於對於台灣總督府臨時法院判決的再審及非常上告的律令」（同第 27 號），好不容易地得到敕裁。<sup>153</sup>上述（二）並未實現，但在能設置臨時法院的狀況之下，基於該條例與匪徒刑罰令的配套，被剝奪上訴的機會。

### (2) 重罪輕罪控訴豫納金規則

#### a. 規則的制定

為阻擋匪徒罪被告的上訴，雖然不起眼，尚有重要機能的是，緊接著匪徒刑罰令的施行被制定的「重罪輕罪控訴豫納金規則」（明治 31 年 12 月律令第 25 號）。此制度模仿內地的「重罪控訴豫納金規則」（明治 23 年 2 月 10 日法律第 7 號），

---

<sup>153</sup> 關於其制定過程的詳細，參見檜山幸夫，〈台湾總督の律令制定權と外地統治論—『匪徒刑罰令』の制定と『台湾總督府臨時法院條例改正』を例として〉，《台湾總督府文書目録 第 4 卷》，（東京：ゆまに書房，1998 年），頁 514 以下。

但英德法各國缺同樣的制度，<sup>154</sup>在內地受到批判後在明治 33 年通過議員立法被廢止，<sup>155</sup>而且當時甚至政府本身亦贊成其廢止，但台灣的該規則制定，如下述的其制定經緯，其目的明顯是阻擋匪徒罪被告的控訴。

匪徒刑罰令施行的大約一個月前即明治 31 年 10 月 12 日，台南縣知事磯貝靜藏由私信的形式向總督府提請控訴豫納金制度導入之意見。其內容是，「從來法律思想貧乏的土人，特別是如土匪」之中，有許多提起控訴者，但許多部份「毫無其根據」。司獄官在向他們「懇篤訓示」不要控訴，但「控訴人之目的大致並非雪冤，而是期待押送途中有萬一的能逃走的僥倖，或者有覆審法院會宣告無罪的迷信」，因此他們不會輕易地放棄。一方面「此問題亦涉及人權的消長，因此不能強制地抑制，故無法僅能放任他們的決定」。因陸路的押送危險不如選擇海路，但押送費的預算亦有限制，正在面臨困難。他主張，因此「最好的辦法」是導入內地的控訴豫納金制度。磯貝指出，控訴人的半數以上是「土匪之類」，「大部分是無資力者，因此假令人提起控訴，過半為並無繳納豫納金之能力者」，而且上訴程序是「事先要遞交相關文件向上級法院，有許可之後才要押送本人」，因此如此不須押送被告至上級法院，可防止濫訴，能省略過程與費用。因為亦可以減少來自裁判繼續的未決拘留日數，亦是「亦成為被告人的利益」，因此「諸事相當方便」。<sup>156</sup>他的此立場似乎認為，控訴應該在檢事局通過其書面審查，其文件若無問題始能向上級法院遞交，但如以下的檢討，這是刑事訴訟法的解釋上有問題的一點。10

---

<sup>154</sup> 在第 14 議會貴族院同規則廢止法律案特別委員會，波多野敬直司法次官的答辯。貴族院事務局，《第十四回帝國議會貴族院委員會會議錄》（東京：貴族院事務局，明治 33 年（1911）），頁 747

<sup>155</sup> 在第 14 議會眾議院本會議議員望月長夫所提示的廢止理由是，（一）因為由控訴未決拘留期間要延長，訴訟費用負擔亦增大。在法律完備之嫌在，因此應該並無許多人無理由地亂控訴，（二）在刑事程序裁判官的調查證據之權限很大，他們不會簡單地許可不必要的證人，（三）貧窮者的不能容易地冤枉。《第十四回帝國議會眾議院議事速記錄》第 14 號，頁 248，明治 33 年 1 月 26 日

<sup>156</sup> 前掲〈重罪輕罪控訴豫納金之件〉

月 19 日、石塚英藏參事官長對於磯貝回信，「總督府亦認識樂其必要性，該規則的草案的一半以上，已通過評議會，因此應該不遠達到上奏的程序」，似乎總督府亦已有同樣的考慮。

總督府在該規則的制定理由書，列舉：(一)「防制台灣人的亂提起控訴之弊端」，(二)在台灣訴訟費用比較高，中央政府方面亦並未反對，<sup>157</sup>在僅僅 29 天的短期間有裁可(表 12)。匪徒刑罰令剛施行之後的 11 月 19 日，磯貝再一次向石塚打聽，「基於新法〔註：匪徒刑罰令〕的發布，受到死刑或者其他的重罪刑的宣告之後控訴者紛紛出來，曾經提案的豫納金制度，能不能馬上發布」。<sup>158</sup>他所欲要報告之當時的狀況應該是，因為原來期待有期徒刑判決的強盜罪的被告們陸續被認定「匪徒」，受到死刑宣告，故驚慌地提出控訴。

若政府在台灣採用憲法施行說，臣民的受到裁判的權利是最重要的事項之一，因此僅由相當低的無罪率，阻擋刑事訴訟法所規定之上訴程序，當然違背近代立憲主義或法治主義。根據台灣總督府的同規則制定理由書的附件之中的表格(表 26)，<sup>159</sup>內地的刑事控訴率是 3.6%，台灣是 7.8%，的確在台灣比較高，但同年在內地重罪的控訴率高達 23.1%。<sup>160</sup>因為在台灣相當於重罪的匪徒被告較多，因此較高的控訴率是理所當然。但對於一審判決件數的刑事控訴件數(新受)

---

<sup>157</sup> 〈台灣重罪輕罪控訴予納金規則ヲ定ム〉，《公文類聚》第 22 編明治 31 年第 30 卷 JACAR: A01200876200

<sup>158</sup> 〈重罪輕罪控訴豫納金規則〉，《台灣總督府公文類纂》，明治 31 年第 15 卷第 16 門第 22 號，(冊號：00254)

<sup>159</sup> 內地控訴件數依《日本帝國司法省刑事統計年報》第五冊，明治 27 年(1894)，頁 34；台灣控訴件數依「刑事控訴舊受件數」之中由被告控訴的取消・棄却判決數。台灣總督官房調查課編，《台灣總督府統計書》，第 1 回明治 30 年(1897)，頁 79。台灣第一審判決數為刑事第一審的有罪、無罪、免訴之合計(該書頁 83)。資料內還有在內地每 30 件一審判決，在台灣每 21 件有控訴一件之表示，但這個件數與一審判決・控訴件數的比率不一致，其算出方法不明。

<sup>160</sup> 一審判決 2,526 件中 583 件。日本帝國司法省刑事統計年報第五冊(明治 27 年) 34 頁參照。

是從明治 31 年（15%）的高峰以後繼續減少，被告在控訴審拿到無罪（原判決的取消）判決之機會亦同樣地減少，在明治 35 年對到降低到 1% 左右（表 四—9）。

表 四—9：刑事被告控訴狀況

	一審判決	有罪	無罪	控訴新受	被告控訴（取消）			被告控訴（棄却）		
						對控訴	對一審有罪		對控訴	對一審有罪
M30	2,104	1,974	116	164	55	34%	3%	72	44%	4%
M31	3,250	3,045	201	473	199	42%	7%	106	22%	3%
M32	3,936	3,711	219	437	83	19%	2%	284	65%	8%
M33	5,459	5,140	315	422	121	29%	2%	232	55%	5%
M34	6,700	6,375	316	441	103	23%	2%	243	55%	4%
M35	6,513	6,221	280	249	56	22%	1%	132	53%	2%

資料來源：台灣總督府官房調查課編，《台灣總督府統計書》，第 6 回（明治 35 年），頁 284、291。一審判決包括免訴。

關於（二），內地「重罪控訴豫納金規則」（明治 23 年法律第 7 號）與「係由輕罪的控訴之規則」（明治 18 年太政官布告第 2 號）規定應豫納重罪 20 圓，輕罪 10 圓的費用，在台灣，「刑事訴訟費用規則」（明治 31 年 7 月 16 日律令第 11 號）所規定之費用（第 1 條）是 30 圓及 15 圓，比內地相當高。而且關於訴訟費用，在台灣刑事訴訟費用規則第 1 條適用「民事訴訟費用規則」（明治 31 年 7 月 16 日律令第 10 號）的規定。在台灣的當事者、證人、鑑定人、通事的日津貼的金額是，與在內地刑法附則（明治 14 年太政官布告第 67 號，明治 28 年法律第 3 號改正）所規定之刑事訴訟費用的規定大致相同，但在台灣的滯留費與交通費大概是內地一倍。<sup>161</sup>此 30 圓的豫納金是與當時的平均生活費用（表 四—10）相比極其

<sup>161</sup> 在內地的刑事訴訟費用依「刑法附則」（明治 14 年太政官布告第 67 號，由明治 28 年法律第 3 號改正）規定，在台灣「刑事訴訟費用規則」第 1 條適用「民事訴訟費用規則」（明治 31 年 7 月 16 日律令第 10 號）。住宿費用在內地 8 里以遠者 25 錢，鑑定人・通譯 50 錢（附則第 12 條）。在台灣 3 里以遠各 50 錢，1 円（規則第 9 條）。交通費每公里內地 2.5 錢，台灣以汽車 4.3 錢，以船 3.8 錢・以車馬 7.6 錢（同第 9 條）。



高，特別是對每月的生活費大致 1 圓左右的農村貧困階層的被告而言，事實上相當於上訴之權利的剝奪。

表 四—10：日治初期社會生活費

	都人								村落							
	富戶		貧戶		大商戶		小商戶		富戶		貧戶		農家		商家	
	上	下	上	下	上	下	上	下	上	下	上	下	上	下	上	下
舊政府	30	20	3	1	25	15	15	3	15	7	2	1	3	1.5	4	3
現在	40	28	4	3	30	15	20	8	16	8	2	1	5	3	6	4

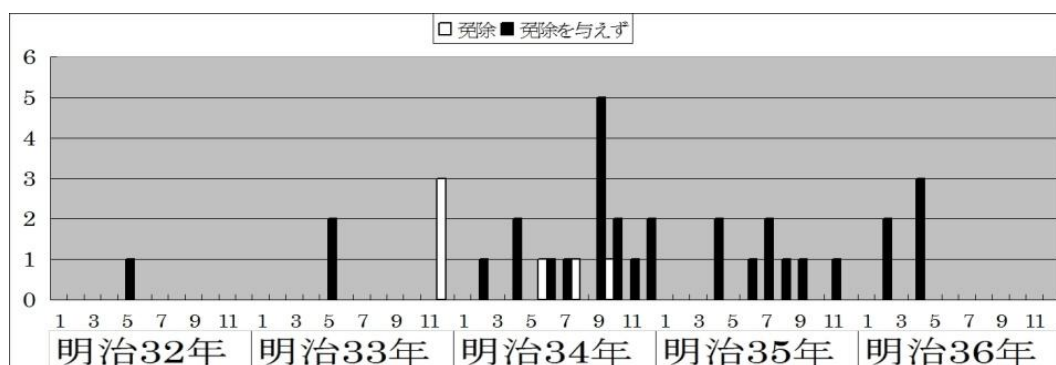
資料來源：〈土人生活程度の進歩〉，《台灣新報》，明治 31 年（1898）3 月 9 日，第 2 版。

但看日治法院檔案就能理解，承認請求的例子似乎是相當少。在日治法院檔案，從明治 32 年 4 月到 43 年底，能確認關於控訴豫納金的決定謄本 38 件，但當中承認免除的決定僅不過有 6 件（14%），<sup>162</sup>且其大部份集中於明治 33 年 11 月到隔年 10 月之間（圖 四—8）。相較於所有二審件數（新受）內的豫納金免除者是大致 3 成左右（表 四—11），有關匪徒罪免除的審查似乎是比較嚴格。在西來庵事件，江定以下的 3 位被告的豫納金免除請求申請亦被駁回，隨後他們並未上訴。<sup>163</sup>

<sup>162</sup> 明治 33 年第 373 號，明治 34 年第 867、960、1636 號（《日治法院檔案》，台北地方法院刑事判決原本，明治 34 年第 1 冊，頁 47；明治 34 年第 2 冊，頁 95、286、315）。

<sup>163</sup> 台灣總督府法務部編，《台灣匪亂小史》（台北：台南新報支局印刷部，1920），頁 160

圖 四—8：控訴豫納金免除決定件數



資料來源：《日治法院檔案》。參照腳註 15。

表 四—11：刑事二審新受件數與豫納金免除者

	明治 32 年	明治 33 年	明治 34 年	明治 35 年	明治 36 年
二審新受件數	437	422	441	249	247
豫納金免除者	196	148	102	58	61
	45%	35%	23%	23%	25%

資料來源：台灣總督府官房調查課編，《台灣總督府統計書》，第 3—7 回，明治 32—36 年。

### b. 法院・總督府的對立

另一方面，該規則亦有設置與內地同樣為救濟貧困者的豫納金免除請求制度。此請求要與控訴的同時進行，從請求時 14 天以內一定要提出控訴趣意書與其地址附近的辨務署・辨務支署長或者街庄長所作製的無資力證明書。若此等機關的所在地離法院 3 里以上，每 8 里加 1 天（第 1 條）。受到文件遞交送之覆審法院聽取檢察官的意見之後決定可否免除（第 5 條），期間內若並無趣意書・證明書的提出，或者未有由第 5 條的免除，控訴的提起歸無效（第 6 條）。若看其實例，住在基隆的匪徒罪被告，對於第一審的死刑判決（台北地方法院明治 35 年第 720 號，明治 36 年 4 月 15 日判決）<sup>164</sup>，4 月 20 日提起控訴的同時提起免除請求，而 5 月 8 日（提起控訴 18 天後）提出基隆廳發行的無資力證明書，覆審法院由決定說，被告的無資力證明書提出期限是，重罪輕罪控訴豫納金規則第 3 條所規定之

<sup>164</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 36 年、頁 102

14 日天，加上猶豫期間 2 天的 16 天，因為已過期限，控訴歸無效（明治 36 年控刑第 118 號，明治 36 年 5 月 19 日決定）。<sup>165</sup>在此可看出，行政機關基於推遲無資力證明書的發給，事實上能阻擋被告進行控訴的可能性。

但當時並未施行的一方面法院事實上所尊重的刑事訴訟法上的控訴期間與該規則的免除請求期間的關係有不明確的部分。圍繞其解釋，法院・總督府之間發生如下的對立。該規則第 6 條由明文規定，覆審法院若決定不會給豫納金之免除，控訴應歸無效。被告的豫納金免除請求被駁回時，若已超過控訴期間（第一審判決後 5 天以內，刑事訴訟法 252 條），雖然被告馬上試圖繳納豫納金，因為控訴已無效，有不受理的可能性。實際上的運作似乎亦是相同。明治 33 年，有覆審法院進行已過控訴期間的被告控訴程序時，總督府向法院要求說明之事例。在李倉明被告外 5 名的匪徒刑罰令違反事案，第一審判決向李被告宣告死刑（明治 32 年 4 月 13 日），被告次日向覆審法院提起控訴，5 月 2 日（提起控訴 18 天後）向地方法院提出控訴趣意書與無資力證明書，5 月 6 日（同 22 天後）向覆審法院繳納控訴豫納金。覆審法院檢察官受理之，覆審法院進行控訴程序。但覆審法院到翌年 2 月 3 日決定不承認免除豫納金，2 月 17 日將事件視為結束而遞送向檢察局。檢察局 20 日遞送相關文件向總督府申請死刑執行命令，總督府在同一天起草該命令，而 23 日發送之，李被告在 26 日被處刑。3 月 1 日有死刑執行報告，同月 3 日府報登載之。<sup>166</sup>

但總督府將本案看作「起因於該官吏的不慎」，2 月 28 日民政長官向覆審法

---

<sup>165</sup> 該決定認定，根據規則第 3 條（被告住所所轄機關在 3 里以遠，每 8 里加 1 天，未滿單位的距離超過每 3 里再加 1 天的緩衝期間），關於基隆廳和覆審法院之間的距離（8 里 18 町）的單位未滿的 18 町決定不給緩衝期間，而判斷緩衝期間為來回 2 天。《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 36 年，頁 105。最初期的判例集《台灣總督府判決錄》亦登載之。中村泰忠，《台灣總督府法院判決錄 第一輯第二卷》，（台北：自刊本，明治 36 年（1903）），頁 21－22

<sup>166</sup> 檜山幸夫，〈明治 33 年匪徒刑罰令による死刑執行一覽〉，《台灣總督府文書目錄 第 5 卷》，頁 532

院長（代理）發出訓令。其內容為：（一）因為被告的豫納金繳納已過其期限（注：控訴 14 天後的 4 月 28 日），「手續當然屬於無效」。而且既然覆審法院亦決定不會給他免除，「貴院亦明顯地有同一的意見」。（二）當然應該有可否免除豫納金的決定在公判程序之前。8 月 31 日有對被告的共犯者不會給予免除之決定，但對於李被告尚未決定時開始公判程序，之後始有不給予免除之決定。（三）假使（一）有其理由，對被告不給豫納金免除的決定之後，尚在讓辯護士繼續公判程序（開廷）。（四）決定開廷期日後，並無任何的程序，讓事案結束，等等。該通達說「上述的事務處理有不少問題」，而要求「添付當該官吏的申辯書，應該有詳細的回答」。<sup>167</sup>關於（一），經過免除請求期限後受理豫納金的理由並不清楚，但據當時的報導基於辯護士的失敗錯過豫納金繳納期限，多次「在法院執務上製造障礙」，<sup>168</sup>此事例亦可能有應該救濟的情況。

另一方面，在明治 32 年 4 月 5 日，寺島小五郎台北地方法院長「發現了」，第一審的死刑判決提起控訴之被告若並無無資力證明之提出，檢察局平常不會向上級法院遞送其記錄而隨即處刑被告的事實，認為此狀況有法令解釋上的疑義，向兒玉總督提出「伺（詢問）」。總督府同月 17 日，以法務課長名義的「通牒」回答之。<sup>169</sup>寺島院長指出，過去該院被告若提起控訴，不論豫納金免除申請之有無，「立刻添付控訴一件表遞交向檢察局」，「相信檢察局在遞交該記錄向上級法院」。但他發現若得不到無資力證明，或者期間之中並無其提出，檢察局判斷「就並未控訴，第一審判決確定，然而刑罰執行」。寺島院長指出，（一）「雖然法院認為尚未確定而遞送其控訴記錄的事件，檢察局認定已確定，不待言是不適當」。（二）

<sup>167</sup> 〈李倉明匪徒刑罰令違反被告事件ノ取扱上ニ關シ覆審法院長へ通達〉，《台灣總督府公文類纂》，明治 33 年第 10 卷第 16 門第 1 號（冊號：04614）

<sup>168</sup> 「豫納金の納付方」，《台灣日日新報》，明治 39 年（1906）2 月 3 日

<sup>169</sup> 〈豫納金免除ニ關スル通牒〉，《台灣總督府公文類纂》，民刑記錄 刑事ニ關スルモノ 自明治三〇年至明治三八年 官房法務課，第 11 件（冊號：11117）。文件上面有大島法務課長和小松吉久的蓋印。

該規則第 6 條規定，並無無資力證明書之提出，控訴就歸「無效」，但這並不意味著「應該認為原來並無控訴的法意」，其效力「當然屬於上級法院應該判斷的事項，在下級法院如無明文的規定，當然並無能力認定控訴的提起本身是無效的」。(三)「僅在期間經過之後的場合，下級法院能駁回控訴的提起」，而在此可能提起即時抗告(刑事訴訟法第 255 條)，該法並無期間內提起控訴，尚歸無效時的程序規定。該院亦過去豫納金免除請求被駁回時，並未發出決定或命令。因此，目前的狀況是「刑事被告人到刑罰執行為止並未知道其控訴被認定無效的事實之機會」。然而若要發出決定或命令的話，因為有法律規定始能提起即時抗告(刑事訴訟法第 293 條)，被告雖然有應該提起即時抗告的理由，就並未請求上級審判斷之機會，等之諸點。之後作為結論，既然是提起控訴，「應該受到裁判」，但因為條文上涉及疑義，向總督「仰求御指示」。

大島久滿次參事官(法務課長)的對此「通牒」有疑義的解釋與「本案應該屬於檢察局的管轄」的包含問題。通牒說明，從前在司法省內亦有，(一)有特別規定(刑訴法第 225 條)的場合以外，控訴有無效力全部皆應該由控訴裁判所判斷，亦能自由地選擇其形式(由決定駁回，由判決駁回)，<sup>170</sup>(二)無資力證明書的欠缺足夠於「一看就能理解其控訴不成立，毫無須要判定」，因此雖然控訴期間內應該停止其執行，原則上檢事局可以馬上執行死刑，有此等兩說。然而，(二)說雖然認為控訴裁判所應該判斷的場合(例：與被告的意思相反，辯護人提起上訴的場合)是例外，根據：(a)控訴要件的具備是純然的事實問題，不是法院應該判斷的問題。(b)無資力證明書的欠缺是否可視同從未上訴。(c)未決勾留的延長是不利於被告。(d)並無控訴審應該判斷的意義，即是勞力與時間的浪費，等的理由。司法省「基於實際上的方便」採用(二)指出，而譬如無資力證明書

<sup>170</sup> 由判決駁回的實例：被告甲乙在台中地方法院判決被宣告死刑及無期徒刑後各自控訴，第二審以判決駁回而說，因為甲並未繳納豫納金 30 圓「控訴不成立」(覆審法院記錄號不明、明治 35 年 8 月 21 日判決，櫻庭棠陰裁判長・手嶋兵次郎・高田富藏各判官)。《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 35 年判決原本第 9 冊，頁 26

或控訴趣意書的欠缺等之「事實明白」時，根據第一審檢事局的判斷在駁回控訴。結論是因此「過去的處理並無問題」。

但控訴還在提起中之匪徒罪被告的大部分，某一天突然從監獄向處刑場移動，始理解他的豫納金免除請求已被駁回，已並無繳納的機會，僅能被處刑—或許亦有如此的實態狀況。如大島課長的說明，關於控訴期間與控訴豫納金繳納期間的處理，雖然在台灣的處理是與內地大概同樣，行政機關若故意地推遲無資力證明的發給來阻擋上訴的場合，覆審法院的決定並無救濟之的可能性，在此亦看得到行政的裁量排斥法治的一個局面。

### c. 對於控訴豫納金制度的意見

圍繞控訴豫納金制度有贊否兩論，根據明治 33 年的台灣日日新報的報導說，<sup>171</sup>台灣在第一審採用合議制，但內地已廢止的控訴豫納金尚是存在，因此「雖然五錢的科料一天的拘留皆無條件地受到上訴，並無如內地同樣的隱患」，如此一方面支持該規則，而指出 32 年的上訴率是 11%，比起內地的 4% 相當高，但比內地棄却・取消比例為 32 件對 68 件相比，本島為 300 件對 106 件，<sup>172</sup>「不知不識地，內地的理想在台灣亦正在實現」，換言之，記事說許多上訴與許多駁回導致均衡。又指出刑事控訴的一半以上為匪徒罪被告，匪徒罪事案的大約 6 成控訴。<sup>173</sup>

另一方面，對於該規則的廢止論亦有不能忽視的影響力，日本辯護士協會台

<sup>171</sup> 〈司法制度の兩局面〉，《台灣日日新報》，明治 33 年（1900）8 月 9 日

<sup>172</sup> 對於表 四—9 上明治 32 年被告控訴件數，即棄却 284 件取消 83 件，加以由檢察控訴的件數（16：23）。

<sup>173</sup> 報導說，在台灣的司法，「兩個不同的觀念」，「一直正如潮流繼續存在，本島司法制度受到最大的影響」，然後說該觀念是，（一）追求簡便性，「要設備適合時宜之制度」，「由事務上的方便主張方不方便」的立場和，（二）「要儘量沿襲文明性流的觀念」，「儘量依據理論主張制度上之人權伸張」的「內地性的理想」，然而（一）的立場指向匪徒刑罰令和二級審制，（二）指向否定該令，對於生蕃的刑法的適用，三級審制。參照本章腳註 171。

灣支部在大正 2 年 7 月 23 日議決「刑事控訴豫納金全廢」，<sup>174</sup>看此議決後在 9 月 1 日，內田嘉吉民政長官通達向石井常英覆審法院長，指示向目前在開幕中的司法官會同諮問「刑事控訴豫納金廢止之可否」，9 月 8 日同院長答覆，「應該廢止刑事控訴豫納金」的司法官會同的議決。<sup>175</sup>但總督府之後並無著手該規則的廢止作業，同支部在大正 4 年再一次同樣地議決。<sup>176</sup>該規則畢竟到由大正 8 年 8 月 8 日律令第 6 號被廢止為止，在台灣 20 年間以上持續有效，一直阻擋，特別是對於貧困者的司法救濟。大正 8 年，谷野格覆審法院長在東京立憲政友會的茶話會的演講關於規則發言，「若不是能豫納金圓者，不能申訴冤枉是太非立憲，基於此理由在內地正如大家知道，大約二十年前即明治三十二年，完全廢止其制度，然而至今僅在台灣繼續存在，真的難以理解」，如此表達其廢止的必要，<sup>177</sup>可見法院方面並並未支持該制度。實際上，若比較台灣的刑事事件第一審與第二審的每年的變化，明顯地可看出在有較多匪徒罪被告的統治前半期，上訴件數被抑制（圖 13），可謂匪徒刑罰令相關法令長期阻擋整個權利伸張。

---

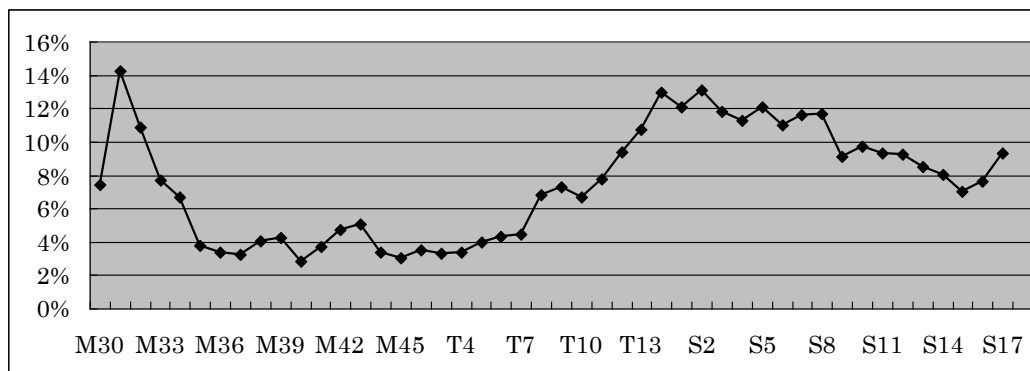
<sup>174</sup> 〈弁護士協會總會〉，《台灣日日新報》，大正 2 年（1913）7 月 24 日；〈日本辯護士協會台灣支部大會〉，《台法月報》，第 7 卷第 8 號，大正 2 年（1913）年，頁 105—106

<sup>175</sup> 〈刑事控訴予納金存廢ニ關スル司法官會議ノ決議答申 覆審法院〉，《台灣總督府公文類纂》，大正 2 年第 28 卷第 6 門第 35 號（冊號：05630）

<sup>176</sup> 〈辯護士協會台灣支部大會〉，《台法月報》，第 9 卷第 1 號，大正 4 年（1915），頁 3—4

<sup>177</sup> 谷野格〈台灣司法制度及今次の改革〉《台法月報》第 13 卷第 7 號 大正 8 年（1919），頁 7

圖 四—9：日治時期台灣的二審／一審件數比率



資料來源：由〈刑事第一審件數〉、〈刑事第二審件數〉等，參見台灣總督官房調查課編，《台灣總督府統計書》，第 1—46 回，明治 30—昭和 17 年；〈表 158 歷年刑事案件〉，參見台灣省行政長官公署統計室編，《台灣省五十一年來統計提要》（台北：該室，1946），頁 434。百分率為每年「第二審」新受件數對於「第一審」新受件數。

### (3) 其他

匪徒罪被告的裁判上權利的限制，在其它領域同樣存在。「關於台灣人及清國人的犯罪豫審之律令」（明治 32 年 4 月 28 日律令第 9 號）將在台灣的台灣人・清國人所犯重罪的豫審（刑事訴訟法第 62 條第 1 號）成爲不必要，其理由書指出，「對於在本島的匪徒刑罰令犯案等，即其罪跡爲相當凸顯而不須要再次蒐集其證據者，逐一實施豫審是太拘泥其形式，會讓其他裁判事件堵塞，而且司法經濟上實是不利，是對本島最不適當的條款」，<sup>178</sup>可見此法令的目的亦是匪徒罪被告裁判的簡略化。「關於刑事訴訟程序之律令」（明治 34 年 5 月 27 日律令第 4 號）規定，關於匪徒刑罰令事件，不適用刑事訴訟法第 237 條（在地方裁判所的重罪事件，被告人未有選任辯護人時，裁判長以職權選任辯護士之規定）（第 4 條）。亦即是說，成爲「重罪事件之中，匪徒案並無辯護士亦可以進行裁判」。<sup>179</sup>上述兩個律令亦到由刑事訴訟特別程序（明治 38 年 7 月 29 日律令第 10 號）的廢止而留存。

<sup>178</sup> 〈台灣人及清國人ノ犯罪豫審ニ關スル件ヲ定ム〉明治 32 年 4 月 13 日《公文類聚》，第 23 編明治 32 年第 38 卷，JACAR: A01200887200

<sup>179</sup> 〈刑事訴訟手續に關する律令〉，《台灣日日新報》，明治 34 年 5 月 28 日



## 二、 匪徒罪的縮小・消滅

在明治 36 至 39 年、「匪徒完全消失，台灣的天地前所未有的安定」，<sup>180</sup>如如此的敘述杜絕內亂行爲、同樣地減少強盜業。明治 40 年的北埔事件以後到大正 4 年的西來庵事件匪徒事件相當少，此期間的死刑判決不到 20 人（表 四—12）。從匪徒罪囚人數的推移可看出，明治時代的匪徒罪囚人之大部分已獲釋放時發生西來庵事件。

表 四—12：明治 40 年北埔事件以降的匪徒事件

	法院	行政 廳處 分	檢察 官不 起訴	死刑	無期 懲役	有期 懲役	無罪	計
北埔 (明治 40 年)	臨時	97	3	9	0	0	0	109
林圯埔 (明治 45 年)	臨時	0	0	8	1	3	1	13
土庫 (明治 45 年)	台南	1	8	1	2	12	0	24
苗栗 (大正 2 年)	臨時	4	578	20	0	285	34	921
六甲 (大正 3—4 年)	台南	15	68	8	4	10	1	106
西來庵 (大正 4 年)	臨時	217	303	866	0	453	86	1,925
西來庵〔江定〕 (大正 4 年)	台南	0	221	37	0	14	0	272
合計		334	1,181	949	7	763	122	3,098

資料來源：台灣總督府法務部編，《台灣匪亂小史》（台北：台南新報支局印刷部，1920），頁 37、45、49、82、93、143—144、161

一方面，法令上對於台灣的集團強盜或內亂行爲可能選擇匪徒刑罰令或刑法的狀況尚持續著。左翼運動有影響力的大正 14（1925）年，三好一八台北地方法院檢察官長指出，「除治安維持法以外，若具備由暴行脅迫之手段達成目的的條

<sup>180</sup> 台灣總督府法務部編，《台灣匪亂小史》，頁 31

件，在台灣可用匪徒刑罰令處罰」。<sup>181</sup>在明治 30 年代的缺席裁判被宣告死刑，尚在逃走的「土匪」，到大正 11 年被逮捕。<sup>182</sup>昭和 6 年的霧社事件時，當局者向匪徒刑罰令的適用有否定的的態度。<sup>183</sup>若該事件是明治時代的本島住民之所為，臨時法院應該是適用該令。昭和 8 年的台灣日日新報一方面指出，「變成放在刀鞘，卻不會拔除之傳家寶刀的『匪徒刑罰令』」，「現在已成為有名無實的存在，有人可能覺得真的有如此的刑罰令嗎，大多如此被遺忘了」，<sup>184</sup>但同時，「西來庵事件後，匪徒似乎已從本島絕跡，但此律令仍然如往昔現存」。該令的確是到日本統治結束一直有效的法令，鷺巢敦哉亦在昭和 14 年，「此法規（注：匪徒刑罰令）（中略）仍然並未失掉其效力，如六七年前流氓一夥大舉襲擊桃園郡下的一派出所，巡查開槍好不容易防禦的事件，仍能以此條文加以處理」。<sup>185</sup>從西來庵事件到日本統治結束為止，該令 30 年間並未被適用，但亦並未被廢止。

判決理論上亦可見，對應於在明治 36 年以後的由匪徒刑罰令的逮捕・起訴之快速減少之變化，具體地說，判決之作爲匪徒罪構成要件之核心的結合之認定已嚴格化。但在此的判決亦未說明大概，爲何過去被認定匪徒罪之行爲，如今是被看作強盜罪。譬如明治 32 年 9 月，被告等 3 人「共謀」，攜帶台灣刀棍棒等，襲擊在桃澗堡的家宅，使家屬負傷強奪壹圓銀貨等 7 塊。判決指出這「並非匪群結合之事實」，適用刑法第 380 條，宣告無期徒刑（台北地方法院明治 32 年第 1434

---

<sup>181</sup> 〈治安維持法が適用出來なければ匪徒刑罰令を充てる〉，《台灣日日新報》，大正 14 年（1925）5 月 10 日

<sup>182</sup> 〈土匪逮捕さる 死刑の缺席判決者〉，《台灣日日新報》，大正 11 年（1922）1 月 28 日

<sup>183</sup> 〈霧社事件突發は返すゝも遺憾 入京の石塚總督談〉，《朝日新聞》，昭和 6 年（1931）1 月 12 日

<sup>184</sup> 〈寶刀化した匪徒刑罰令 之も三十五年の歴史〉，《台灣日日新報》，昭和 8 年（1933）5 月 1 日

<sup>185</sup> 鷺巢敦哉，〈炉邊夜話台灣統治回顧談〉，《台灣地方行政》，昭和 14 年 5 月，頁 85

號，明治 32 年 12 月 15 日判決，前川房二郎判官）。<sup>186</sup>此認定事實似乎是與其他的匪徒罪的強盜行為同樣，但判決並未說明理由。而且明治 32 年 7 月在大加蚋堡的「渡船場」旁邊的草叢潛伏，打劫通行入兩次，強奪共 2 元 97 錢 8 厘之被告 5 人，第一審對於他們適用第 1 條第 2 號，全皆處死（台北地方法院明治 32 年 1006 號，明治 32 年 11 月 29 日判決，柳原右助判官），<sup>187</sup>但第二審判示，對於「並無多眾結合之事實的被告」適用匪徒刑罰令是不適當，而對於各被告適用刑法第 378 條，第 379 條第 1, 2 項（覆審法院明治 32 年控刑第 419, 420 號，明治 33 年 4 月 14 日判決，大津鈺次郎・櫻庭棠陰・原誠一各判官）。<sup>188</sup>

此外，（一）明治 33 年 12 月在擺接堡，在以數人襲擊兩個家宅的事案，強奪銀券等 48 圓與豬隻 1 頭等，（二）同月同梟艋舨下崁庄路上打劫，強奪 5 圓之被告，第一審判決適用刑法強盜罪，處有期徒刑 15 年（台北地方法院明治 34 年第 116 號，明治 34 年 2 月 4 日判決，前川房二郎判官）。<sup>189</sup>檢察官主張要適用匪徒刑罰令而控訴，但覆審法院判決指出，雖然有「與十數名一起實行」的證明，但毫無其「組成了一個團體」之證據。進一步說，在調書被告所稱「首魁」者「僅可謂現場的鼓吹者」，而並非「應該叫做多眾結合體的首魁之存在」，「總之，並未存在當做匪徒之被告有本件的所為之證據」，而駁回控訴（覆審法院明治 34 年控刑第 71 號，明治 34 年 3 月 19 日判決，櫻庭棠陰裁判長・矢野猪之八・高田富藏各判官）。<sup>190</sup>日後對檢察官來講，被看作首魁的人物若並未具備「當場得首唱者」的內涵，獲得因匪徒罪刑罰令之有罪判決變得比較困難。

其他的例子中，被告甲與乙丙共謀，明治 31 年舊 12 月在竹南一堡襲擊民家，以殺害脅迫毆打網綁其家人，劫奪壹圓銀貨 12 塊等。判決指出，「能確認強盜之

<sup>186</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 32 年第 8 冊 11-12 月，頁 346

<sup>187</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 40 年第 12 冊 12 月，頁 194

<sup>188</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本明治 40 年第 12 冊 12 月，頁 198

<sup>189</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院，刑事判決原本重罪明治 34 年第 1 冊，頁 237

<sup>190</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院刑事判決原本重罪明治 34 年第 1 冊，頁 233

行爲，但不能確認，應該認定他要當做匪徒進行結合而伺機隨心所欲實行匪行之行爲的證據」，而指出「被告以二人以上攜帶兇器強奪金錢之行爲」該當刑法第 378 條，第 379 條第 1, 2 號（台北地方法院新竹出張所明治 37 年第 602 號，明治 37 年 11 月 4 日判決，望月恆造判官）。<sup>191</sup>若在幾年前，如此的事案應該被看作純屬匪徒事案。

又另一案例，明治 33 年 8 月，在苗栗一堡的路上，被告與其他數名進行路上打劫，強奪四百餘圓。第一審適用第 1 條第 2 項而宣告無期徒刑（台中地方法院 34 年第 154, 115 號〔34 年公第 55, 47 號〕，明治 34 年 2 月 18 日判決，早川彌三郎判官）。<sup>192</sup>被告控訴的第二審認定同樣的事實，但認定被告等的行爲是「基於臨時起意之犯行」，並未認定爲「為以暴行脅迫掠奪別人財物，聯結一團之匪徒」之證憑，適用刑法第 380 條之後基於未遂減輕，宣告無期徒刑（覆審法院明治 34 年控刑第 77 號，明治 34 年 4 月 4 日判決，櫻庭棠陰裁判長・矢野猪之八・高田富藏各判官）。<sup>193</sup>對被告個人而言，結果並無差異並無兩樣，但可謂其法理加以新的限制。爲將來的匪徒刑罰令之消滅，刑法的延伸是不可欠缺的。應可說，如此不顯眼的判例累積，讓日治時期台灣法治主義逐漸前進。

---

<sup>191</sup> 《日治法院檔案》，台北地方法院、新竹出張所刑事判決原本明治 37 年第 2 冊 5-12 月，頁 445

<sup>192</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 4 冊，頁 173

<sup>193</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 34 年判決原本第 4 冊，頁 177

### 第三節 保甲條例－司法與行政的混雜

#### 一、 保甲的本質，保甲條例等之條文構造

由「保甲條例」（明治 31 年 8 月 31 日律令第 21 號）設置的保甲制度可謂是日治台灣社會統治構造中，從其規模而言與一般人民有著最大關連的制度。保甲在日治台灣時期各種有關本島住民的法制相當著名，該制度沿襲著清朝台灣社會的架構並附加現代法的要素，直至日治末期。保甲其事實上的拘束力相當大，但朝鮮樺太並等並未實施同樣的制度，可謂是日治台灣的重要特徵。總督府警察方面非常支持保甲制度，例如：

我相信，若改隸以來未曾有警察的幫助，教育、產業方面的表現到底僅能達成現在實績的幾分之一。所謂的警察官之辦理事務，不過僅是警察官讓其手足的保甲辦理事務而已。在此意義上，可以說保甲制度在本島行政之發展上，擔任了相當重要的任務。<sup>194</sup>

如所周知，保甲條例將清朝保甲的連坐責任導入到現代法制（第 2 條規定刑事連坐），是六三法向台灣總督無限制地委任立法權之結果。若從他們之中有人觸犯重罪，各家長擔任連坐責任。譬如保甲條例（明治 31 年 8 月 31 日律令第 21 號）規定，保及甲之人民的連坐責任，即罰金或科料（第 2 條）。之後各縣令也設置連坐責任條項，例如保甲條例施行規程（明治 31 年 10 月 7 日台中縣令第 25 號）規定，各戶家主關於甲內人民互相擔保責任（第 13 條），各戶家主有關保內可疑者之通報義務（第 14 條），甲中住民若犯重罪，甲內家主一起處罰金（第 29 條）等。<sup>195</sup>正如台灣總督府法務局長手島兵次郎所指出，「保甲制度的最大的特徵

<sup>194</sup> 鷺巢敦哉，《台灣保甲皇民化讀本》，（台北：台灣警察協會，昭和 16 年（1941）），頁 127

<sup>195</sup> 根據條文參照表 四—13：有關保甲制度刑事處罰權之法令・訓令。

在讓保及甲的人民各自擔任連坐責任」，<sup>196</sup>但此連坐責任在以個人主義為其原則之近代社會當然不妥當，正如田健治郎總督在帝國議會答辯「保甲制度就可謂是如同內地的五人組形式」，連當時日本人亦想起江戶時代。<sup>197</sup>驚巢敦哉（曾擔任警察官練習所教官）的意見可謂是官方意見的代表：

在本島的土匪時代，保甲民的一部分雖然知道土匪來襲，因為他們怕遭受土匪之難，不敢向官署報告，或者有人供給食物，因此不能容易地消滅土匪。在如此的狀況須要互相警戒以實現內部的安寧，因此有保甲制度的制定，亦有設置連坐規則。〔中略〕若將連帶責任從保甲制度刪除，保甲制度要失掉其精神，應該僅有其已死形骸留下來。<sup>198</sup>

法律上，現代・非現代之混淆果然曖昧模糊化憲法第二章的法律保留與罪刑法定主義等的概念，尤其在刑事問題的領域。保甲條例有兩個要素，即行政法令與刑事法令。<sup>199</sup>刑法與行政罰的區別事實上有曖昧模糊的部份，譬如，鐵道危險行為一面該當於刑法犯罪，一面由連坐處罰。<sup>200</sup>連坐「刑事」責任是人權侵害的核心。但讓一個地域的全部住民負擔保甲義務相當可能有所疑問。（兵役・納稅等是憲法上的義務，保甲義務僅是法律，或委任命令上的義務）。<sup>201</sup>根據保甲條例的

<sup>196</sup> 手島兵次郎，《台灣制度大要》，（東京：日本警察新聞社，明治44年（1911）），頁83

<sup>197</sup> 《第四十四回帝國議會貴族院台灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律案特別委員會速記錄》第2號，大正10年（1921）2月25日，頁4。台灣總督府，《台灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律・其ノ沿革並現行律令》，頁532；中村哲，《植民地統治法の基本問題》，頁175

<sup>198</sup> 驚巢敦哉，《台灣保甲皇民化讀本》，頁138—139

<sup>199</sup> 王泰升，《台灣日治時期法律改革》，頁296—297

<sup>200</sup> 「例如向鐵道或電線加危害者如此的故意行為，當然刑法上應處重罪，但聽說某些地方的法令規定，原因於一時之過失而事情嚴重時，讓保甲負擔連坐責任，如此喚起保甲內人民的進一步注意警戒。據說基於一個人的過失保甲負擔連坐責任的場合應該限於基因於重大過失而保甲疏忽注意警戒注意警戒的場合而已」。〈雜報及雜錄 保甲規約の連坐〉，《台法月報》，第2卷第6號，明治39年（1906），頁77—78

<sup>201</sup> 在大正14年（1925）帝國議會要修改眾議院議員選舉法而導入連坐制時，政府以答辯說，「刑罰法的理論上不能承認，但在取締法有前例，比如說在事業者的使用者責任，

刑事責任雖然大正 4 年（1915）以後並未被適用，該制度仍被保留至日治末期。

再者，若詳細地檢討保甲條例與其相關法令的規定，尚有另一個特徵，保甲條例尚有刑事法令的一面。即在罰則上行政・司法的混在，亦即是說，其處罰規定一方面規定司法權（刑事罰＝罰金），一面有行政權（警察罰＝科料）的處罰規定。雖然保甲制度上的刑罰僅有罰金（罰款）與科料。戰前的先進研究對於保甲的團體的法的性質有所討論，但戰後的研究中亦並未重視當做刑事連坐制度的保甲制度。譬如，保甲規約上的連坐怠慢金亦有連坐責任的規定，但以當時的通說，此等僅是行政處分而已，不屬於刑事犯。

保甲規約的運作規定一面強調保甲規約違犯的過怠金處分不是刑罰，同時若無故不繳納應科刑罰。因此這裡看到奇妙的論理。「過怠處分當然不是刑罰，因此對此不能權力強制，皆須要依據規約的規定。受到此等過怠處分而無故拒絕徵收或滯納者可課科料」。<sup>202</sup>

奇怪的是，本來僅是規約上的要求的過怠金繳納，基於經過官方「認可」，就變成應受刑罰的問題

過怠金處分〔中略〕將保甲規約的勵行維持作為其目的，在其徵收錢與罰金科料並無差異，但罰金科料是應該適用於違反法令之行為的制裁而是刑罰，過怠金是應適用於保甲民的違反規約之行為而不是刑罰。然而如上述，因為規約經過地方長官的認可（保甲條例第三條），對於保甲民具有拘束力。但不用說對此不能以權利強制之，因為如斯過怠金處分是對於違約者的處分，其處分事項、方法、金額等全部應該依據規約，〔中略〕然而為適用此等過怠金處分必須經過保甲會議議決後接到地方長官的認可

---

科罰款」，而說若是行政罰連坐責任亦並無問題。縣幸雄，〈公職選挙法における連座制の合憲性について（上）〉，《大妻女子大学文学部紀要》，1990年，頁8

<sup>202</sup> 伊藤英三，《台灣警察行政法》，（台北：晁文館，昭和5年（1930）），頁137

(施行細則第十條)，被處分而無故拒絕徵收或滯納者，就可能處刑罰。<sup>203</sup>

因爲並無詳細說明，其倫理似乎頗牽強附會，但實際上官方的論理應該是，雖然過怠金處分根據保甲民互相協約，該處分尚須要地方長官的承認，因此應該含有法規性的此部份。

此律令僅規定罰金・科料，然而縣令規定「罰金・科料・拘留」。條文上似乎，拘留的位置在罰款之下。一般的感覺是財產刑是比自由刑寬大，但在此拘留的位置似乎是比罰款寬大。但當時有換刑處分制度，罰款若不能繳納就能與拘留交換，以換刑能改到拘留。律令本身並未以明文委任換刑處分，因此身體刑（拘留）的換刑尚有超過委任的可能性，但在這次調查範圍之中找不到相關資料。

連坐有刑事連坐與規約連坐，前者根據保甲條例第 2 條，大正 14 年（1925）以降並未適用。<sup>204</sup>保正等的懲罰可謂是官吏關係相同，有著特別權力關係上的懲罰。

到昭和時代，甚至警察內部亦已有保甲廢止論。例如昭和 4 年（1929）的《警察協會雜誌》的懸賞論文當選者（台北州警部補）亦主張連坐之廢止。

讓他們負擔連坐責任，為讓保甲民一致協力而排除不正，讓他們走正道之良法，保甲制度的著眼點應該在此，但現在已到了廢止它亦並無問題的狀況。<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> 台灣總督府警察官及司獄官練習所編纂，《台灣行政警察法》，頁 75

<sup>204</sup> 《台灣の警察》，（台北：台灣總督府警務局，昭和 6 年（1931）），頁 158

<sup>205</sup> 福山隆利，〈保甲制度の改善を論ず 第十三回懸賞論文當選發表〉，《台灣警察協會雜誌》，第 146 號，昭和 4 年（1929），頁 28、196



表 四—13：有關保甲制度刑事處罰權之法令・訓令

六三法	明治 29 年 3 月 31 日法律第 63 號	第 1 條	台灣總督在其管轄區域內，得發布具有法律的效力之命令
保甲條例	明治 31 年 8 月 31 日律令第 21 號	第 2 條	得讓保及甲之人民各擔任連坐責任而將其連坐者處罰金或科料
		第 3 條	保及甲應制定其規約，在規約中得以規定褒賞及過怠金之規定 前項之規約應受地方長官之承認
保甲條例施行規則	明治 31 年 8 月 31 日府令第 87 號	第 12 條	為施行本規則所必要之規程，並且除本規則所規定以外與保甲條例之施行有關係之規程，地方長官參酌舊慣規定之



保甲條例 施行規程	明治 31 年 10 月 7 日台 中縣令第 25 號	第 13 條	各戶家主關於甲內的人民之所為擔任互相擔保之責任，若認為不能擔保其人，應該立刻向甲長或保正和警察官吏，並且應該嚴格地監視該人所為
		第 14 條	各戶家主若發現犯罪者或面貌舉動不審者，應該立刻向甲長或保正和警察官吏
		第 15 條	若要讓甲外者住宿或者其甲內住民若要去一天以上之旅行應該通報甲長。宿泊者要離開時或甲內者回來時亦同
		第 29 條	甲中住民若犯重罪其甲內家主一起處貳圓以上貳拾五圓以下的罰金 但依第十三條通報者若沒有涉及犯罪並且關於其監視每有怠慢就免其罪 違背本規程第十四條者應處十天以下的拘留或者壹圓九拾五錢以下的科料 違背本規程第十五條者應處壹圓九拾五錢以下的科料
保甲條例 施行細則 標準	明治 36 年 5 月 9 日訓令 第 97 號（※ 各廳依此標 準在明治 36 —37 年陸續 制定「保甲 條例施行細 則」）	第 27 條	甲內住民若有以重罪刑受處罰者，應該處甲內各家長十圓以下之罰金 在前項之場合，若在發覺以前事先連行犯罪人官申告就免其罪 （大正 9 年 11 月 11 日訓令第 271 號） 「罰金十圓以下」→「科料」
		第 28 條	該當於如左所登載之各號之一者應處十圓以下的罰金 一 拒絕加盟於第十二條第一項之保甲規約或不肯同條第二項之誓約者 二 對於過怠金及保甲並壯丁團所要經費之賦課無故拒絕其徵收或滯納者 三 關於第十三條及第十四條，有犯罪者而不申報者 （大正 9 年 11 月 11 日訓令第 271 號） 「罰金十圓以下」→「科料」

資料來源：六三法：《官報》，明治 29 年 3 月 31 日；保甲條例、保甲條例施行規則：《台灣總督府報》，明治 31 年 8 月 31 日；保甲條例施行規程：《台中縣報》，明治 31 年 10 月 7 日；保甲條例施行細則標準：《台灣總督府報》，明治 36 年 5 月 9 日

## 二、 刑事連坐的實際的運作

其實際上的（特別是行政・刑事處罰的）運作狀況尚須要歷史研究，但在日

治法院檔案之中，有關保甲制度可能發現明治 30 年代前半的保甲相關的連坐判決，皆是與匪徒有關係：從被告們（平均大約 7 人）村落出現匪徒行爲者（包括匪徒死刑者到尚未逮捕者），可見當時保甲相當大的目的是與匪徒有關係。而且判決所適用的法令並非保甲條例本身，而是縣令（委任立法）上的刑事罰規定。然而雖然條例僅有委任罰金，縣令有身體拘束的規定（判決內並未適用事例），可能是逾越委任範圍。

基於上述的理解，查看保甲制度內刑事罰的實際運作。目前日治法院檔案內有關保甲之刑事訴訟判決有 69 件，皆是司訓所館藏（原屬台中地方法院）台中地方法院或者台北地方法院台中出張所的判決，判決期日在自明治 34 年 3 月 20 日至昭和 4 年 1 月 18 日，幾乎集中在明治 34—35 年之間。<sup>206</sup>

幾乎所有保甲判決皆基於被告等的村落之中有匪徒，似乎保甲條例的主要制定目的是匪徒對策，與匪徒刑罰令作爲一個爲取締匪徒的組合構成。但與保甲條例有關係的判決件數比起龐大的匪徒刑罰令判決相當少，似乎事實上並無太大的代表性。在台灣，大部分匪徒已匿跡的明治 36 年（1903）以後，保甲判決亦隨之消滅。之後當局基本上依據行政罰。一方面法院不能介入，一方面可謂是法治的後退。正如總督府警察官訓練所的課本昭和 5 年版中寫到「近年來，作爲所謂刑罰的連坐罰的適用事例，似乎已是幾乎絕無（規約連坐一過怠金連坐責任的事例的話，似乎尚有相當稀有的實例）」，<sup>207</sup>像匪徒刑罰令，在日治後期保甲制度的法的性質本身亦有變質，其治安警察機能亦逐漸消滅，<sup>208</sup>在大正年間田健治郎總督

---

<sup>206</sup> 明治 34 年 47 件，同 35 年 13 件，同 36 年 3 件，同 38 年 2 件，同 39 年 1 件，昭和 2 年 2 件，同 4 年 1 件

<sup>207</sup> 伊藤英三，《台灣行政警察法》，頁 129

<sup>208</sup> 「基於台灣統治的發展，本島人社會的治安問題變遷到與領台當初完全不能比較，保甲的警察機能寧可須要說，在轉化到助長行政機能」、「當連帶責任事例減少，保甲制度本身要結束其治安警察之目的，正在進去助長行政的領域」。中村哲，《植民地統治法の基本問題》，頁 179、180

已表達出要修改保甲制度的想法，然他改到內地在鄉軍人會或青年團等的意圖，<sup>209</sup>在昭和 16 年長谷川總督表達要「揚棄」保甲制度的意思，戰時體制充實的二戰末期，在已有施行兵役之台灣與國防目的有矛盾，<sup>210</sup>終於廢止。

明治 36 年以後，看得到 4 件「保甲條例施行細則違犯」事件。判決之中，並無一個直接適用律令（保甲條例）的案例。全部皆適用縣令（保甲條例施行規程）。此等匪徒當中，死刑 29 件、無期徒刑 5 件、有期徒刑 1 件、非經判決 17 件等。適用法條是，7 件第 29 條與第 13 條、19 件第 29 條 1 項、34 件第 29 條而已，全 69 件中 60 件之中的大部份為適用第 13 條（違反監視報告之義務）與第 29 條（罰金・科料・拘留）之事例。適用第 13、29 條有 7 件，適用第 29 條有 34 件，詳細地適用第 29 條第 1 項有 19 件。起訴事由中還看得到 8 件直接適用保甲條例之事例，但並無一件判決適用條例，幾乎皆適用台中縣令（規程）。保甲的刑事制裁根據委任立法末端的地方法令，可見在殖民地的委任立法末梢有關人權的法律保留互相溶解。

---

<sup>209</sup> 「因為保甲條例內還有連坐法等的內容，外面上似乎是很奇怪，但事實上以連坐來處分的事例近來幾乎不存在，大概以規約在運作」、「連坐的規定，現在在現行法規上還有規定，因此我以為這的確須要相當改良，正在調查」。（第 44 回帝國議會貴族院台灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律案特別委員會速記録第 2 號，頁 4 大正 10(1921)年 2 月 25 日；台灣總督府，《台灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律・其ノ沿革並現行律令》，頁 532

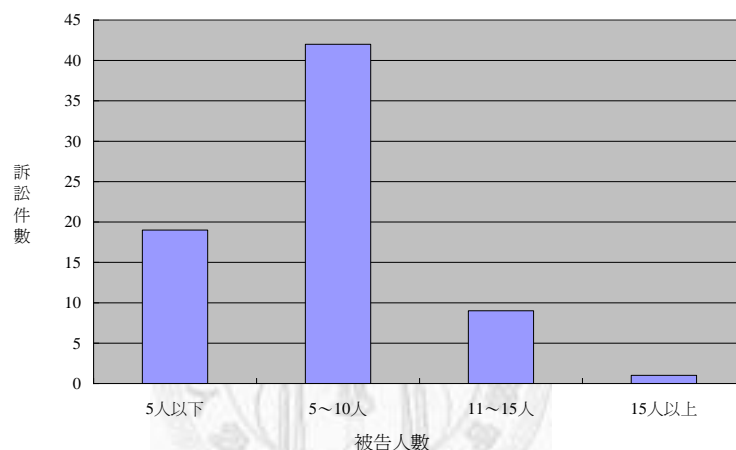
<sup>210</sup> 根據第 10 方面軍（昭和 19 年 9 月以後替代台灣軍）高級參謀塚本誠憲兵大佐，在昭和 20 年 6 月總督府方面對於廢止保甲制度大致同意。塚本向方面軍參謀長諫山春樹中將舉例兵役的施行，主張本島住民應該覺得不公平，而說「如今這個制度可謂是在損害軍隊的精神教育」，建議保甲制度的廢止。參謀長雖然指出國防目的上的意義，後來與總督府方面協議，保甲制度終於廢止。參照塚本誠，《ある情報将校の記録》，（東京：中央公論社，1998 年），頁 427—429

表 四—14：有關保甲判決的起訴事由與判決適用法條

		起訴事由				
		條例	規則	規程	細則	計
法 適 用 條 條	規程	6	9	45	0	60
	細則	0	1	0	3	4
	刑事訴訟法	2	1	1	1	5
	計	8	11	46	4	69

資料來源：參照腳註 206。判決件數。條例：保甲條例（律令）；規則：保甲條例施行規則（府令）；規程：保甲條例施行規程（縣令）；細則：保甲條例施行細則（廳令）

圖 四—10：有關保甲條例的刑事訴訟被告人數



資料來源：參照腳註 206。

以保甲條例違反的起訴僅有 8 件，保甲條例施行規程 46 件，規則 11 件。在此等判決之中，判決所認定的犯罪事實大概皆是村內產出匪徒，而並無一個基於其他一般犯罪的重罪者被起訴。69 件中僅 29 件，「有因匪徒罪處死者」，17 件為「有匪徒者」。判決所言及的匪徒行為包括強盜，殺人，襲擊官署。判決的處罰大致皆是罰金 2 圓，例外是較高，或者依情狀酌量或者未成年等理由，減低於科料。

保甲制度在日治後期，其警察機能的逐漸減少，但尤其在其作為憲法上的兵役義務的替代作為勞務義務的團體繼續存在，因此受到「政治的組織不將個人作為其單位，而將叫做家的團體作為其基礎」、「家與國家在政治層面互相保有關聯

之形式，在現代國家的日本國憲法相當稀罕」等的評論。<sup>211</sup>

保甲制度是警察權的象徵。在日治台灣，警察擔任一般行政的一部分（衛生等），可謂是純然的行政法上的行政警察（Polizei）概念的模範。可謂是依據法治國＝警察國概念的代表例。地方警察日常業務中，許多部份由保甲處理，對警察而言台灣統治不可缺的。其實起初設置保甲制的制度時，其目的純然是「治安警察」，課稅或戶口調查並非其本質。因此其立法無疑問地除外日本人。與匪徒的時代的結束一致，保甲制度逐漸減少此治安體制中一般行政法令的色彩，逐漸優越「助長行政」。行政法院來的警察概念。在日治末期中村哲指出，保甲逐漸在變遷移行於「助長行政」。<sup>212</sup>如此保甲制度到日治後期逐漸失掉「保安」的色彩而靠近純然的一般行政，但相當長期間保甲條例包含日治台灣法制內有最明顯的法治後退之部分。



<sup>211</sup> 中村哲，《殖民地統治法の基本問題》，頁 175

<sup>212</sup> 中村哲說，原來的旨趣是保安警察的保甲，在日治後期逐漸在變遷助長行政。中村哲，《殖民地統治法の基本問題》，頁 22

#### 第四節 小結－對於匪徒刑罰令的批判

上述的內容，從判決文書上能推測的範圍內觀之，法院的匪徒刑罰令實在運作大致有著如下的特徵：法院基本上似乎遵守著刑事訴訟法所規定的最基本之原則，即證據裁判主義、自白法則等原則。判官對於行政（警察）機關不一定抱持著高度信賴，有時候會因證據不足對於部份被告宣告無罪，但被告其受到拷問的主張大多被以「沒證據」為理由予以駁回，令人不禁推測法官除最基本的原則外，並不刻意去考慮被告的利益。匪徒刑罰令並不妨礙其他法律（刑法）的適用，法官能依刑法條款（未成年、酌量情狀）減輕匪徒罪的刑罰。但因為匪徒罪的構成要件頗為曖昧模糊，法官的判斷斷左右著事實的認定（由犯行人數認定被告為匪徒等）。大多數的被告涉及強盜行為，但當中多數並未殺人，在刑法上本來不至於處死，但卻因為匪徒刑罰令被認定為匪徒，多數的被告被宣判死刑。從這一點觀之，可謂是規模最嚴重的立法權暴力。

作為由律令針對法律保留的最嚴重侵害，匪徒刑罰令在帝國議會檢討六三法期限的延長過程當中，其與刑法的關係常常被討論。明治 31 年在貴族院委員會，伊澤修二言明，「對於一方面施行民法刑法等之法典，另一方面制定此律令的態度，政府委員本身亦已認為，為會產生爭議的條文。又如匪徒刑罰令，若（注：若我們讓六三法延長案）就如此通過，將來的確會發生重大的問題」，如此將匪徒刑罰令認為律令權的恣意運用的一好例，<sup>213</sup>注視其與六三法的密切關係。帝國議會終究僅要廢止六三法，否決台灣總督府關連預算之權能，這種意見的壓力影響到總督府。明治 35 年兒玉總督在帝國議會說明，「匪徒刑罰令是正如您所知，可謂頗苛酷的法律，但我試試問過某有力者，這是否已應該停止，因為如此苛刻應

<sup>213</sup> 《第 13 回帝國議會貴族院明治二十九年法律第六十三號中改正法律案特別委員會議事速記錄》，第 2 號 8 頁，明治 31 年 12 月 13 日；台灣總督府，《台灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律・其ノ沿革並現行律令》，頁 56

不應該停止之，但他們指出，若你現在停止之，許多土匪會出現，現在停止不是好的政策，他們如此說，目前的狀況是台灣人非常歡迎匪徒刑罰令，有該令良民感到高興」。<sup>214</sup>除抗日活動，強盜被害者的大部分為本島住民，因此匪徒刑罰令有本島住民的一定支持度並不奇怪。

匪徒不如說在自宅周邊被一般住民忌諱，是否代表當時台灣本島住民的立場，頗有疑問。判決亦表示「(被告)本來有土匪行為被憎恨的人，因為這次他被逮捕，保內人民皆感到高興」(台中地方法院明治 35 年第 153 號，35 年 3 月 18 日判決，原誠一判官)。<sup>215</sup>張麗俊(水竹居主人)亦在他的日記中記下有關北埔事件，「是日，聞日日新報記前三日新竹廳下北埔支廳隘勇乃十名膽敢作逆，將該地支廳長，警部補，巡查，巡查補，郵便局長及日本婦人孺子盡行殺斃。嗟乎！此等狂妄之徒，其株連幾於胡底矣」。<sup>216</sup>

在明治 34 年圍繞該令，台灣日報與台灣日日新報之間發生論戰。台灣日報在要求六三法之廢止的記事<sup>217</sup>中批判，「國事犯的目的是紊亂朝憲，匪徒刑罰令不會論其目的，與多以掠奪財物為目的而已的一種強盜不應該同等看待」，而指出該令中的國事犯的規定(未遂同罰·自首全免)或遡及規定是，因為該令制定之當時，總督府「不知道台灣的存在，是僅知道台北城內的膽小鬼」，而對匪徒給過高評價。而且自首全免條款是，針對將歸順看作恩赦大權的侵害此個看法，「試圖暫時掩飾輿論而終於失敗」。對於此個批判，台灣日日新報以長篇連載舉(一)日本人殺害(二)外國殖民地(膠州灣)的類似法制，的兩點加以反駁。事先，匪徒一定有「採排日本人主義的一部領導者的煽動，的確大有影響力」，「如民報記者

<sup>214</sup> 明治 35 年(1902)3月4日、《第 16 回帝國議會貴族院、明治二十九年法律第六十三號中改正法律案特別委員會議事速記錄》第 1 號，頁 6；台灣總督府，《台灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律・其ノ沿革並現行律令》，頁 173

<sup>215</sup> 《日治法院檔案》，司法官訓練所、明治 35 年判決原本第 3 冊 70 頁

<sup>216</sup> 《水竹居主人日記》，明治 40 年(1907)11月17日

<sup>217</sup> 〈台灣律令の運命(九)論より証拠法律六十三號の不始末〉，《台灣日報》，明治 34 年(1901)12月15日



說，他們真的是單純的強盜，即刑法第三百七十八條所規定之單純以強取財物為目的的強盜，殺人或傷人僅是為強取財物的手段方法而無可奈何時不得已做之的強盜」頗有疑問。然而指出在當時剛發生的撲仔脚支廳襲擊事件，<sup>218</sup>襲擊者用檄文懸賞搜索內地人官民企圖鑿殺的事實，<sup>219</sup>匪徒「是不是以強取財貨為目的之單純強盜相當明顯，洞若觀火」。<sup>220</sup>

記事還引用該報紙上已登載的內容，作者為台灣總督府通信局長鹿子木小五郎<sup>221</sup>有關德國膠州灣租借地的記事，<sup>222</sup>裡面有對於法官賦予廣泛權限之中國人(非白人)刑事法制之說明。膠州灣租借地的刑事法制是，兼有實體・程序法令之膠州灣總督令，<sup>223</sup>在其列舉可罰行爲(犯罪)之第5條，含有「為公共之秩序維持，由罰則被禁止之行為」(第3項)<sup>224</sup>此個內容曖昧模糊的規定。鹿子木對與此個法制，「對於應適用於支那人之法律的疑問，我最好回答法官的意思即是法律」，「法律裡面有如『不應為』的罪名，任何所為由法官的認定如何，毫無不能該當罪之

<sup>218</sup> 明治34年(1901)11月23日，數百人襲擊同支廳，慘殺支廳長，綁架內地人郵便局長和其他家屬等10人後皆殺害，將屍體投棄於地孔，比以前的內地人被害事件，其殘酷性引人注目。

<sup>219</sup> 該報導指出，台灣日報亦有報導過這個狀況，「出入各民家，以獎金搜索各所在躲藏的內地人」等。〈南部の霹靂(朴仔脚匪害詳報)〉，《台灣日報》，明治34年(1901)12月5日；「土匪襲來後向土民宣言，襲來的目的是屠殺日本人，不敢害其他人，然而人民和土匪互相交際而往來」，〈南部の大匪亂(承前)(朴仔脚匪害詳報)〉，《同》，同年同月5日

<sup>220</sup> 一記者，〈匪徒刑罰令に就て(二)〉，《台灣日日新報》，明治34年(1901)12月19日

<sup>221</sup> 曾任熊本、橫濱等地裁判事、法制局參事官後，就任台灣總督府通信局長(明治34年11月－42年7月)，之後任農商務省工務局長，貴族院議員。隨行岡松參太郎視察膠州灣。

<sup>222</sup> 一記者，〈匪徒刑罰令に就て(四)〉，《台灣日日新報》，明治34年(1901)12月21日

<sup>223</sup> 「1899年4月15日有關中國人的法律關係之總督令」，Verordnung betreffend die Rechtsverhältnisse der Chinesen vom 15. April 1899. (A. z. M. Bl. No. 25 von 1899 S. XXV)

<sup>224</sup> „im Interesse der öffentlichen Ordnung unter Strafe gestellt ist.“

行為，畢竟法官的意思即是法律，我覺得說如此很對」等之評論。<sup>225</sup>

又關於刑罰，該令對於法官賦予廣泛之裁量（笞刑 100 以下，罰金 5,000 弗以下，自由刑 15 年以下，終身刑，死刑）（第 6 條），<sup>226</sup>鹿子木說「僅有一般刑罰之名稱的規定，而欠缺對於各犯罪的刑罰之規定，因此在此個範圍之中，法官能由任何之刑罰處罰之，不僅是如此，上述各種刑罰允許二種或二種以上之併科，因此不禁評論法官的權力因而擴大」，而「可謂最奇怪」，但另一方面他支持如此的行政・司法的未分化狀態狀態，因為它符合中國人的傳統法觀念。引用鹿子木的意見的台灣日日新報的評論強調「抑立法定律，一定要由國土民俗慣習如何有各異」的立場，而反駁「假使有不逞之徒危害安寧秩序，加危害社會的生存，文明國或法治國亦應該施行匪徒刑罰令等，懲戒脅嚇犯人是毫無疑問，民報記者並不顧慮此等事理，故意忽略兇暴匪徒的存在，冷視同胞的受難，歐美文明國並無匪徒刑罰令之事實，看作恰好的藉口資料，敢弄無責任之言議」。

總之，反對匪徒刑罰令的立場根據施行說，支持該令根據不施行說而展開各自的論理。匪徒刑罰令受到各種批判，其運作西來庵事件以後事實上消滅。該令成為總督府為保留律令權的象徵。日治後期刑事法令的特徵成為「有嚴苛制度，但事實上消滅」。

---

<sup>225</sup> 鹿子木小五郎，〈青島視察記（七）〉，《台灣日日新報》，明治 34 年（1901）10 月 25 日

<sup>226</sup> 參見淺田進史，《膠州灣租借地におけるドイツ植民地統治と社会秩序（1897－1914）》，2007 年，頁 91

## 第五章 日治後期警察權—非司法程序之身體拘束

在本章，本論文所欲分析的是在殖民地的警察之法理、事實上的意義。不論母國或殖民地，歐陸法或英國法，警察是行政對於人民行使實力的機關，法理上亦有其正當化的根據。歐陸國家與英國之警察的法根據，或者其組織互相不同，因此殖民地警察機關活動的法的評價亦須要在比較法上進行檢討。在此應該注意到的是，正如在第四章所討論，警察一方面承擔著刑事司法，根據刑事法令逮捕人民，但一方面尚擁有作為與刑事司法無關係的純行政權，有限制人民自由的可能。雖然憲法、刑事司法方面受到較多關注，且行政機關的日常活動較不起眼，但其實際規模可能甚為廣泛

警察權的問題存在於整個日治時期，但在日治後期，人民所恐懼的已不是當場格殺或匪徒罪死刑，而是拘留、科料、懲役。本文以為警察權問題是日治後期的相當重要的問題。其理由之一是，日治早期的問題因初期非法治的例外狀態而被忽略，在軍事狀況之下從來未考量及對軍事命令的警察權。臨機處分、理蕃警察是否能以警察權的概念理解之，是一個相當困難的理論問題，本文並不排斥此個思考模式，但此等現象應該透過憲法上的緊急狀態等概念較能適當地能掌握情況。另一個理由是日治前期社會上的委任立法（匪徒刑罰令）其優越性的影響力。加上如下所述，英國、德國殖民地警察機關具有軍事性，然而台灣總督府警察的法的性質可謂是與內地警察相同。且於統計上觀察到純警察權的行使（檢束）在日治後期突然增加，顯示出一個鮮明的對比。

### 第一節 警察法理論

在研究日治台灣，總督府警察可說是核心問題之一。在內地各省分擔的國家

行政事項，在台灣則屬於單一的總督府。在台灣擔任警察行政的警務局是總督府五局之一，<sup>1</sup>相當於內務省警保局。與內地警察相比，除比起內地警察權限範圍較大的違警罪、即決制度、保甲制度以外，台灣尚有獨自的蕃地警察為其特色。

歷史研究中已有不少總督府警察的實際運作、警察機關、有關警察的實證法制。關於日治後期的研究，各種法規的蒐集、訓令等歷史資料《警察沿革誌》的出版，相關研究已相當充實。然而過去的研究對於警察相關的「法規範」、「警察理論」、「警察概念」、「警察權」之領域，相對於當時的「事實」，尚並未引起研究者太多的興趣。因此，總督府在台灣能發揮何種程度之權限，對於此個疑問現階段的研究尚不能提出最詳細的回答：由警察機關所進行之行政處分是否有限制，與內地警察相比其權限究竟有如何差異，台灣警察在戰前日本公法體系上處於何種位置？本文亦尚未能提供完美的答案，本文所欲達到的目標是整理與準備出理論上必要的問題整理。

19世紀的歐美國家已有相當明顯的法系上之派系，即歐陸法系與英美普通法系（common law）。隨著各國之統治權的延伸，此等區別影響到其殖民地。前者的人權保障特徵是「法律保留（Vorbehalt des Gesetzes）」。在憲法之下當然受到法律保留的限制。警察機關若要擴大其裁量空間，必須透過不會被法律阻擋的領域。如下述，此個問題涉及有關帝國憲法學說上相當重要的對立，因為早已在明治後期，美濃部達吉從德國輸入德國的新公法理論，即實質意義法律概念，試圖挑戰穗積八束等靜態的權力分立觀，。美濃部基於此個概念一面曖昧模糊化權力分立與法律保留，一面強調警察權，穗積以靜的權力分立抵抗之。美濃部的主張受到

---

<sup>1</sup> 總督府設置內務、文教、財務、殖產、警務各局（台灣總督府官制第 17 條，明治 30 年敕令第 362 號）。警務局設置庶務係、警務課、保安課、理蕃課、衛生課（台灣總督府官房並各局事務分掌規程第 24 條，大正 13 年訓令第 102 號），各個擔任事務為警務課：保甲、戶口、犯罪即決、司法警察等，保安課：集會結社言論出版、勞動爭議等，理蕃課：理蕃行政，衛生課：衛生警察（同第 26—29 條）。以上為昭和 4 年的事務佈置。參閱台灣總督府編纂，《台灣法令輯覽》，（東京：帝國地方行政學會，昭和 4 年（1929））。

警察機關的支持。

但不論歐陸法或英法法，保持公安的必要上，有裁量性的權力發動之可能性。一般而言，制定憲法典以前警察機關已有活動，其所行使之警察權不一定純然依法行使權力。權力分立的形式原理不足以完整說明政治機關的所有的運作。關於戰前日本，甚至法學者的一部分指出行政權（警察權）之突出，將戰前的日本指稱為「警察國」。<sup>2</sup>亦有歷史研究者將日治台灣看作「自始至終皆處在天皇大權控制下的行政獨裁特別統治狀態當中」<sup>3</sup>等的看法。其實「警察國（Polizeistaat）」此概念是 19 世紀德國，關於國家權力的控制，與行政法上的法治國（Rechtsstaat）思想對比之下始有的概念。法治國＝警察國的思想模式亦輸入到日本，像德國一樣，公法理論有兩個觀念體系的發展。

在台灣，統治權的行使，其實除軍隊的活動，其大部分事實上由警察機關為主的總督府行政機關的內務行政，因此可視為警察權的行使。警察權的有代表性的理解是，「以權力對於人民發出命令，拘束他的自然有的自由之作用」。<sup>4</sup>台灣是關於憲法的施行尚有疑問的地區，因此在台灣，此行政的作用會不會受到法律保留以外的原則限制是重要的問題。

如上述，為分析戰前日本的法治，其關鍵要素應該視為身體自由。臣民的身

---

<sup>2</sup> 對於戰前日本的行政，加以最尖銳的批判是田中二郎。「舊憲法在其規定上模仿現代國家的事例，將自由主義・法治主義作為其主義。但這還並不足徹底，因此讓行政權能採用權威性・獨裁性的行政。尤其實際上主要基於警察權進行之，因此這可謂是實質上的警察國家」，「警察為這個行政權的核心（後來軍閥支配之）。警察基本上是國家警察，由國家統一，作為中央集權的官僚支配的最有力的武器被利用。以警察為其中心之行政權，不但基於這些立法能行使幾乎與獨裁同樣之權力，有時候甚至超越這些立法的法的限制行使其權力，忽視個人權利和自由。請求賠償的管道並無法根據，能提起訴訟的事項亦頗有限制，幾乎不能尋求其救濟。在這個意義，將我國指稱實質上是個警察國家亦不算誇張」。田中二郎，《行政法總論》，（東京：有斐閣，1957年），82—83頁。

<sup>3</sup> 徐國章，〈由「六三法」看日本治臺的基本理念—天皇大權統治主義〉，《台灣風物》，第48卷2期，台灣風物雜誌社出版，1998年，頁41

<sup>4</sup> 美濃部達吉，《行政法撮要》，（東京：有斐閣，大正13年（1924）），頁5

體自由由憲法第 23 條「日本臣民非依法律，不受逮捕、監禁、審訊及處罰」的「法律保留」、「罪刑法定主義」保障，因此事先應該分析的對象的確是刑事司法之領域。但因為「法律保留」從來因為其形式性，在如此依靠成文憲法典的體系，一方面法律的固定性保持應該守備之領域，在實際的行政上，一定有著因實際上的必要而訴諸方便手段的局面，因此法治國原理或者「依法行政(Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)」原則，在法律保留之下，一定擁有柔軟的性質。為相比的目的，如下先檢討英國，德國的警察制度與警察概念，其後檢討日治台灣警察的法的問題。

## 一、 英國本土警察

英國普通法之下的警察概念的境界頗為曖昧模糊，其警察概念通過其實際上的運作始能定義其境界。<sup>5</sup>但普通法之下的「警察權」與其他的國家權能的境界並不太明確，<sup>6</sup>甚至其執行者（即警察官）與一般民眾的境界亦是不明確。<sup>7</sup>根據英國的公法法學理論的傳統性的說明，相較於歐陸法上的警察概念，英國的警察概念明顯地不同。英國近代警察制度由 1829 年首都警察法 (Metropolitan Police Act) 設置首都警察 (Metropolitan police) 而開始，英國所驕傲的警察是「根據同意的警察」，然而歐陸法諸國（包括法義荷西等）警察機關根據準軍事主義 (paramilitarism)。<sup>8</sup>德國公法學者 Hatschek 的觀察中亦指出，英國的警察權 (Polizeigewalt) 的範圍與歐陸法諸國的警察權觀念相比，其範圍更小。尤其警察

<sup>5</sup> David Dixon, *Law in Policing: Legal Regulation and Police Practices*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p 49

<sup>6</sup> *Royal Commission on the Police Report 1962* 亦認定，警察權大概 (mostly) 依據普通法。Dixon, *Law in Policing*, p 53

<sup>7</sup> 傳統性的普通法理論認為警察官是“citizens in unifrom”。Dixon, *Law in Policing*, p 50

<sup>8</sup> Dilip K. Das & Arvind Verma, The armed police in the British colonial tradition: The Indian perspective, in *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management*, vol. 21, 2, 1998, p. 354

命令僅能根據法律的委任佈告，不像德國，直接根據命令權的警察命令被排斥。<sup>9</sup>對於如此的以普通法為其中心的法的支配（rule of law），英國法學論述常常表達自負。英國法的人權保障，許多論述一方面承認，的確並未列舉基本人權之明文保障，但同時常常指出歐陸法的人權保障（憲法典的明文所列舉的基本人權型錄）可能是抽象性，往往僅是空文，並且經過程序或形式（例如委任立法），或者透過行政官擔任法官的行政裁判所始得以存在，其保障並不完全，然而在英國法人權保障皆依靠司法法院的法官，因此英國法中法的支配之人權保障是較為優秀。<sup>10</sup>關於警察的沿革，英美法大概從古代村落社會開始說明，法學論述的大部分集中於community特有的秩序觀念，警察機關的權限，普通法上的警察。<sup>11</sup>然而對於作為國家統治權一部分的警察權（police power）的問題，英美公法的討論較少。因此會有「英國人對於其警察覺得驕傲。然而若他須要定義警察的權力與義務社會一般成員應該覺得困難」，<sup>12</sup>如此的評語。

然而，英國的警察亦的確代表國家權力行使的一面，並且在並無戒嚴的英國法制之下，普通法亦認為國民有保持和平（king's peace）的義務。一般而言，歐陸法正當化人權侵害時，基於憲法的法律保留或者法治主義，須要有形式性的正當化理由。近來的研究定義，英國法的警察權「簡直是，本來應該是不法的行為的民刑事上的責任的免除」。<sup>13</sup>

因為在英國法上，法律保留並無明顯的獨立，限制警察權之論理亦並無形式性，一定成為比較曖昧模糊的法制。譬如，在德國、日本法上相當明顯的刑事司法與行政拘束（戰前日本警察的檢束），在英國法上的制度，例如行政拘束（administrative detention），並不太明確。在英國法體系，因此若基於某些理由不

---

<sup>9</sup> Julius Hatschek, *Englisches Staatsrecht*, Bd. 2, Tübingen: Mohr, 1905, S. 503-504

<sup>10</sup> 例如水木惣太郎，《比較憲法史》，（東京：有信堂，昭和40年（1965）），頁163—164

<sup>11</sup> Dixon, *Law in Policing*, p 50, 54

<sup>12</sup> Charles Joseph Jeffries, *The Colonial Police*, London: Max Parrish, 1952, p. 17

<sup>13</sup> Dixon, *Law in Policing*, p 64

能獲得司法法院的救濟，對於行政權的裁量已並無警察權界限的概念。應可說，英國法的警察概念，在與德國法警察概念的比較上，尙未分化。英法上的警察權法源可考慮制定法、普通法、例外・緊急性的權力（exceptional or emergency powers）。<sup>14</sup>並且 Dixon 提到，不應該太重視 normal power 與 exceptional power 的區別，警察權是連續體（continuum）。換言之，平時警察與非常警察的區別並不明確，加上一般警察權與軍事・戒嚴，非常事態的國家統治權亦不能明確地做出區別。然而德國、戰前日本法的憲法典包括停止人權保障成文規定的條款（戒嚴），因此非常警察（非常事態之下的警察）或軍事與平時警察的法的性質明顯地不同。

## 二、 英國殖民地警察

不論此等概念是否充分釐清英國本土的警察權觀念，上述英國警察理論不言及英國在英國本土以外的領域行使之統治權。英國殖民地警察是，「為確保外國領域之治安帝國因素與殖民利益所設計的」，<sup>15</sup>比起一般英國本土警察有著不同的發展脈絡，英國殖民地警察有軍事的性格，屬於中央統治機構，然而本土警察並無軍事性格，屬於地方自治體。<sup>16</sup>皇家愛爾蘭警察（Royal Irish Constabulary: RIC）。英國殖民地警察是與英國內地的警察不同，發跡於愛爾蘭，比一般的英國警察更早期。<sup>17</sup>Jeffries 說，英國近代警察制度不是從本土開始，而是早於 Irish Peace Preservation Act of 1814 的通過時從愛爾蘭開始發展。<sup>18</sup>有趣的是，設立殖民地警察的原型者與英國本土較為民主的警察設立者是同一人物 Robert Peel，後者基於前者的經驗，在印度完全承繼下來，可說是大英帝國的警察有著其他的法根據。

相較於英國殖民地警察，台灣總督府警察的隸屬系統，與軍方的警察機關，

---

<sup>14</sup> Dixon, *Law in Policing*, p 68-73

<sup>15</sup> Das & Verma, *The armed police in the British colonial tradition*, p. 354

<sup>16</sup> Jeffries, *The Colonial Police*, p. 26

<sup>17</sup> Das & Verma, *The armed police in the British colonial tradition*, p. 355

<sup>18</sup> Jeffries, *The Colonial Police*, p. 30



即憲兵明顯地獨立，<sup>19</sup>因此日治台灣的警察並無軍事性。

### 三、 德國殖民地警察

德國國內的警察概念，即屬於內務行政，以普魯士一般邦法 (§10, II 17 ALR)<sup>20</sup>所規定之比較傳統性的警察概念，基本上仍在保護領有效。<sup>21</sup>然而殖民地警察從本國警察有如下不同的特徵。不像英國殖民地總督，德國殖民地總督並無條文上的管轄權 (Zuständigkeit) 而有許多個別命令的授權，此等授權由帝國首相授權，由此他得以對警察與其餘行政發布命令 (Vorschriften)，包括 3 個月的輕懲役 (Gefängnis)，罰款 (Geldstrafe)，拘留 (Haft)，的罰則，擁有警察權 (Polizeigewalt) 毫無疑問，<sup>22</sup>青島警察署擁有一般性警察權的授權，能發出警察命令。<sup>23</sup>

然而，德國殖民地警察有軍事性。比如說在膠州灣有警察部隊 (Polizeitruppen)

---

<sup>19</sup> 關於行政・司法警察，憲兵過去受到內務大臣、司法大臣、朝鮮總督、台灣總督、滿洲國駐荷特命全權大使、拓務大臣的指揮，從警察總監、府縣知事、朝鮮總督府道知事、朝鮮總督府知事、台灣總督府州知事、同廳長、同法院檢察官、關東州廳長官、關東法院檢察官、樺太廳長官、南洋廳長官、南洋廳檢事受到指示 (明治憲兵條例第 2、3 條，明治 31 年敕令第 337 號憲兵令第 2、3 條)。在 1945 年，台灣憲兵的隸屬系統是，憲兵司令官－台灣憲兵隊司令官－憲兵地區隊長－憲兵分隊長－憲兵分遣隊長－憲兵分駐隊長。關於司法・行政警察，台灣憲兵隊司令官接受台灣總督的職務指揮。台灣憲兵隊司令官以下到憲兵分遣隊長，關於司法警察受到法院檢察官的職務指示，關於行政警察受到州知事和廳長的職務指示。關於在台灣的軍事警察，職務區處在台灣軍管區司令官之下。參閱法務省大臣官房司法法制調查部，〈憲兵ノ命令系統 (台灣隊)〉，《A 級極東國際軍事裁判弁護關係資料》，国立公文書館，114・第二類(口)その 70，本館-4B-021-00，平 11 法務 02681100，003

<sup>20</sup> 「為維護公共安寧、安全與秩序，以及為防止公眾其個別成員遭受當前的危險，所因而設立之必要性機構，即是警察機關」

<sup>21</sup> „Polizei“, Heinrich Schnee, *Deutsches Kolonial-Lexikon*, Band III, Leipzig: Quelle & Meyer, 1920, S. 69 ff.

<http://www.ub.bildarchiv-dkg.uni-frankfurt.de/Bildprojekt/Lexikon/Standardframesseite.php?suche=kolonialpolizei>

<sup>22</sup> Hoffmann, *Verwaltungs- und Gerichtsverfassung der deutschen Schutzgebiete*, S. 19

<sup>23</sup> Hoffmann, *Verwaltungs- und Gerichtsverfassung der deutschen Schutzgebiete*, S. 109

的設置，一位歐洲人之下有 60 人中國人警察或中國人憲兵（Chinesen-Polizei、Chinesen-Gendarmerie）。德國殖民地警察的最高機關是帝國首相，<sup>24</sup>其代表對於非洲與南洋群島是德國殖民地部副部長，對於膠州灣是海軍部副部長。<sup>25</sup>警察權由保護領官署最高機關與由該機關授權官署執行。<sup>26</sup>德國殖民地的警察組織明顯地有軍事色彩。加上德國殖民地警察的此個身體拘束之權限並非刑事司法的問題，而是純然行政權的發揮，如本文下述所討論的日本行政執行法上的檢束，但在德國殖民地此身體拘束權限並非法律的委任：

警察若有公眾安全、安穩或道德、道德上的利益，或者為被逮捕的人的保護上似乎是必要，就有逮捕之權限。然而這並非刑事程序上的搜查或逮捕，而是警察上的逮捕（polizeiliche Verwahrung）。為保安警察的利益，不論外國人或本國人得以驅逐，因為在母國為保障個人自由有效的法律在殖民地毫無力量。<sup>27</sup>

但如上述中國人任何時候可能面臨任何處罰的法理上可能性仍繼續，當地警察機關的法的性質亦並未改變。

#### 四、 德國和日本的行政法的警察理論

如所周知，Lorenz von Stein 以後的德國 19 世紀公法顯然有二元對立概念構成，<sup>28</sup>在他的著名的言詞，「憲法不包含行政〔中略〕憲法的最大的機能是給行政賦予節度與秩序。不會從事行政，要理解行政的任務而向它授權而已」、「憲法若並無行政的活動，在其本來的意義無內容，行政若無憲法，在其本來的意義不會

<sup>24</sup> 保護領法第 15 條。

<sup>25</sup> „Polizei“, Schnee, *Deutsches Kolonial-Lexikon*, S. 69

<sup>26</sup> Hoffmann, *Deutsches Kolonialrecht*, S. 57

<sup>27</sup> Hoffmann, *Deutsches Kolonialrecht*, S. 58

<sup>28</sup> 和田英夫〈ドイツにおける行政科学の系譜と発展－行政法学と行政学の関連をめぐって－〉，《法律論叢》，第 29 卷 6 號，1957 年，頁 118

活動」<sup>29</sup>看得到，在德國公法觀念，行政當局實際上的實力行使根據與憲法層面不同的行政法概念。法治國其理論馬上由日本學者輸入，影響著明治時代的日本公法。憲法的理論體系以外，尚有另一個說明體系，即法治國理念的發展，這後來在德國行政法學發展。換言之，德國公法承認以憲法＝法律保留以外的國家權力控制體系，其核心是警察權界限的問題（這不僅作為警察權界限，而是他的整個警察理論的基礎）。<sup>30</sup>德國的警察權與一般行政，即一般國家統治權之行使不能區別，德國行政法上的法治國（Rechtsstaat）概念意味著與警察國（Polizeistaat）的區別，即警察權的限制，<sup>31</sup>警察權界限已有兩個限制：立憲制度（konstitutionellen System、Verfassung）與法治國（Rechtsstaat）概念，換言之，行政法（警察權）須要與憲法（法律保留）獨立的檢討。<sup>32</sup>一般認為此等兩個潮流當然有互相關係，但前者的形式性與後者的流動性在戰前日本後來圍繞警察命令展開爭論。警察權限制的概念的成為法治國概念的最有代表性的領域。<sup>33</sup>

如眾所知，在德國公法體系上，Otto Mayer 整理警察權的觀念，現代各國行政法學界一致認為他是首先展開警察權之界限論之探討，且論述最明確詳細的學者。<sup>34</sup>行政法上他對於警察權概念的發展，有著最多貢獻。<sup>35</sup>他認為警察與財政最

<sup>29</sup> Lorenz von Stein, *Handbuch der Verwaltungslehre*, 3 Aufl., Stuttgart: J.G. Cotta, 1888, S. 28

<sup>30</sup> 柳瀨良幹〈警察權の限界－主としてその根據に就て－〉《法學》昭和12年(1937)，頁14

<sup>31</sup> 曾經英國“policing”亦意味著「民政政府的一般機能」。Dixon, *Law in Policing*, p. 50-51

<sup>32</sup> Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1. Aufl., Leipzig: Duncker & Humblot, 1895, S. 247, 250

<sup>33</sup> 傳統性的警察權界限的理論可謂相當於現在的自由裁量論。藤田宙靖，《第三版行政法 I（總論）〔改訂版〕》，（東京：青林書院，1995年），頁102

<sup>34</sup> 參考梁添盛，〈論警察權限行使之制約原理〉，城仲模教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，《憲法體制與法治行政 城仲模教授六秩華誕祝壽論文集 第三冊 行政法各論》，（台北：三民書局，1998年），頁280。塩野宏說，許多論者（如Thoma、Franz Mayer）承認在德國行政法學史上的警察權觀念，Otto Mayer的見解代表古典的地位。塩野宏《オットー・マイヤー行政法の構造》，頁176

<sup>35</sup> 和田英夫〈ドイツにおける行政科学の系譜と発展－行政法学と行政学の関連をめぐ

有公法的特質，因為此等是一方性，<sup>36</sup>應可說，他視為公法的核心正是警察概念。<sup>37</sup>其實近代行政作用法成立以後，警察法一直的確是其核心。<sup>38</sup>Otto Mayer 在 1895 年在〈德國行政法〉提示依法行政原理上的法律保留、法律優位等的重要原則，加上整理行政法分析上相當重要的抽象性的概念，例如行政處分（Verwaltungsakt），加以奠基現代行政法學的諸基本概念與互相架構。早已明治 36 年（1903）美濃部翻譯出版該書，<sup>39</sup>裡面的有關警察權的根據的說明是，「…正如法哲學說，其權限根據人類的自然的命運，加上根據來自該命運，為通過其強制應該實現國家有權限的自然義務」，<sup>40</sup>如此他將人民的受忍義務的根據看作自然法上的法的義務。<sup>41</sup>他甚至將他指稱「臣民的一般義務（eine allgemeine Pflicht der Unterthaten）」、「當然，生得的（selbstverständliche, angeborene）」，如此他的警察理解畢竟是，為保持安全，用強制力是當然的事，「為防衛社會安全（für die Abwehr von Gefahren），使用強力是當然的事，自然法思想」「妨礙社會的秩序（die gute Ordnung des Gemeinwesens）本來不屬於個人自由」。Mayer 認為，人類有「社會

---

つて—），頁 146—148

<sup>36</sup> Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1. Aufl., 1895, viii

<sup>37</sup> 美濃部達吉亦認為，Otto Mayer 的行政法課本的最重要的特色是，該書建立（一）「一方性權力作用」、（二）「國家當作大企業者所做的作用」的區別的一點。美濃部該書翻譯前文。

<sup>38</sup> 高田敏，〈現代行政の展開と警察法〉，《公法研究》，第 34 卷，1972 年，頁 219

<sup>39</sup> オット、マイヤー原著，美濃部達吉譯，《獨逸行政法》，（東京：東京法學院，明治 36 年（1903））。

<sup>40</sup> Otto Mayer 對於警察權、臣民的警察義務概念的表述或用語，在後年的著作逐漸更改，但其本質可謂一直並無變化。在 1924 年，他說：「在定義警察觀念，其過去的發展的關係絕對不能忽視。要不然不能體會堅固的語義，尤其要失掉對於仍然留下來的從前的看法之一部分的理解。這是為防止危害（die Abwehr von Gefahren），為保安警察，即與福利相比本來意義的警察，將強制視為當然之自然法的思想。基於他的行為的他正在住的生活秩序（die gute Ordnung des Gemeinwesens）之擾亂原來並不屬於個人的自由；各人卻負擔要排斥如此的擾亂的社會的義務（gesellschaftliche Pflicht）」。Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., Bd. 1, 1924, S. 207, 208

<sup>41</sup> Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1. Aufl., 1895, S. 251

的義務（*gesellschaftliche Pflicht*）」。<sup>42</sup>他進一步說，在德國諸侯國，比一般警察，保安警察方面有更大的授權範圍，關於保安警察作用，如此的人民的義務（*vorausgesetzten Pflichten der Untertanen*）現在尚繼續存在。此個義務並無直接的拘束力，但為釐清、補充、確定法的規定繼續有影響力。「因此，雖然（各國）對於每一個機關賦予外表上無限制的廣泛的授權，他們尚不會否定其法治國的本質，並且從短暫的法律規定尚能推測，為憲法國家須要的法的基礎的存在」。<sup>43</sup>「對於臣民，我們如此面臨的權威性的無限制的權力，我們叫做『警察權』，這是在行政領域，為排斥由個人的好的秩序的破壞，成為有效的公的權力」。<sup>44</sup>但如此 Otto Mayer 說警察概念限於保安作用，不包含福利警察。<sup>45</sup>

雖然 Otto Mayer 的警察權的定義尚有不明白的部份，<sup>46</sup>日本從德國繼受的行政法＝警察權的概念架構是相當複雜，不難以想像當時的一般人亦覺得相當困難理解，但對於行政當局而言，警察法制的學問體系能正當化行政裁量的擴大，尤其是美濃部達吉從 Otto Mayer 等繼承的警察權概念。應該可以推測此個概念體系不論在內地或台灣，對於實際上的警察機關的行動，因此如下簡單地整理當時的行政法學上的警察概念。

---

<sup>42</sup> „Das ist der naturrechtliche Gedanke, daß für die Abwehr von Gefahren, für die Sicherheitspolizei, die eigentliche Politzei im Gegensatz zur Pflege, der Zwang etwas Selbstverständliches sei. Es gehört von vornherein nicht zur Freiheit des Einzelnen, daß er auch die gute Ordnung des Gemeinwesens, in das er hingestellt ist, durch sein Verhalten stören dürfte; jeder hat vielmehr die gesellschaftliche Pflicht, solche Störungen zu unterlassen.“ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., S. 207

<sup>43</sup> Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., S. 208

<sup>44</sup> „Die umfassende Macht obrigkeitlicher Einwirkung auf die Untertanen, die uns auf solche Weise entgegentritt, nennen wir die Polizeigewalt. Sie ist die öffentliche Gewalt, die auf dem Gebiete der Verwaltung wirksam wird zur Abwehr von Störungen der guten Ordnung des Gemeinwesens aus dem Einzeldasein.“

<sup>45</sup> 柳瀨良幹，〈警察の觀念〉，《行政法の基礎理論（二）》，（東京：弘文堂書房，昭和 16 年（1941）），頁 219

<sup>46</sup> 柳瀨良幹，〈警察の觀念〉，頁 217

## 五、實質意義的法律與憲法第二章

如上述，法律保留的確是近代立憲主義之下的關鍵概念，但重要的是，通過法律本身的法的性質的解釋，法治的程度可能變動。在日本，美濃部達吉在明治40年（1907）的論述，<sup>47</sup>依據 Anschütz 的論述，<sup>48</sup>輸入當時德國通說的「實質與形式意義的法律（Gesetz im materiellen und formellen Sinne）」概念，加以主張帝國憲法的直接模範是普魯士與比利時的憲法典，相較於此等模範，帝國憲法特有的新特徵當中最重要的是由憲法第9條承認相當廣泛的獨立命令。<sup>49</sup>他如此試圖將權力分立柔軟化，擴大警察權範圍。

本來此個二元說對於法的內容傾向比較不被重視，<sup>50</sup>但關於警察法制，甚至關於「殖民地」法制，美濃部的此個立場發揮相當大的影響力。關於委任立法或權力分立的構成，穗積一直保持對於權力分立架構的非常嚴密的態度，支持固定

---

<sup>47</sup> 美濃部最早期的有關警察權，實質意義法律概念等的論述有如下。美濃部達吉，〈憲法上法律ヲ必要トスル事項ノ範圍〉，《法學協會雜誌》，明治40年（1907），第25卷5-8號；同，〈警察ノ觀念ヲ論シテ憲法第九條ニ依ル獨立命令權ノ範圍ニ及フ〉，《法學志林》，明治43年（1910），第12卷3-6號；同，〈警察ノ觀念〉，《法學協會雜誌》，大正元年（1912），第30卷8號；同，〈警察權ノ限界ヲ論ス〉，《同》，大正2年（1913），第31卷3號。參見閔根謙一，〈美濃部博士における警察法理論の形成（上）〉，《警察學論集》，第37卷7號，1984年，頁54

<sup>48</sup> 美濃部達吉，〈立法權ト命令權ノ限界ヲ論ス〉，《憲法及憲法史研究全》，頁4所引用的 Gerhard Anschütz, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr, 1901, S. 10, 22, 23

<sup>49</sup> 美濃部達吉，《憲法及憲法史研究》，頁3-4

<sup>50</sup> Laband 以為議會只能決定法律的內容而已，有法律命令才有法律的效果。關於形式意義法律他分別法律內容和法律命令，而主張法的本質在法律命令。Laband 反對 Gierke 的以法律內容視為法律的本質的命題，而主張讓法律成為法律的是主權者的命令。Jellinek 和 Anschütz 亦站在大致同樣的主張，如此 19 世紀德國公法學界很重視形式性，對於其內容的法規性比較未有興趣。栗城寿夫，〈ドイツ国法理論における法律の概念について〉，《法政研究》，1960年，第26卷3號，頁323-324

或不動的立法・大權事項的區別。然而美濃部以實質・形式法律二重概念將權力分立的架構柔軟地解釋，反對他所謂的舊說（憲法義解、穗積八束，一木喜德郎、有賀長雄、清水澄、副島義一）。美濃部說憲法第二章的臣民權利義務（法律保留）僅是法治主義的「原則」的宣告，而進一步主張根據憲法第 9 條的獨立命令，即警察權的優越。

我要主張，保障臣民自由權的憲法第二章各條規定之旨趣，並非限制依憲法第九條之警察命令大權，例如居住移轉之限制或集會結社言論出版之限制，亦可以在警察權的範圍之中，以命令能規定之。〔中略〕憲法第二章各條規定的旨趣並不意味要限制依憲法第九條之警察命令的大權。〔中略〕若要主張為限制居住移轉或所有權一定須要法律，警察命令的大權應該歸空文〔中略〕。總之警察權的行動，有時候須要按照事宜與地方的方便之措置，因此應該永久繼續存在而全國到處有一貫性的法律，對之並不適當。〔中略〕我國憲法第九條承認廣泛的警察命令大權亦出於同樣的旨趣。

51

在昭和年代美濃部尚堅持同樣的主張。在如此的思考方式下，法律保留的地位一定降格及弱化。<sup>52</sup>重要的是，在此個體系，憲法第 9 條警察命令範圍的擴大與在殖民地的立法的問題，在同一水平。<sup>53</sup>換言之，實質意義法律，警察權的擴

<sup>51</sup> 美濃部達吉，〈立法權卜命令權ノ限界ヲ論ス〉，頁 49

<sup>52</sup> 美濃部達吉，《逐條憲法精義》，頁 334—335

<sup>53</sup> 關於「殖民地行政」的特徵，美濃部在他的說明體系之中，列舉四點：（一）行政組織上的與內地的分離：雖然憲法第 10 條官制・任官大權延伸到台灣，內地各省大臣的權限不及，殖民地總督等有包括性的管轄。（二）立法權・行政權並未對立。帝國議會能制定法律，在內地應該由法律制定之事項，在台灣能以命令（朝鮮・制令、台灣・律令、關東州及南洋群島・敕令）。（三）法治主義的原則，並未嚴格地適用。在殖民地「大致」有行政法的成文法主義，但因為憲法不原樣施行，依法行政亦並未嚴格地施行。尤其在殖民地行政裁判所並未設置。（四）國法的屬人主義的存在。美濃部達吉，《日本行政法上卷》，（東京：有斐閣，昭和 11 年（1936）），頁 65—67。但美濃部的說明從憲法學說出發（尤其上述（三）），但關於在殖民地有施行的憲法條文的選擇受到批判。

大，在殖民地不施行憲法，他的上述主張的來源相當可能是同一，比較重視行政裁量的價值判斷。

…本章〔註：憲法第二章〕規定為所謂的『立法事項』之列舉，有些學者如此解釋，<sup>54</sup>同時主張本章尚無所列記之事項皆可能由命令規定之，同時主張本章所列記之事項僅能由法律規定之，依命令絕對不得規定之。但不僅其第一點有錯誤，第二點亦不射正鵠。本章規定之目的不是規定法律命令之間的界限，而是規定法治主義之原則，表示人民不依法律其權利及自由不會被侵害的主要的適用例。然而對於法治主義之原則，正如在第五條的解說已詳述過，根據憲法規定或者根據應替代其規定之條理，許多例外已被承認。本章不包含要否定上述例外之旨趣。緊急命令之大權為本章規定的例外更不容疑問，締結條約之大權亦是其例外，若基於條約日本人的外國渡航受到限制，不管有第二十二條之規定，居住移轉之自由要由條約受到限制，若以條約規定外國人的著作權在日本應須要尊重，不管有第二十九條，著作印行之自由要由條約當然被限制。在殖民地之立法不必須要議會的協贊而屬於天皇大權之原則亦為本章規定之例外，不管有本章規定，在殖民地得以由命令規定本章所列記之各種事項。對於本章規定作為例外的尤其是依第九條之警察命令大權。如上述，憲法第九條規定，在警察上必要的範圍之中，以敕令或者以基於大權的委任之命令應得以設置限制臣民自由權利之規定，本章的規定並未包含否定此個警察命令的旨趣。固然本章所規定之事項大致屬於對臣民而說最重要的自由，為限制之最適當以法律規定之，實際上制定憲法以後到今日為止，關於其中事項的大部分已有法律之制定，然而已以法律規定之事項不得由命令規定之，因此在今日由警察命令能規定之範圍已狹小，這不容懷疑，但這僅是法律的結果

---

<sup>54</sup> 美濃部認為，伊藤博文的「憲法義解」、穗積八束、一木喜德郎、有賀長雄、清水澄、副島義一站在這些傳統性的立場。美濃部達吉，〈立法權卜命令權ノ限界ヲ論ス〉，頁 5



而並非憲法的直接的結果，加上其可能性現在亦並非已完全消失。特別是例如憲法第二十三條的審問，第二十五條的住所侵入，第二十七條的所有權的限制，第二十九條的言論著作集會結社的自由等，甚而今天尚是在不抵觸法律之範圍之中，警察命令應該發動之區域，亦實際上不少事項由警察命令被規定。〔註：底線為作者所添加〕

上述美濃部的警察權理論，不僅日本戰前內務省警保局的官僚積極地採用，<sup>55</sup>加上展開對外地・殖民地人民而言相當不利的學說。東京學派之中，較多人不猶豫地對於外地・殖民地公然採用冷淡的態度。例如最積極地用比較法性展開嚴密的理論說明的田上穰治強調：「憲法第二章的臣民權利義務規定，應該從憲法與行政法的兩面進行考察〔中略〕…然而在君主的強大的統合機能之下，基本權規定僅有主要羈束行政權的行政法上的意義」。如此憲法（法律保留）以外的行政法概念，即亦能成爲限制憲法第二章各項的根據規定。<sup>56</sup>其除外例之第一是「外地的人」。「憲法第二章規定在其明文上，以日本臣民作爲其直接對象，不容懷疑。〔中略〕…其例外是伴隨領土變更基於條約取得國籍之外地的人（在韓國併合無條件地，在台灣割讓二年間的選擇權之下，在樺太割讓由無期限的 *droit d'option* 賦予國籍）。外地的人爲當做國家統合的基礎尚未充分，因此憲法第二章不適用於外地」。

---

<sup>55</sup> 「本章〔註：憲法第二章〕的目的並非劃定法律及命令的界限，而規定所謂的『法治主義』的原則，僅表示人民不會不依法律受侵害其權利及自由之原則的主要項目而已。因此除該章以外當然尚有非依法律不准侵害之事項…因此，憲法第二章所列舉之自由權之中，在被承認的範圍之內，當然亦有不必須要依法律限制之而可以依命令限制之事項，在此領域可行使非依法律之警察權」。「過去憲法學者之中，以憲法第二章之規定看作所謂的『立法事項』，解釋此等事項絕對不能以命令規定，有如此的見解。但這個解釋並不適當。關於人民的自由權已有法律之規定事項當然不能以命令規定之，但關於尚無法律規定的事項，若其性質屬於爲保持安寧秩序的必要，如上述基於警察命令之大權〔註：憲法第 9 條〕可以規定之」。三田村武夫，《警察強制的研究》，（東京：松華堂書店，昭和 5 年（1930）），頁 7—11

<sup>56</sup> 田上穰治，《法の本質と憲法》，（東京：有斐閣，昭和 17 年（1942）），頁 102

他如此已在憲法的階段，以外地人放在法治領域外。他尚有不實行說的理由，「正如有爭論的六三問題，發出制令・律令等的一般性的立法委任意義，殖民地統治委任於大權的發動，憲法的立法事項規定並無其適用」，<sup>57</sup>換言之六三法的委任立法的無限制性本身意味著憲法的不施行。如此的整個「憲法第二章」不施行說，相對於美濃部的修正不施行說仍保留比較純粹的憲法不施行說（因為美濃部尚承認第二章之中屬人性的條款，即憲法第 18 條臣民要件、第 19 條就公職權、第 20 條兵役等之條款之在殖民地有效力。<sup>58</sup>

不管美濃部的意圖在哪，他所引進來的可幫助警察權行動範圍的擴大理論是，對日本警察而言相當令人滿意的的理論。日本警察法的研究，除初期美濃部等的純然行政法研究以外，法學者的理論研究不太積極，昭和 10 年左右始有相當的發達，因此到大正年間，與警察實務較近的警察犯、違警罰、警察行政法等論述之大部分，基於警察官僚出版。當時在台灣有出版的警察行政法課本大概皆是總督府警察官僚出身者所寫的。

## 六、官方的學說和台灣的延伸

應可說，德國公法的警察觀念的發達及對日本的介紹，明治年 30 年代以後始開始。因此到大致明治 30 年代的官方的對於警察作用的法的理解，主要依靠立憲主義、權利分立、立法事項等的概念。在內地應可說，美濃部所輸入的實質意義法律、警察權與其的限制等的概念開始有影響力的是明治末期以降。在台灣的警察當局從何時與著採用內地同樣的行政法上的警察概念，尚不能明確地確定，但至少可以說，如下述台灣的警察當局的課本上可看出，台灣警察當局一直與隨內地警察當局的法的立場。

不論在內地或台灣，警察機關根據天皇的官制大權（憲法第 10 條）設置，雖

<sup>57</sup> 田上穰治，《法の本質と憲法》，頁 83

<sup>58</sup> 美濃部達吉，《逐條憲法精義》，頁 38

然各個機關的隸屬關係（內地警察屬於內務大臣，台灣屬於由台灣總督）是不同，不管台灣或內地，對於所有的警察機關，內閣一直有應該承擔輔弼責任的國務大臣。如上述，明治維新以後帝國憲法以前，內地警察機關已依「行政警察規則」開始活動。但關於警察機關應該行使之統治權（警察權），戰前日本公法學說有分歧：僅看實證法「行政警察規則」（明治 8 年 3 月 7 日太政官達第 29 號）的佐佐木惣一，從抽象性的「警察」出發的美濃部達吉。美濃部達吉等的東京學派比較重視抽象性警察概念，佐佐木惣一等的京都學派重視，到昭和 10 年代尚有學者之間的政論。<sup>59</sup>然而內務省警保局所管轄的日本內地警察機關當局大大地採用美濃部說，<sup>60</sup>主張他們的警察權依據「一般統治權」與「憲法第 9 條」官方的論理，即「一般統治權」相當可能採用美濃部的「警察是基於一般統治權的作用」，此個立場。<sup>61</sup>美濃部一直強調根據憲法第 9 條的警察命令的優越。此個主張意味著，憲法以前的權力與實證法（憲法）上的根據，警察機關兩個皆有，但其互相關係不一定明確。

內地警察依靠美濃部說的代表例，在曾當任過警察練習所教官的內務省警保局官僚三田村武夫的論述明顯地看的出來，尤其美濃部達吉所導入的二重法律概念，加以正當化由警察命令的憲法第二章的論理是其特徵。<sup>62</sup>三田村的立場可謂

---

<sup>59</sup> 例如柳瀨良幹說，該規則可能看做僅是職務命令，亦可能看做授權警察權的根據規定，但因並無資料不能決定。柳瀨良幹，〈警察の觀念〉，頁 196

<sup>60</sup> 關於日治朝鮮笹川紀勝說，朝鮮總督府官僚所寫的行政法課本亦有「警察權的界限」的概念，因此「可謂從學說史觀之，萩原彥三、內田達孝試圖展開美濃部的廣義法治主義在朝鮮」。他還說，在朝鮮的前一代法學論者並無警察權之界限之概念。笹川紀勝，〈北東アジアと日本－植民地支配の過去と現在、特に三一獨立運動と朝鮮行政法のかかわりに即して〉，《法律時報》，第 75 卷 7 號，2003 年，頁 27－32

<sup>61</sup> 美濃部達吉，《日本行政法各論上卷》，大正九年新稿，（東京：有斐閣，大正 11 年（1922）），頁 12

<sup>62</sup> 「…事前須要檢討的是，在憲法第二章有關臣民權利義務之規定是不是規定所謂的『立法事項』的條文之問題。若是如此，警察強制的根據要相當受到其範圍上之侷限。本章的規定其實並不是以設置法律・命令的境界為其目的，而規定所謂的『法治主義』之原

是大概純然的美濃部說，內地警察官僚如此儘量將法律與警察命令視為同等。若看到政府的比較保守且正統性的立場一直承認大權・立法事項的區別的事實，警察官僚刻意依靠美濃部的學說相當有特徵。不僅他一個人，其他的警察官僚等的警察法令解釋大概皆採用三田村的此個立場，<sup>63</sup>在台灣有出版的警察法令論述亦沿襲此個有「正統性」的立場。

既然是一般統治權，內地與台灣皆並無差異，一貫是基於國務大臣的輔弼（憲法第 4 條）應該行使的統治權。在這裡，美濃部根據他的殖民地學說，不承認憲法第 9 條（警察命令大權）在台灣の施行，應該成爲一個問題，但在練習所課本的說明是，警察命令的根據是憲法第 9 條，在憲法學說的局面不採用美濃部的學說，可觀察總督府的任性、依據方便的立場選擇。<sup>64</sup>

台灣總督府的警察訓練的教官們的課本可謂是總督府的準公式立場。<sup>65</sup>明治

---

則，只在表示人民非依法律不應該受到其權利自由的侵害之原則而已，因此第二章的規定以外，當然還有應屬於立法事項，即非由法律不能侵害的事項。〔中略〕總之，不僅某些特定事項是立法事項，而要求以法律規定之，反過來，只有一部份的特定事項能以命令規定之，然而關於其他一切的事項應該解釋，為侵害臣民的權利讓臣民負擔義務，一定須要以法律規定之。因而同時，憲法第二章所列舉之自由權之中的某些領域，不一定須要以法律規定之，在被允許的範圍之中以命令能規定之，在這個領域之中，可能承認非依法律之警察權的行使。換言之，人民的自由權，在法律和警察命令的範圍之中，應該受到保障」、「當作憲法第二章臣民自由權保障的唯一例外就是根據憲法第九條的警察命令」、「過去憲法學者之中有人主張，以憲法第二章之規定視為『立法事項』，關於此等事項絕對不能以命令規定之，但這個解釋不正當，關於人民自由權，關於已由法律規定之事項當然已不能由命令規定，然而未有法律規定，加上在其性質上為保持安寧秩序一定須要的話，如上述基於警察命令的大權，可能以命令限制人民自由權」。三田村武夫，《警察強制の研究》，頁 8—11

<sup>63</sup> 石川忠一，《台灣警察要論》，（台北：新高堂書店，大正 4 年（1915）），頁 21

<sup>64</sup> 台灣總督府警察官及司獄官練習所編纂，《台灣行政警察法》，頁 28

<sup>65</sup> 在台灣の行政法學者昭和 3 年（1928）台北帝國大學開學以後才有，但關於警察法制的論述很少，主要由《台灣警察協會雜誌》等的雜誌上的警察官僚等的投稿被討論。台北帝國大學教授園部敏的行政法課本（昭和 15 年，改訂版同 18 年）皆並未討論警察法的問題，只有以僅僅幾頁討論「行政強制」而已，並且只有討論代執行、執行罰、直接強制，並未言及即時強制。然而一面關於在台灣無法利用的行政訴訟法，有詳細的說明。

末期的課本已不是僅僅分類實在的制度，而是已開始討論行政法觀念上的「警察的觀念」，但尚並未採用警察權的限制，僅簡單地提到法律。<sup>66</sup>並且在明治末期，警察行政法課本以「非常警察」如此的特別的概念試圖說明台灣的警察。<sup>67</sup>「非常警察」此個概念或用語在內地行政法看不到的獨自概念，<sup>68</sup>之後其他的台灣亦並未沿襲之。在此看得到當時警察當局的觀念上，「戒嚴」、「治匪」、「治蕃」此等一面在一般「原則」之外，一面互相在同一個水平上。警察觀念與非常事態，在這裡尚不能區別。

但之後在台灣的論述與內地警察同樣地逐漸輸入美濃部說。在台灣比較早期的行政法課本（總督府警部的石川忠一）採用，來自 Otto Mayer 經由美濃部輸入的警察概念：「警察權是為國家的生存維持的必要上，保持公共安寧秩序及臣民幸福之權力」、「它並非由法律的制定才發生的」。<sup>69</sup>到昭和年間美濃部的影響力越來明亮，例如總督府警察練習所教官們的課本說，「警察權為基於一般統治權的權力作用」，<sup>70</sup>「警察權在國家的一般統治權有其根據」，<sup>71</sup>「總之，警察即是將維持公安為其直接的目的，國家根據一般統治權限制人民的自由之權力性的作用」，<sup>72</sup>尚

---

園部敏，《行政法概論—特に台灣行政法規を顧慮して—》，（台北：野田書房，昭和 15 年（1940）），頁 487—494；同，《同》改訂版，（台北：台灣出版文化，昭和 18 年（1943）），頁 495—502

<sup>66</sup> 佐佐木忠藏、高橋武一郎，《台灣行政法論》，頁 218—219。大正 4 年（1915）的該書增訂版蹈襲同樣的說明。

<sup>67</sup> 「根據警察權發動的形式的差異，保安警察可分類到非常警察及通常警察，然而應屬於非常警察的是戒嚴治匪治蕃警察的三者。關於通常警察，在前節討論的有關發動警察權的形式的原則，皆要適用，但在非常警察，對於這個原則有許多例外」。佐佐木忠藏、高橋武一郎，《台灣行政法論》，頁 221。佐佐木忠藏是前法院書記。

<sup>68</sup> 戒嚴有時候被指稱「非常警察」。三浦惠一，《戒嚴令詳說》，（東京：松山房，昭和 7 年（1932）），頁 50

<sup>69</sup> 石川忠一，《台灣警察要論》，（台北：新高堂書店，大正 4 年（1915）），頁

<sup>70</sup> 台灣總督府警察官及司獄官練習所編纂，《台灣行政警察法》，頁 4

<sup>71</sup> 伊藤英三，《台灣警察行政法》，頁 10

<sup>72</sup> 長尾景德、大田修吉，《新稿台灣行政法大意》，頁 235

有實證法上的根據，即台灣總督府官制第 1、3 條擔任「諸般之政務」，即一般統治權的行使。<sup>73</sup>尤其對於法律保留與警察命令的關係，台灣的論述亦直接站在美濃部說：

…近世國家以確保人民的自由作為其統治原則，不允許其行政權任性地限制個人的自由，因此警察權之行動範圍亦須要一定界限，即將人民自由非依法規不能侵害作為其原則。此個法規在歐美立憲國家一定依法律制定之，不允許以命令之限制，亦即是說，警察權之界限一定由法律確定。然而我國憲法與此不同，其第九條承認所謂的獨立命令，為保持公共安寧秩序增進臣民幸福能發出必要的命令，僅要不抵觸立法事項或法律已有規定之事項，僅在為警察目的所必要的限度之中，以命令可限制人民自由財產。這是帝國憲法的特徵，出於讓警察權的活動適當於機宜之旨趣。故在我國警察權的界限不僅法律確定之，命令亦同樣地表示警察活動的界限。由此警察法規的大部分以命令制定。<sup>74</sup>

不待言與內地同樣，此等正當化支撐有關警察犯的各種法制與其運作。但來自德國行政法的基本概念，即警察權的限制的概念亦的確落實。警務局的小川廣吉、練習所的伊藤英三討論，立法應不應該考慮警察權的限制的問題：

國家在制定警察法律時，某些法則會不會對它設置界限？這是依憲法的解釋應該決定之問題。我國憲法規定，對於臣民權利義務除依法律不能加以任何限制，因此對於依法律的警察限制，不能發生所謂的界限的問題。  
〔中略〕實際上可謂以法律對於人民權利義務能加以任何限制。但上述是法律上的議論。〔中略〕對於已制定之法律解釋與適用，以及依憲法第九條的警察命令，加上制定委任命令之行政機關，有關警察權界限的原則，

<sup>73</sup> 「台灣總督為管轄台灣，承受內閣總理大臣的監督，統理諸般政務的最高官廳（總督府官制第一條第三條）。因此關於警察權亦是在台灣的最高官廳」。台灣總督府警察官及司獄官練習所編纂，《台灣行政警察法》，頁 17

<sup>74</sup> 台灣總督府警察官及司獄官練習所編纂，《台灣行政警察法》，頁 6—7

尚有能十分作用之餘地。第一，在法律的解釋適用，在大多數情況下，警察權界限的原則為其標準。比如說，法律條文上有『…認為為保持公安必要時』等的字句，警察官的何種處分要該當於『為保持公安必要』，皆是應該由警察界限的原則決定的問題。〔中略〕第二，制定憲法第九條所規定的『為保持公共安寧及增進臣民幸福必要』之命令時，在命令的內容一竿子插到底，警察界限的原則一定要被遵守。如何抽出警察界限的原則？關於此點，並無任何可靠的成文法規，因此應可說，一定要從警察觀念、習慣、條理、一般的法律意識輸出。<sup>75</sup>

可見在日治後期，在台灣以美濃部說像內地同樣已成為基本教義，並且關於限制警察權的法理論，內地與台灣並無差異的狀態。



---

<sup>75</sup> 伊藤英三，《台灣警察行政法》，頁 20—21

## 第二節 警察犯

關於警察權的實證法上的作用，戰前的行政法（警察法）依 Otto Mayer 以來的概念分類，<sup>76</sup>基於「警察義務（Polizeipflicht）」的有無，分類到兩個領域：（一）違警罪或警察犯、即決制度、（二）警察上的即時強制。<sup>77</sup>警察權通過「警察下命（Polizeibefehl）」，使人民負擔「警察義務」。警察下命的法的形式有各種，橫跨法律到命令（「警察法律」、「警察命令」、或者處分）。若人民在負擔這種義務，對於人民的違反義務行為，警察當局可以處罰之。警察犯與警察罰是如此應對義務違犯的制度，在日本實證法上，此個處罰基於委任立法與由命令設置的罰則而成，即全國各府縣・台灣・朝鮮等皆有的各種「警察犯處罰令」。此個法制意味著在刑事司法程序以外的領域，警察行政權要相當擴大。

日本的違警罪條文向來是法國式，但其程序法即 1885 年違警罪即決例（明治 18 年 9 月 24 日太政官布告第 31 號）的制定是參考德國法。德國公法理論上關於刑事犯與警察犯的區別發生議論，學說反對刑事裁判權與警察裁判權的並立，主張一切刑罰皆應該由司法法院宣告，各聯邦國開始廢止甚至德國在 1849 年帝國憲法第 182 條將明文禁止警察機關擔任刑事裁判。但後來聯邦國再一次由法律開始導入警察裁判，終於 1877 年裁判所構成法，同年刑事訴訟法第 453—458 條亦規定警察刑事處分（polizeilicher Strafverfügung），如此德國實務理論終於在 19 世紀

---

<sup>76</sup> 關於戰前日本警察權的概說，可參閱オット、マイヤー原著，美濃部達吉譯，《獨逸行政法》第 2 卷，（東京：東京法學院，明治 36 年（1903）），頁 1—250；美濃部達吉，《行政法撮要》，（東京：有斐閣，大正 13 年（1924）），頁 1—79；長尾景德、大田修吉，《新稿台灣行政法大意》，頁 235—260

<sup>77</sup> 美濃部將「警察上之強制執行」和「警察上的即時強制」區別，前者事先基於警察下命設置警察義務和其不履行，後者並無根據任何義務。美濃部達吉，《日本行政法下卷》，頁 147 以下。



承認刑事犯・警察犯之對立與警察裁判權。<sup>78</sup>

在舊刑法時，違警罪的實證法條文尙是刑法的一部分，被處分的人是「被告人」。制定內地新刑法時，違警罪相關條文皆消滅，同時基於委任立法通過行政命令（內務省的）開始規定刑事實證法。<sup>79</sup>違警罪的大部分屬於禁止公眾道德違反，維持秩序安寧。違警罪原來是舊刑法（明治 13 年 7 月 17 日太政官布告第 36 號）上的犯罪區分（重罪・輕罪・違警罪）。但新刑法（明治 40 年 4 月 24 日法律第 45 號）的施行（明治 41 年 10 月 1 日）以後，刑法刪除有關違警罪的條款，之後違警罪皆由命令規定之。刑法施行法第 31 條規定「以該當於拘留或科料之罪，在適用其他法律時，看做舊刑法上的違警罪」，因此之後該當於拘留・科料之罪是違警罪。違警罪為刑事實體法，但後來制定當作其程序法的違警罪即決例（明治 18 年太政官布告 31 號），警察機關對於違警罪的行為，好似成為司法機關。警察事實上擔負著與法院類似的機能，「實質上完全屬於刑罰的適用，不禁視為是由行政官廳的刑事司法處分」<sup>80</sup>的狀況，因此學說分為兩個立場。

從權力分立的觀點而言，違警罰與即決制度可謂是，為讓行政權從司法權取回某種程度的處罰權限之制度。不論內地或台灣，戰前日本的警察機關充分利用此個管道，其運作規模即被處拘留或科料者如下述走向二戰結束持續膨脹。尤其在日治台灣，總督府的警察機關之管轄事務除戶口，保甲等一般行政制度外，尙有在台灣違警、犯罪即決例，實證法上比內地警察享有相當大的裁量範圍，如此在行政・司法的雙面發揮巨大的影響力。

<sup>78</sup> 參閱„Polizei“, *Meyers Großes Konversations-Lexikon*, Band 16. Leipzig 1908, S. 102-103., <http://www.zeno.org/nid/20007269684>；安部正直，〈警察犯處罰令と違警罪即決の沿革－警察機關による刑事裁判の経験〉，《警察学論集》，1966 年，第 19 卷第 11 號，頁 98

<sup>79</sup> 而且「命令ノ條項違犯ニ關スル罰則ノ件」（明治 23 年法律第 84 號，「違犯命令の條款者，按照其命令所規定處罰款二百圓以內或禁錮一年以下」）。該法律的委任只有限制處罰的程度而且其程度相當高，其後政府得以自由地決定何種行為會構成犯罪。

<sup>80</sup> 大矢根岩雄，《警察犯處罰令違警罪即決例解義》，（東京：日本法律研究會，昭和 3 年（1928）），頁 160

## 一、 實體法（台灣違警例）

「違犯警察義務之行為叫做警察犯，對此應加以之制裁叫做警察罰」。<sup>81</sup>對於「警察犯（德 Übertretung、法 contravention）」應該加以之「警察罰（Polizeistrafe）」不是刑事罰，這是德國公法所發展的行政法理論。其實從人民的立場刑事罰與警察罰外面上不能區別，此等兩個概念在原因行為的階段不同。違警罪本來屬於刑法的一部分，可謂是純然的刑事犯罪，但程序法上的以特別略式程序（警察的即決）處理違警罪。

內地與台灣的警察犯經過兩個制度史階段。帝國憲法施行以後到明治 41 年新刑法為止，內地警察犯的基本法制是「違警罪」，如下述通過刑法的依用，當時台灣亦引進來內地違警罪，新刑法施行以後內地主要使用「警察犯」的用語，然而台灣留下來「違警例」的用語。此等用語有時候導致誤解，台灣的警察犯制度似乎與內地完全不同，是根據不同的規範。其實不論內地外地，實證法上皆是委任立法（明治 23 年）的結果，理論上皆是國家一般統治權（若站在憲法施行說，加上憲法第 9 條），因此關於警察犯與其即決制度，可謂是日本內地與台灣並無異同，僅有處罰範圍與處罰程度的差異。但此個警察犯事實上或理論上，與六三法的無限制之委任立法（律令權）完全不可同日而語。譬如在帝國議會，花井卓三眾議院議員討論，警察犯完全比不上六三法。<sup>82</sup>

<sup>81</sup> 長尾景德、大田修吉，《新稿台灣行政法大意》，頁 243

<sup>82</sup> 在帝國議會眾議院花井卓三議員說，與罰則權給予命令之委任立法（明治 23 年法律第 84 號）相比，六三法的無限制之委任是更嚴重。「日本有一個前例，關於委任立法有前例，有基於明治二十三年法律第八十四號被承認的事項。因為有此個，有人可能主張，依大致同樣的論理加以解釋即無問題。但在台灣的立法委任的關係是與該法律第八十四號不同。這意味著對於行政長官—即地方長官等，僅有委任處僅僅拘留刑或僅僅罰金刑之權能而已，但這亦在當時的議會仍受到嚴厲批判，我們聽說到差不多被否決的狀況，然而至於有關台灣，這個並不是僅僅罰金或拘留而已，而身首異處之死刑的事項問題亦可以基於此委任立法能實現，事情就是如此，因此我認為，以該八十四號藉口主張支持

違警罪雖是大概輕罪，從權力分立加以觀察有相當重要的問題。違警罪在舊刑法條文上有規定，刑法上其定義僅是處罰的程度而已，（重罪・輕罪・違警罪）僅在其刑罰之程度（舊刑法第 7—9 條），且雖然一般學說認為違警罪亦受到刑法總則的適用，當時的刑法理論依據德國刑法理論，至少理論上明顯地區別著一般刑法犯與行政犯（違警罪），將違警罪的大部分視為警察犯。<sup>83</sup>

在戰前的日本，應該以法律規定之刑罰權（不待言這是罪刑法定主義，法律保留的最根本的要素之一）的一部分，在制定帝國憲法的同時，基於相當有名的委任立法（另一個有名的是六三法），「有關命令的條款違犯的罰則（命令ノ條項違犯ニ關スル罰則ノ件）」（明治 23 年 9 月 18 日法律第 84 號），對於行政命令委任其中一部分（罰金・科料 200 圓以下或禁錮 1 年以下）。<sup>84</sup>

行政權（事實上是警察機關）的處罰權如此擴大，一方面因為這是委任立法，像六三法同樣一直受到違憲的批判，然而內務省等之當局一直反駁。在殖民地・外地之警察機關當然輸入此個方便的制度，擴大行政處罰的範圍（表 五—1）。<sup>85</sup>

---

六十三號之態度即是，不論不顧其立法委任之範圍之大小輕重的議論」，《第十三回帝國議會眾議院明治二十九年法律第六十三號中改正法律案審查特別委員會速記錄》第 1 號，明治 32 年（1899）1 月 27 日，頁 7；台灣總督府，《台灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律・其ノ沿革並現行律令》，頁 89

<sup>83</sup> 小疇傳，《日本刑法論 各論》，頁 938

<sup>84</sup> 同時「有關省令廳令府縣令及警察令的罰則（省令廳令府縣令及警察令ニ關スル罰則ノ件）」（明治 23 年 9 月敕令第 208 號）對於省令（罰金・科料 25 圓以下或禁錮 25 日以下），對於地方長官與警視總監（罰金 10 圓以下或拘留）分別地委任。然後透過該敕令的修改（明治 41 年 9 月 29 日敕令第 245 號）各自擴大刑罰權（罰金 100 圓以下或懲役・禁錮・拘留 3 月以下；50 圓以下或拘留〔30 日以下〕）

<sup>85</sup> 「警察犯以警察命令中的罰則得以規定之，例如在台灣總督府令中得以規定一年以下的懲役刑、二百圓以下的罰金刑等」。長尾景德、大田修吉，《新稿台灣行政法大意》，頁 243

表 五—1：對於行政權的刑罰委任

法令名稱		命令形式	刑罰委任範圍
有關違犯命令之條款的罰則（命令ノ條項違犯ニ關スル罰則ノ件）		明治 23 年 9 月 18 日法律第 84 號	〔命令〕 罰金・科料 200 圓以下或禁錮 1 年以下
命令	有關省令廳令府縣令及警察令的罰則（省令廳令府縣令及警察令ニ關スル罰則ノ件）	明治 23 年 9 月 敕令第 208 號	第 1 條 省令廳令 罰金・科料 25 圓以下或禁錮 25 日以下
			第 2 條 府縣令 罰金 10 圓以下或拘留
	台灣總督府條例	明治 29 年 3 月 31 日敕令第 88 號	第 4 條 總督府令 禁錮 25 日以下・罰金 25 圓以內
	台灣總督府官制	明治 30 年 10 月 21 日敕令第 362 號	第 5 條 總督府令 禁錮 1 年以下・罰金 200 圓以內
	統監府及理事廳官制（朝鮮）	明治 38 年 12 月 21 日敕令第 267 號	第 7 條 統監府令 禁錮 1 年以下・罰金 200 圓以內
			第 27 條 理事廳令 罰金 10 圓以內・拘留・科料
關東都督府官制（關東州）	明治 39 年 8 月 1 日敕令第 196 號	第 7 條 都督府令 禁錮 1 年以下・罰金 200 圓以內	
		第 36 條 民政署令 罰金 10 圓以內・拘留	

資料來源：法曹閣書院編，泉二新熊閱，〈警察犯処罰令要論〉，（東京：法曹閣，明治 41 年（1908）），頁 34—44

明治 23 年法律第 84 號的刑罰權的委任，以罰則的程度為其基準。換言之，委任刑罰有限制（拘留與科料），但應由警察犯處罰令處罰的具體行為則無限制，這皆委託於行政裁量。一方面內地僅有全國統一的內務省令（警察犯處罰令）和較輕微的地方警察犯處罰令（府縣令），在殖民地可能由別的命令制定，殖民地特有的警察犯的範圍。但台灣總督府似乎抱持，在台灣的警察犯處罰的根據規定有兩個委任立法根據：（一）明治 23 年法律第 84 號→台灣違警例、（二）六三法→

台灣總督府官制第 5 條。<sup>86</sup>

因為刑法在日治初期開始依用，日治初期在台灣的違警罪是與內地基本上同樣，但尚有台灣獨自的規定。在台灣的違警罪基於「立法權」受到修正，在台灣更加擴大。在日治初期剛移到民政的明治 29 年（189），台灣尚並無相當於內地的刑事的簡易訴訟程序，亦並無所謂的違警罪。這是由舊刑法（明治 13 年 7 月 17 日太政官布告第 36 號）第 4 編違警罪第 425—430 條規定。作為其程序法的是「違警罪即決例」（明治 18 年太政官布告第 31 號）。內地違警罪本來常常受到批判，警察基於輕微的理由拘束民眾。

根據此等規定，內地與各個外地行政機關制定違警罪目（表 五—2）。因為上述明治 41 年（1908）10 月 1 日施行的新刑法，從其條文之中刪除所有的違警罪，內地與台灣各自須要準備新的實體法。<sup>87</sup>在內地基於內務省令制定「警察犯處罰令」（明治 41 年 9 月 29 日內務省令第 16 號），在台灣由總督府令發出「台灣違警例」（明治 41 年 10 月 1 日府令 59 號），其他外地逐漸與進（表 五—2）。

---

<sup>86</sup> 關於在台灣的警察犯處罰法令的權限的來源，台灣總督府似乎並未積極地發表其法根據。警察沿革誌亦並未登載明確的說明，只有引用相關媒體報導。「台灣違警例原來是根據明治二十三年九月十八日法律第八十三號及同三十年敕令第三百六十二號，台灣總督府官制第五條制定，以明治四十年十月府令第五十九號公佈，之後加以修改大正七年六月二十六日以府令第四十三號新公佈的是現行台灣違警例」。台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 283 所引用的〈台灣違警例の改正〉，《台灣新民報》，昭和 10 年（1935）1 月 22 日。

<sup>87</sup> 「因為基於新刑法的實行違警罪復自然消滅，在警察本署有擬定新的統一規定之意向」。台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 268

表 五—2：有關警察犯與即決制度的內外地實體法・程序法

	實體法	程序法
內地	刑法第 4 編違警罪第 425—430 條 (~明治 41 年) 警察犯處罰令(明治 41 年 9 月 29 日內務省令第 16 號) 各府縣警察犯處罰令	違警罪即決例(明治 18 年太政官 布告第 31 號 同(昭和 6 年 9 月 1 日法律第 66 號)
台灣	[違警罪目(明治 29 年 7 月台北 縣令第 12 號)等] 違警罪目標準(明治 35 年 7 月內 訓第 26 號) 台灣違警例(明治 41 年 10 月 1 日 府令 59 號) 同(大正 7 年 6 月 26 日府令 43 號)	犯罪即決例(明治 37 年 3 月律令 第 4 號)
朝鮮	朝鮮警察犯處罰規則(明治 45 年 3 月 25 日總督府令第 40 號)	犯罪即決例(明治 43 年 12 月制令 第 10 號)
關東州	關東州警察犯處罰規則(大正 11 年 7 月 26 日關東廳令第 56 號)	關東州犯罪即決例(大正 8 年 6 月 5 日敕令第 274 號)
南洋群 島	南洋群島警察犯處罰令(大正 5 年 6 月 30 日民政令第 9 號) 警察犯例(大正 15 年 8 月 15 日南 洋廳令第 3 號)	南洋群島犯罪即決例(大正 12 年 1 月 27 日敕令第 28 號)
樺太	樺太警察犯處罰令(大正 6 年 8 月 樺太廳令第 18 號)	司法ニ關スル法律ヲ樺太ニ施行 スルノ件(明治 40 年 3 月 31 日敕 令第 94 號)

資料來源：自治館編輯局，《對比註解警察犯處罰令》，(東京：自治館，大正 15 年(1926))，頁 160、293、327、366、376；拓務省文書課，《內外地法令對照表》，(東京：拓務大臣官房文書課，昭和 16 年(1941))，頁 117

表 五—3：內地警察犯處罰令構成要件與處罰

拘留 (第 1 條)	1. 邸宅潛伏犯、2. 密賣淫犯、3. 浮浪徘徊犯、4. 強請面談犯
拘留 ・科料 (第 2 條)	1. 合力強請犯及物品強賣犯、2. 乞丐犯、3. 寄附強請犯及物品配付犯、4. 入札妨害犯、5. 業務妨害犯、6. 誇大廣告犯、7. 出版物購讀廣告申込強求犯、8. 無斷廣告料請求犯、9. 祭事祝儀妨害犯、10. 不申告犯及死屍現狀變更犯、11. 交通風儀犯、12. 交通妨害犯、13. 交通危險豫防懈怠犯、14. 會眾妨害犯、15. 雜沓犯、16. 流言浮說犯、17. 人心誑惑犯、18. 醫療妨害犯、19. 催眠術濫用犯、20. 身分詐稱犯、21. 虛偽申述犯、22. 飲用水污穢犯、23. 水流妨碍犯、24. 身體刺文犯、25. 出入禁止犯、26. 榜標污瀆犯、27. 事變官命拒否犯、28. 常燈消火犯、29. 果卉摘折犯、30. 勞動者虐待犯、31. 身邊追隨犯、32. 物件拋棄澆犯、33. 神祠佛堂污瀆犯、34. 死體隱匿犯、35. 飲食物他物混合犯、36. 不正飲食物營利犯、37. 舟筏獸類解放犯
科料 (第 3 條)	1. 無許可死屍解剖犯、2. 醜態犯、3. 街路屎尿犯、4. 劇發物玩弄犯、5. 焚火犯、6. 發火物取扱懈怠犯、7. 醫師產婆拒招犯、8. 官公署召喚拒否犯、9. 飲食物陳列犯、10. 污穢物棄擲犯、11. 精神病者監護懈怠犯、12. 獸類使喉逸犯、13. 猛獸繫鎖懈怠犯、14. 動物虐待犯、15. 工作物污瀆犯、16. 橋梁損壞危險犯、17. 田圃通行犯

資料來源：法曹閣書院編，泉二新熊閱，《警察犯處罰令要論》，（東京：法曹閣，明治 41 年（1908）），頁 95—230

與內地警察犯處罰令（表 五—3）比較上，台灣違警例缺內地警察犯處罰令上的 8 條款，附加獨自的 48 條款。<sup>88</sup>十年之後，台灣違警例再次經過全面性的修改（大正 7 年 6 月 26 日府令第 43 號），新附加 19 條款（明治 41 年台灣違警例有 107 項目，大正 7 年修改台灣違警例有 122 項目）。在台灣此個範圍特別廣泛，包括難以相信的詳細規定。新的台灣違警例之中，比較有台灣特色的條款如下（表

<sup>88</sup> 台灣違警例第 1 條第 8、9、12、14、18、19、21、23、24、34、36、43、44、45、46、47、48、51、54、55、56、57、62、65、67、68、69、70、71、72、73、74、75 號，第 2 條第 3、7、8、9、10、11、15、17、18、23、28、30、31、32、33 號。在朝鮮「警察犯處罰令」（明治 41 年朝鮮統監府令 44 號）增加 20 條款，在關東州「警察犯處罰令」（關東都督府令第 58 號）缺 25 條款，增加 16 條款。法曹閣書院編，泉二新熊閱，《警察犯處罰令要論》，（東京：法曹閣，明治 41 年（1908）），頁 34—44。

五—4)。

表 五—4：台灣違警例中台灣特有的規定

項	
10	非辯護士不准做與辯護士的業務類似之行爲
18	在屋外不准口演政事或外觀上與政事類似的事項
19	不准多眾相謀或者教唆或煽動多眾而害安寧秩序之行爲
29	不准向郵筒亂投入郵件以外的物件
40	不准擅自作製他人名片等，或不正使用之
53	不准讓家畜類擅自進入鐵道用地內
54	在鐵道線路、軌道專用線路或道路的附近，若無附帶必要的監視者不准放開飼養牛馬
55	在軌道專用線路內，不准擅自牽入車子或讓家畜類侵入
56	不准擅自通行軌道專用線路或其橋梁
57	不准污瀆或撤去軌道標識
58	在道路、下水或他人所管理的地域內，不准擅自放開飼養家畜，或讓它侵入之
59	不受許可不准該便道路、公路占地、堤防、下水、河川或用水路的原形
60	輓車不准超過未有設備覆蓋的公共用下水
64	在公眾容易地能目睹的地方，不准做或讓別人做賭博類似的行爲
65	不准無故與正在賭博者同席
68	不准異樣地扮裝或繼續奇異發言行動而不服從制止而徘徊
69	不准做或讓別人做危害治安或紊亂風俗之演藝、講談等
71	不准違背附屬許可之條件
79	爲祭典祈禱不准傷害自己身體
87	受到官署的督促後不准疏忽清潔方法的施行
88	受到官署的督促後不准疏忽防鼠或捕鼠之措置
96	在公眾要通行的地方不准賣報紙、雜誌等
108	不准疏忽牽或繫牛馬而妨害通行
113	在公眾要往來之地方有設備痰盂時，不准在痰盂外吐痰
114	不准引誘未成年者或學生強行推銷飲食或玩樂
119	不准在街路上擅自屠殺獸類或剝其皮
120	爲供食用不准擅自買賣或授受生河豚
121	爲改葬或洗骨挖掘後，不准疏忽充塞其墳穴
122	不准疏忽屬於自己管理的公共廁所之打掃

資料來源：自治館編輯局，《對比註解警察犯處罰令》，（東京：自治館，大正 15 年（1926）），頁 327—365。

大正 7 年修改台灣違警例的條款之中第 18 項是直接取締政治活動的保安警



察，第 19 項讓人想起匪徒刑罰令第 1 條的「不問任何目的，凡以暴行或脅迫為達成其目的而聚眾者」。該條款不僅是在內地或朝鮮的警察犯法規上看不見。關於第 19 項，台日報導評論說，「特別必要注意的」是第 19 項，因為這是「為取締本島人附和雷同的惡習應該必要的」。<sup>89</sup>此等可能直接侵害憲法第 29 條「日本臣民在法律規定範圍內，有言論、著作、印行、集會及結社之自由」的保障。超過刑法等法律，甚至無證據的人亦可以處罰，例如第 65 號賭博同席，刑法不能處罰的無證據者。<sup>90</sup>

上述條款中有些部份，內地或朝鮮警察犯亦有類似的處罰規則，或者各地方獨自規定。<sup>91</sup>在台灣制定台灣違警例的當時，媒體報導強調，對於一般台灣住民而言，違警罪的知識比刑法更重要，同時給讀者警告，受到警察罰的人民相當難以請求司法救濟。<sup>92</sup>

此違警例即是，我們比刑法等更須要熟悉，對刑法而言，不知不覺涉犯之情況較少，寧可說敢做犯罪尚追究自己的意圖而故意陷入深淵的決意始成為罪人，但在違警例即警察罰則而言，許多場合は基於此等問題應該沒問題如此的誤解，或完全不知應違反規則的事實，不留神地做出。這是因為

<sup>89</sup> 〈違警令改正さる 奸商の暴利も處罰され 廣告及寄附強要も違反〉，《台灣日日新報》，大正 7 年（1918）6 月 27 日，第 7 版

<sup>90</sup> 鷺巢敦哉說明，「在台灣，賭博亦通常很受歡迎。內地亦的確有一部分的喜歡賭博的人，但還不像台灣如此。以前在過年的時期等，差不多公然舉行賭博，做賭博者以刑法應處罰是當然的事，但警察官到現場的時，人人皆假裝並無關係，如此若無證據不能容易地檢舉。因此為處分聚在賭博現場的人，台灣違警例設置規定」。鷺巢敦哉，《台灣保甲皇民化讀本》，頁 119

<sup>91</sup> 例如朝鮮警察犯處罰規則第 1 條 19 項「擅自多眾聚合向官公署請願或陳情者」、第 20 項「作不穩的演說、揭示頒布朗讀不穩文書圖畫詩歌、或放吟者」、第 25 條「故意虛偽翻譯者」，神奈川警察犯處罰令（大正 8 年 9 月神奈川縣令第 75 號）第 1 條「做賭博或富籤類似之行為者」與台灣違警例第 64 很近。參照自治館編輯局，《對比註解警察犯處罰令》，（東京：自治館，大正 15 年（1926））

<sup>92</sup> 〈虛心り喰ふ罰（一）（最も注意すべき違警例）〉，《台灣日日新報》，明治 41 年（1908）10 月 10 日

我們比刑法却更須要熟悉違警例的理由。

…但在警察即決被宣告有罪者，在法院獲得無罪的實例極少，偶而被宣告無罪者應該尚不超過一百之中的五，警察罰說起來，它本來以拘留五日到十日，以科料二圓或三圓左右是通例，為如此小小的問題應該不須要申請正式裁判費時間與精力，而且科料或拘留並無會玷汙戶籍的擔心…。

此等詳細且以刑罰強制之生活規範，當然在與警察權威的比例關係上，表現出台灣警察與朝鮮，內地警察的行政權限。蔡培火亦指出在台灣違警罪的範圍太過廣泛。<sup>93</sup>

台灣官僚如何在使其末梢機關的警察，苛酷地威壓我們島民之一個證跡即是，內地警察犯處罰令有五十八項，朝鮮的警察犯處罰規則有八十七項，然而我們台灣違警例有幾項，諸君不要大吃一驚，台灣違警例實在是壹百貳拾貳項也。

昭和 10 年代，台灣違警例已受到輿論的批判。<sup>94</sup>

一看現行台灣違警例就發現僅僅有三個條文，如所周知第一條有從一號到百二十二號，若要適用之大概無故障地能適用，其組成為警察官實在非常方便。例如第一條一號的規定說無固定生業而徘徊諸方者，這意味這失業在求職者幾乎皆能拘留。在公眾容易地能目睹的地方，若有醜態或有異樣的扮裝或繼續奇異發言行動者，廣範圍地能適用。若如此被適用，民眾每天不能避免被處拘留或科料。過去往往有專橫地適用違警例，甚至交付二十九天的拘留處分等之事例絕對不少。加上誇大地規定，對於公共電話的投幣口投入硬幣以外之物件者，甚至做鬥犬鬥雞者之規定，實際上不會有的類型亦有聒絮地規定，在帝國治下的台灣，實在是不是太失面子的條文。

<sup>93</sup> 蔡培火，《日本國國民に與ふ 殖民地問題解決の基調》，（東京：台灣問題研究會，昭和 3 年（1928）），頁 81

<sup>94</sup> 台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 284 所引用的《台灣新民報》，昭和 10 年（1935）昭和 10 年 1 月 22 日。

但大正 7 年台灣違警例到日本統治結束為止並未修改。日治台灣有時候被批評為「警察國」，其最直接的理由應該在於此違警罪的廣泛程度。

## 二、 程序法（犯罪即決例）

在日治期最初期，關於違警罪（警察犯）的程序法即決制度，尚無任何法令，而刑事司法程序事先開始整備，因為所有的嫌犯皆要交給檢察與法院，因此警察方面覺得相當麻煩。當時日本內地已有根據違警罪即決例（明治 18 年 9 月 24 日太政官布告 31 號）的即決制度。明治 29 年的媒體報導說，「尤其當局者覺得困難的是，關於違警罪，因為內地有即決例在警察署內部可以結束處分，但因為本島尚無右等法律，違警罪事件亦須要交給法院…」。<sup>95</sup>其後台灣由「應該該當於拘留或科料之刑之犯罪即決例」（明治 29 年 10 月 1 日月律令第 7 號）引進內地的即決制度（第 1 條：拘留 10 天以內或科料 1 圓 95 錢以下），就模仿內地違警罪即決例。<sup>96</sup>在台灣明治 29 年 8 月開始刑法的依用，<sup>97</sup>舊刑法的違警罪在台灣可適用，因此在明治 30 年代前期內地與台灣的即決制度可為是大至類似。

然而兒玉總督之下的警察機關仍覺得即決範圍不足，再次試圖擴大即決的對象。當時的律令修改案的閣議理由書強調，權力分立對於台灣本島住民沒意義。

僅有實體法的違警罪內容為台灣特有的。然而在明治 37 年，總督府開始擴大既決制度，為包含違警罪以外，包括一般刑法犯罪的一部分（賭博，暴行，其他「行政諸規則」）。此個擴大的意義相當大，因為如今關於此個擴大部分，警察機關能取代法院的機能，成為事實上的裁判所。

本島的刑事事件在年年增加的趨勢，獄舍一直處於不足之實況，然而其事

<sup>95</sup> 《台灣新報》，明治 29 年 9 月 29 日；台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 325

<sup>96</sup> 王泰升，《台灣日治時期法律改革》，同註 6，頁 213-215。台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 326

<sup>97</sup> 參照小金丸貴志，〈日本統治初期の台湾における刑法適用問題〉，頁 1-24

件中賭博罪及阿片令違反等屬於行政罰者，其檢舉易易其刑亦是以重禁錮三月罰金百圓以下之輕微事件為多。對於此等輕微事件適用繁瑣的刑事訴訟程序，不僅不會促進司法事務的速決，從來慣熟於支那法制之本島人不理解行政司法的分立，因此像本令變更現行裁判制度亦毫無影響到民心，卻按照本島當今實狀鑑於過去之經驗，使對於里俗民情相當精通之地方官適用其簡便的即決程序以期待治罪之敏速是最好的。<sup>98</sup>

對於此個修改案，內地法制局表示不滿意。但以「思考這是不得已的事情」的表現終於承認。<sup>99</sup>反對的理由並未言及，但容易地能推測出此個行政罰與刑事罰的混雜直接影響到憲法上的權力分立，可見從內地的觀點觀之，總督府的要求有些過分。總督府事先向內務大臣提出的理由說明有更直接的意見表達。可見總督府的論理事實上追求的是限制司法而擴大行政。

本島人是未開幼稚缺乏人權觀念，因此基於自己的犯罪在司法官衙被裁判或在行政官廳被即決，無論哪些毫無覺得痛痒…本島人慣熟於支那法制的結果是他們毫無要理解行政司法分立制之志趣，因此他們對於發出命令之官廳的地方廳並無對於人民加以責罰之權能之事實，不禁覺得奇怪…若被告人不服從，不須要任何程序而僅有一片的申請就能請求正式裁判，因此基於本令之施行毫無任何制壓民權之可能性。<sup>100</sup>

如此犯罪即決例（明治 37 年 3 月 12 日月律令第 4 號）成立，得以當作裁判所的犯罪範圍，比內地（警察犯，該當於拘留或科料的罪）擴大。此個總督府的

<sup>98</sup> 〈犯罪即決例ヲ定ム〉，《公文類聚》第 28 編明治 37 年第 19 卷，JACAR: A01200222300

<sup>99</sup> 前掲〈犯罪即決例ヲ定ム〉，《公文類聚》。對於大部份的法令案，法制局附帶「思考是相當」「認為如上奏應該奏請裁可」等的表現。例如〈犯罪即決例中ヲ改正ス〉，《公文類聚》第 33 編明治 42 年第 19 卷。「不得已」的表現在匪徒形法令（皆是緊急律令）的審查意見上看得到。例如 1945 年日本戰敗後的緊急律令案〈中華民國台灣省行政長官ノ發スル命令ニ係ル事項ヲ實施スル爲發スル命令ニ關スル件〉，《公文類聚》第 69 編昭和 20 年第 1 卷，JACAR: A03010218400

<sup>100</sup> 台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 328—329

明顯地是，「混淆行政與司法的分際，倒較接近清治時期的實務運作」。<sup>101</sup>不管「警察大人」或「法官」，站在審判廷的人應該並不能理解行政與司法的區別，部分原因是因為警察已決定台灣本島住民與法的觀念無緣。

之後其他殖民地依台灣的版本各自輸入即決制度（表 五—5），「得以由即決處理的範圍，不限於警察犯之中符合於拘留或科料之刑之罪，而擴張」。<sup>102</sup>其設定理由是讓法院退步而行政權替代。<sup>103</sup>



<sup>101</sup> 王泰升〈法律文化中的日本因素〉，《政大法學評論》，第 95 期，頁 59

<sup>102</sup> 拓務大臣官房文書課，〈外地ニ行ハルル法律調 昭和九年一月一日現在〉，昭和 9 年（1934）年，頁 43；〈內外地法令對照表〉（東京：拓務大臣官房文書課 昭和 16 年（1941）），頁 117

<sup>103</sup> 關東州犯罪即決例的理由是「修改關東州裁判令將關東廳民政署長民政支署長的裁判權移交於法院的同時，必要以犯罪即決權賦予之」，〈關東州犯罪即決例ヲ定ム〉，《公文類聚》第 43 編大正 8 年第 30 卷，JACAR: A01200174100；南洋群島犯罪即決例的理由書說「在殖民地的刑事政策上，尤其如南洋群島等各島並未設置法院的地域，關於輕微或者特殊的有些犯罪事件，可認為使行政官得以即決處分是適當」，〈南洋群島犯罪即決例ヲ定ム〉，《公文類聚》第 47 編大正 12 年第 33 卷，A01200521600。

表 五—5：內外地即決制度法令

內地	違警罪即決例	明治 18 年 9 月 24 日太政官布告 31 號	違警罪
台灣	應該該當於拘留或科料之刑之犯罪即決例（拘留又ハ科料ノ刑ニ該ルヘキ犯罪即決例）	明治 29 年 10 月 1 日律令第 7 號	該當於拘留 10 天以內或科料 1 圓 95 錢以下之罪
	犯罪即決例	明治 37 年 3 月 12 日律令第 4 號	(1) 該當於拘留或科料之罪 (2) 重禁錮 3 月以下的賭博罪 (3) 重禁錮 3 月以下或罰金 100 圓以下的行政諸規則違反
		明治 42 年 6 月 3 日律令第 4 號	(1) 該當於拘留或科料之罪 (2) 應處懲役 3 月以下或者罰金或科料 100 圓以下的的賭博罪、應處拘留或科料之暴行罪〔刑法 208 條〕 (3) 應處懲役或拘留 3 月以下或罰金或科料 100 圓以下的行政諸規則違反
樺太	有關司法之法律施行於樺太（司法ニ關スル法律ヲ樺太ニ施行スルノ件）	明治 40 年 3 月 31 日敕令第 94 號〔違警罪即決例的施行敕令〕	—
朝鮮	韓國ニ於ケル犯罪即決令	明治 42 年 10 月 18 日敕令第 240 號 明治 43 年 12 月 15 日制令第 10 號〔改正〕	(1) 應處拘留或科料之罪 (2) 依韓國法規應處答刑、拘留、罰金 30 圓以下之罪
關東州	關東州犯罪即決例	大正 8 年 6 月 5 日敕令第 274 號	(1) 該當於拘留或科料之罪 (2) 懲役 3 月以下或罰金或科料 100 圓以下的賭博罪、應處拘留或科料之暴行罪〔刑法 208 條〕 (3) 懲役、禁錮、拘留 3 月以下或罰金 100 圓以下的行政諸規則違反

南洋群島	南洋群島犯罪即決例	大正 12 年 1 月 27 日敕令第 28 號	(1) 該當於拘留或科料之罪 (2) 懲役 3 月以下或罰金或科料 100 圓以下的賭博罪、應處拘留或科料之暴行罪〔刑法 208 條〕 (3) 懲役、禁錮、拘留 3 月以下或罰金 100 圓以下的行政諸規則違反
------	-----------	--------------------------	---

資料來源：《內外地法令對照表》，（東京：拓務大臣官房文書課，昭和 16 年（1941），頁 117；敕令：《官報》各號；律令：《台灣總督府報》各號；制令：《朝鮮總督府官報》各號。

在明治 39 年以後的台灣即決統計上，過去有的項目中除「違警罪」以外，新出現「賭博」、「行政諸規則違犯」。因為此等屬於刑法，其處罰當然僅有「罰金」、「懲役」，因此統計上對於過去有的「拘留」、「科料」以外，尚出現「罰金」與「懲役」。如今警察署能當然司法法院的犯罪範圍已相當擴大，因為犯罪即決例第 1 條所規定的對象犯罪，如今遙遠超過原來的違警罪，因為總督府開始自己解釋，犯罪即決例第 1 條第 3 號「行政諸規則」包括許多法令。關於哪一個法令該當於「行政諸規則」並無明確的說明，但從犯罪統計而言，許多法令在此被包含（表五—6）。但因為「行政諸規則」的範圍不明確，總督府明治 37 年 3 月以「府議決定（民總第 2093 號）」將（一）刑法、（二）刑法附屬法令〔有關日本銀行券台灣銀行券之犯罪〕、（三）軍事法令〔陸海軍刑法、軍機保護法〕、（四）保護私權之法令〔著作權法、特許法、意匠法、商標法、商法〕。<sup>104</sup>

<sup>104</sup> 台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 336

表 五—6：總督府統計上的行政諸規則法令

法律	郵便法、徵兵忌避（徵兵令）、遺失物法、砂糖消費稅法、關稅法、鐵道營業法、骨牌稅法
律令	台灣度量衡規則、台灣阿片令、台灣傳染病豫防規則、台灣獸疫豫防規則、台灣藥品取締規則、保甲條例、台灣地方稅規則、銃砲火藥取締規則、台灣鑛業規則、契稅規則、製茶稅則、台灣食鹽專賣規則、台灣船籍規則、台灣煙草專賣規則、台灣家屋建築規則、台灣國防用防禦營造物區域取締規則、質屋取締規則（質屋營業取締ニ關スル律令）、台灣新聞紙條例
府令	台灣阿片令施行規則、台灣出版規則、外國旅行券規則、印刻營業取締規則、銃獵取締規則、代書人取締規則、宿屋業取締規則、戶口規則、講會取締規則、台灣沿海通航船取締規則、基隆港內取締規則、蕃地取締規則、台灣汽船職員懲戒取扱規則、台灣土地測量標保管規則、台灣米穀檢查規則

資料來源：台灣總督府官房調查課編，《台灣總督府統計書》，明治 39 年，頁 315，「第一九〇 犯罪ノ原因」

對於此個警察機關的法院機能的侵害，法曹方面應該覺得不舒服。三好一八在大正 2 年（1913）在〈台法月報〉上發表批判意見。他後來在一次發表，可見法院（檢察）與總督府（擔任課）的對立。他說，府議決定之法令以外，有刑罰規定之所有的法令皆是「行政諸規則」，而且府議決定之法令亦是為行政上的必要公布，並且許多其他重要法令皆須要包含於「行政諸規則」。因為第 3 號「行政諸法令」並無處罰的限制，若依據上述法令，刑法的罪與「行政諸規則」的罪並無輕重的差異。加上他指出，即決官事先決定應即決之案例和應送至司法法院之案例是「本末顛倒」。<sup>105</sup>

三好的意見似乎代表法曹界對於行政優越的反感。大正 10 年（1921）10 月，高等法院上告部的判決從「行政諸規則違犯之罪」排斥「違犯法律或者由法律的委任之命令之犯罪」，大幅縮小「行政諸規則違犯」的範圍，「相當刺激以前採用

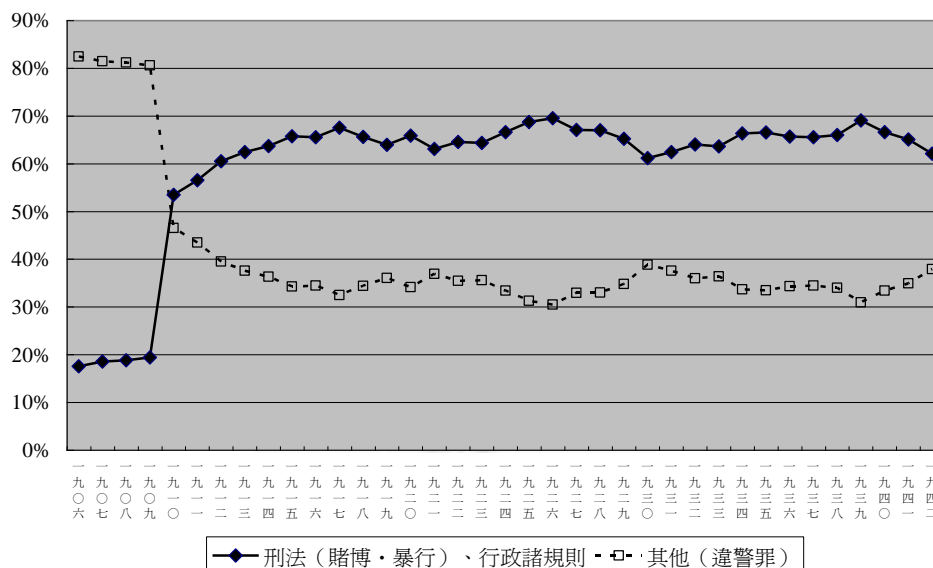
<sup>105</sup> 三好列舉的是匪徒刑罰令、軍機保護法、阿片令、郵便法、電信法、台灣保安林規則、台灣公共埤圳規則、官設埤圳規則、關稅法、砂糖消費稅法、骨牌稅法、台灣酒造稅規則、台灣煙草專賣規則、台灣食鹽專賣規則、鐵道營業法、印紙稅法、織物消費稅法、粗制樟腦樟腦油專賣法。三好一八，〈犯罪即決例に所謂行政諸規則の意義に就て〉，《台法月報》，第 7 卷第 2 號，大正 2 年（1913），頁 37—38



不同的解釋的警察官署」。<sup>106</sup>三好以同樣的旨趣再次向〈台法月報〉投稿而繼續批判，其刑罰程度無限制之「行政諸規則違犯」範圍太大。<sup>107</sup>

但對於警察十分方便且包括曖昧模糊性的立法，至日治結束為止終究並未受到修改。即決制度的實際運作上，「賭博」、「行政諸規則違犯」一直擴大至超越一般的程度（圖 五一—1）。此等法令大概是技術性的行政法令，對於一般民眾不一定有直接的影響，但對於商業，生意方面可見在日治台灣本來應該屬於司法程序的領域，警察基於即決制度能相當影響到。

圖 五一—1：犯罪即決人員中違警罪與刑法・行政諸規則的比率



資料來源：台灣總督府官房調查課編，《台灣總督府統計書》各年版上「犯罪即決人員」。「刑罰（賭博・暴行）、行政諸規則」為「犯罪即決人員」統計上「刑法 185、186 條（賭博罪）」、「刑法 208 條（暴行罪）」、「行政上諸規則」之合計。「其他（違警罪）」為「其ノ他」。明治 39 年版統計書以後，犯罪即決統計以 3 項目（賭博・行政規則違犯・違警罪）構成，明治 42 年以後分為（賭博・行政規則違犯・違警罪），因「其他」可視為原來的違警罪之合計。

<sup>106</sup> 台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 346

<sup>107</sup> 三好一八，〈即決權の範圍〉，《台法月報》，第 15 卷第 1 號，大正 10 年（1921），頁 15—20；同，〈即決權の範圍（承前）〉，《同》，同卷第 2 號，頁 1—6。台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 337—346 引用全文。

對於當時內地或台灣住民對於即決制度的實際運作情況本文無法評價，期待將來歷史研究解明其詳細的狀況。重要的是，警察如同現代的另案逮捕，為其他目的經常惡用違警罪（警察犯）・即決制度。

昭和 6 年，因為違警罪即決例終於有修改（昭和 6 年 9 月 1 日法律第 66 號），在內地拘束者如今能請求警察以前刻意妨礙的接見辯護士而請求幫助。但關於台灣，如此批判皆同時該當於總督府警察，並且上述違警罪即決例被修改。但此修改並未延伸於台灣，因為台灣的即決制度依據律令，此律令並未依用違警罪即決例，因此此修改不會自動地延伸到台灣。之後警察特別重視檢束，因此行這次政執行法一直受到的批判，議員屢次提出禁止反復檢束的該法修改案。帝國議會昭和 3 年到 10 年之間每年繼續修改案，但基於內地警察一直抵抗及貴族院方面的同情，一個修改案亦並未通過。<sup>108</sup>警察的濫用檢束當然成為政治問題，在帝國議會討論行政執行法修改案時，議員一再提起相關問題。<sup>109</sup>

### 三、 實際的運作

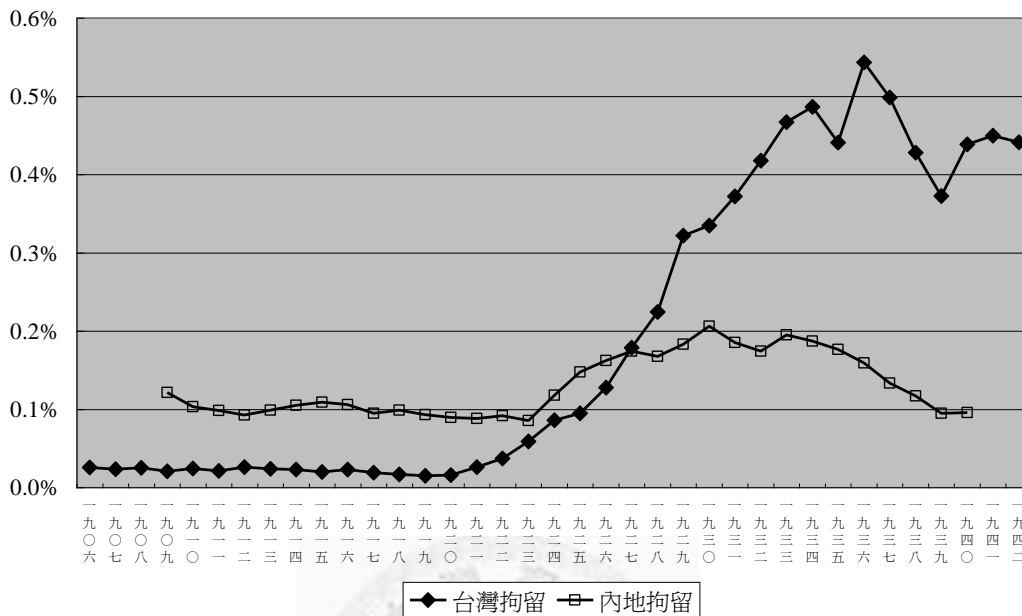
如上述，法制度上，圍繞台灣的違警罪（警察犯）・即決制度的警察機關的權限似乎比內地擴大許多。但就統計上觀之實際的運作其實不然。若看由即決制度之身體拘束之處罰（拘留）的對人口比率，至少在在日治時期前期，台灣的水準不比內地高（圖 五—2），然而財產刑（科料）的對人口比率比內地較高，尤其在日治後期（圖 五—3）。

---

<sup>108</sup> 有關行政執行法修改案的討論在昭和 3—11 年第 56、59、64、65、67、69 議會。關於相關法案和發言，可參閱內務省警保局資料，〈議會ニ於ケル行政執行法運用ニ關スル質疑應答〉，種村氏警察參考資料第 54 集，《內務省文書》，JACAR: A05020199800；同〈第六十九回特別帝國議會ニ於ケル人權蹂躪ニ關スル質疑應答〉，同，A05020200300

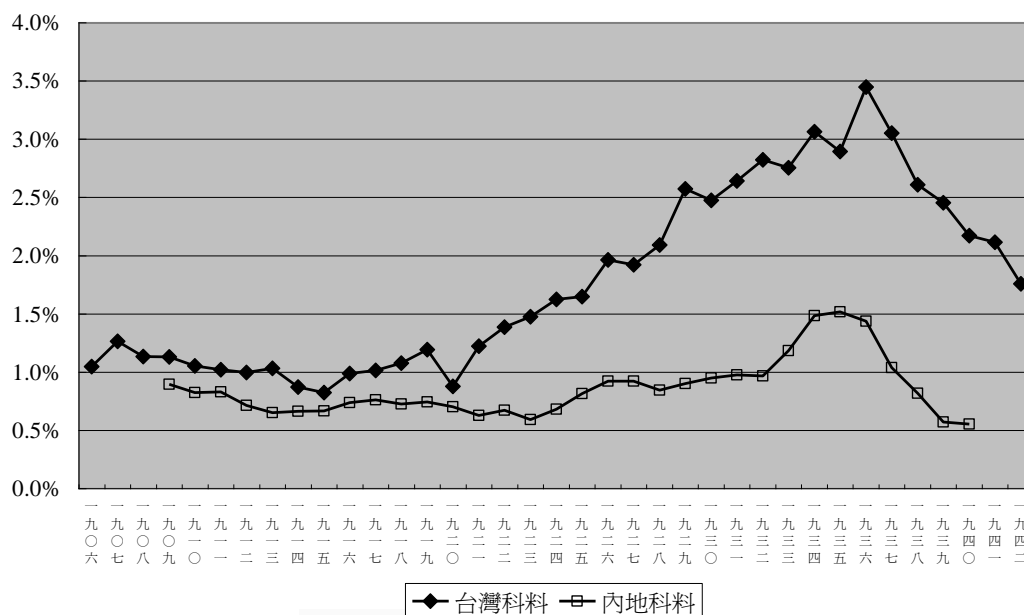
<sup>109</sup> 杉山元治郎眾議院議員提起「別人不覺得在其在侵害公安，但還被檢束而領走。然後兩三天的話還可以，有時候十天二十天繼續被檢束，如此的實例我們親自目睹」。《第 67 回帝國議會眾議院借地借家調停法中改正法律案外六件委員會（速記）》第 4 回，昭和 10 年（1935）2 月 18 日，頁 8。

圖 五—2：內地與台灣拘留人數對人口比率



資料來源：「警察ニ於ケル違警罪即決科刑區分」等，《日本帝國司法省刑事統計年報》各年度版；《台灣總督府統計書》各年度版。

圖 五—3：內地與台灣科料人數對人口比率



資料來源：「警察ニ於ケル違警罪即決科刑區分」等，〈日本帝國司法省刑事統計年報〉各年度版；《台灣總督府統計書》

因為日治時期違警罪・即決制度的規模相當大，歷史研究亦尚未充分地解明，上述統計的解讀亦尚待研究。但至少可以能確認，從上述統計所謂的警察暴力並不明確。比較內地與台灣的違警罪（警察犯）・即決制度，在其理論根據與實證法的構成，發現根本性的差異是相當困難，僅能從地方獨自的禁止項目上看到差異。

### 第三節 檢束

如上述，在如日本、德國的歐陸法體系之下，若要檢討由警察機關的拘束自由權，法理論上明確地被區分為兩個領域：刑事司法與行政權。在 19 世紀德國公法上，此個概念有著一定的發展，日本明治 33 年（1900）於「行政執行法」制度上繼受，之後繼續繼受其理論上的發展。

此理論發展的重要部分依據著德國行政法理論。在 19 世紀歐陸法國家，一方面憲法與權力分立通過命令・法律的區別、法律保留，與罪刑法定主義有著緊密的聯結，確立著以法律保障自由權之體系。現行德國行政法體系上仍然習慣上將「並未以行政行為事先課以義務，行政權直接對於人民身體財產加以實力，加以實現行政上必要的狀態」稱為 *sofortiger Zwang*（即時強制），現代日本行政法學亦以其翻譯名稱形容同樣的問題。<sup>110</sup> 不管何種法系的國家，所有的行政主體應該基於某些根據加以承認，非根據刑事法規的行政實力行使，但德國公法如此即時強制概念特別地發達，應該是因為在成文憲法典之下，行政方面須要以明確的概念儘量排斥之。相較於德國法，英國法並無明顯相當於即時強制的行政權之正當化概念。

「即時強制」的負面性質使得法律保留帶有負面傾向，然而行政法上的法律保留是依法行政的重要概念。當然，在依法行政上，行政法上的行政權理當不應該侵害到法律保留，如此的概念在德國公法體系中，兩個思考體系被統合為「權力分立」。但因為即時強制過去來自警察國家・法治國家思想，站在「自然法」(Otto Mayer) 等憲法以外的立場正當化其根據，因此 19 世紀德國公法習慣上統合上述兩個系統，依法行政概念中包括尊重憲法，法律保留等要求。以法律保留其代表

---

<sup>110</sup> 広岡隆，〈行政上の即時強制的概念とその法的許容性—行政上の即時強制的基礎理論の研究の一環として—〉，《法学論叢》，京都大学法学会，1963 年，第 73 卷 1 號，頁 45

的 19 世紀德國憲法理論，及來自法治國思想的行政法，現在的日本行政法學亦處在討論即時強制的狀態，以及「憲法不在」的現象。<sup>111</sup>換言之，即時強制，或侵害性的行政權之行使，在歐陸法公法上仍然互相獨立，除法律以非常明確的條文排斥行政權的情形，行政權並無不尊重憲法原則之傾向。因此本節的興趣是此個純然的行政權力行使與最刑法定主義、法律保留的關係。

### 一、 即時強制＝檢束

如上述，戰前警察機關從法治的觀點有兩個問題較大的制度：(一) 違警罪・即決制度、(二) 警察強制(即時強制，<sup>112</sup>unmittelbar Zwang<sup>113</sup>)，即「檢束」。但在警察作用上，法理上的人權侵害的問題更大額應該是後者的「即時強制」，因為在(二)，對於尚未負擔任何義務之人民，若有為保持公安的必要，警察機關尚能以命令或強制加以限制。根據 Otto Mayer 的警察權概念的分類，其根據在自然法，「自衛、防衛、緊急狀態」。<sup>114</sup>若警察當局認為，某些人的行為以及他的存在本身

<sup>111</sup> 奧田劍志郎，〈行政上の即時強制における憲法論〉，《社會勞動研究》，第 31 卷第 1・2 號，1983 年，頁 150

<sup>112</sup> 戰前行政法總論課本上看不到即時強制概念，因為即時強制是警察法(各論)上的概念。戰後行政法學將即時強制放在總論。當時是將警察機關的強力的警察權力(即行政警察)分割而分配到一般行政組織的時期。戰後日本行政法學界開始由「行政強制」這個上位概念包括行政上的強制執行和即時強制，在行政法總論。須藤陽子，〈「即時強制」の系譜〉，《立命館法學》，第 4 號，2007 年，頁 2、4。

<sup>113</sup> Otto Mayer 的用語是「直接強制(unmittelbarer Zwang)」，但其他德國行政法學者(Thoma、Fleiner、Wolzendorff、Kitzinger)使用「即時強制(sofariger Zwang)」，後者成為現行政法的一般用語。但 Mayer 批判，這種強制力不一定「即時」行使。美濃部達吉的用語亦是 polizeiliche sofortiger Zwang。広岡隆，〈オットー・マイヤーの警察上の即時強制の理論－行政上の即時強制の基礎理論の研究の一環として〉，《法學論叢》，1962 年，頁 71

<sup>114</sup> 關於即時強制的根據，Otto Mayer 在 1895 年寫，即時強制「並無特別的法根據廣泛地存在」，其根據在「自衛(Selbstverteidigung)、自衛(Notwehr)、緊急狀態(Notstandes)」，然而民事訴訟法可能作為其模範。Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl., 1895, S.

對於公安有著影響，雖然他並未負擔義務，並無刑事責任，但警察當局可以拘束他，社會的自我防衛之必要可能正當化憲法保留的侵害。<sup>115</sup>

如此在德國發展的即時強制理論，在日本基於美濃部的 Otto Mayer 的翻譯在明治 30 年代後半開始被介紹，但當時已有日本的實證法的整備：行政執行法（明治 33 年 6 月 2 日法律第 84 號）已包含即時強制同樣的不依靠義務的警察強制制度。<sup>116</sup>

「檢束」是行政執行法所設置的行政強制的一個態樣。開始領有台灣的幾年後，日本政府開始以法律整備行使警察權的根據法令，當時內地警察僅有行政警察規則而並無法律階層的規範，政府亦認為，「目前規定非常不備，由地方命令或中央的省令等設置，救一時之急僅此而已，並且我們認為在現在的時代趨勢一定須要由法律規定之」。<sup>117</sup>明治 33 年（1900）以「行政執行法」（明治 33 年 6 月 2 日法律第 84 號）實現，在台灣，行政執行法由大正 3 年 12 月律令第 12 號依用，大正 4 年 1 月 1 日開始施行。其條文如下：

第 1 條 當該行政官廳對於泥醉者、瘋癲者、企圖自殺者、其他可能認定是須要救護者，可加以必要的檢束，暫時領置戎器、兇器、其他有危險之可能性之物件。對於暴行者、鬥爭者、其他有侵害公安之可能性者，為預防之上必要時視同

前項之檢束不得到翌日日落後，暫時領置之期間須要在三十天以內決定之

第 2 條 當該行政官廳在日出前、日沒後，除認定對於生命身體或財產危害要切迫時，或者認定博奕、密賣淫之現行時以外，現居住者若不同意，

---

348。參見広岡隆，〈オットー・マイヤーの警察上の即時強制の理論〉，頁 78、79

<sup>115</sup> Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1. Aufl., 1895, S. 347-348

<sup>116</sup> 加々美武夫、有光金兵衛，《行政執行法論》，（東京：良書普及會，大正 12 年（1923）），9 頁；有光金兵衛，《行政執行法詳論》，（東京：良書普及會，昭和 12 年（1937）），頁 11

<sup>117</sup> 內務省參與官一木喜徳郎的提案理由說明。《第十四回帝國議會貴族院議事錄》第 29 號，明治 33 年（1900）2 月 20 日，頁 660

不得侵入宅邸，但旅店、餐飲店、其他、在夜間亦有眾人出入之地方，在其公開時間內不在此限

該法在大正 3（1914）年由「行政執行ニ關スル律令」在台灣被「依用」而開始適用。同一年在朝鮮，制定獨自的「行政執行令」（大正 3 年 7 月 11 日制令第 23 號），其內容與本法大概同樣，但行政的裁量有些擴大（例如檢束的限制擴大到 3 天）。在大正 11 年台灣由敕令（行政諸法台灣施行令，大正 11 年 12 月 29 日敕令第 521 號）直接施行該法。

譬如警察為搜查上尚未找到十分證據，在刑事程序不能拘束其身體的尚不足的階段，行政執行法上，警察能藉口拘束容疑者僅止一天。但警察・政府・司法省・內務省到昭和 10 年代一直主張，繼續檢束是須要的。<sup>118</sup>由違警罪等的拘留與檢束，警察事實上任選對他們方便的其中一個制度，此等兩個制度一起構成日本警察對於一般民眾最方便而有效的控制架構。

因此在審議違警罪即決例中修改法律案的帝國議會眾議院委員會，提案者一松定吉同時批判違警罪即決例與行政執行法。在此個發言可看出，戰前日本警察如何利用檢束。

…過去警察官要搜查犯罪時，雖然刑事訴訟法特地設置強處分的規定，在十天期間之中應該進行相當的搜查，發現有無犯罪，若有犯罪而不起訴之就不問其罪，基於通常警察官濫用違警罪即決例之中的缺陷，逮捕無辜良民，監禁，其後移交犯罪搜查等的行為，今日非常多。我夢常常對於警察官的人權蹂躪，覺得修正之，讓如斯不法處置不存在的必要，但違警罪即決例，眾所周知，因為這是一個行政處分，檢事局對於此個問題並無直接的監督權，雖然警察部長或知事等以曖昧模糊的作法辦理，因為不能彌補

<sup>118</sup> 「…譬如若有惡徒的吵架而必要檢束之，然後若要依到日沒之理由釋放之，即有妨礙公安的可能性。這樣的話透過其釋放，我覺得果然應該有妨礙公安的危險…」。《第六十七回帝國議會眾議院借地借家調停法中改正法律案外六件委員會》第 4 回，昭和 10 年（1935）2 月 18 日，頁 3。橋本實斐內務參與官對於立川平議員的答辯。



違警罪即決例的缺陷，想要讓他申請正式裁判亦不能如此做，若他勉強地試圖申請，用各種脅迫詐言阻碍其正式裁判的申請，如此不得不服從不法即決處分。親屬故舊或辯護士等去面會亦不會使他們面會，他們要送給他東西或者要接受文件亦禁止不會允許，現時在全國各警察署有如此的行為，這已是公然的秘密。甚至為解決民事事件，與刑事或巡查在親密的關係的人拜託他們，為解決民事事件逮捕無辜良民，基於違警罪處理，並未該當於浮浪罪者亦基於浮浪罪拘留，以讓民事事件的解決更簡單，亦有如此太過分的事例。雖然眾所熟知，現在根據憲法第二十四條，日本臣民接受法定法官審判之權不得剝奪，第二十三條所規定之非依法律不受逮捕、監禁、審訊及處罰，基於如斯實施憲法以前的時代錯誤的法律，良民被蹂躪其權利之程度不能測的。〔中略〕…如諸君所知，行政執行法第一條規定所謂的保護檢束與豫備〔註：防〕檢束，而且此等不能到下一天的日落時間後，因此日落前一定釋放之，然而今日警察實在在做的是所謂的連續檢束，繼續檢束而不會讓他出去，或者若受到嚴重批判，拉他到門口後馬上拉回來而檢束，即所謂的『引戾檢束』，或者與鄰近的警察署事前談好，拉他到門口後，鄰近警察的刑事或巡查拉他到自己警察署後繼續檢束，他們在幾乎通通在全國在做即所謂的『盪迴檢束』。我們以為這實在是極不適當的處置。其中較多部份是，基於違警罪即決例拘留後，若被申請正式裁判可能被宣告無罪，因此不經由違警罪即決而訴諸行政執行法的檢束。因為如此不能申請正式正式裁判，亦無其他救濟方法，他們被迫甘受不法拘禁，陷入如此非常悲哀的狀況。同時對警察官而言，的確是最安全，頻頻為檢舉犯罪利用之。<sup>119</sup>

行政執行法的條文包括行政警察與一般行政的強制手段，其適用範圍非常廣

---

<sup>119</sup> 《第五十九回帝國議會眾議院辯護士法眾改正法律案外二件委員會議錄（速記）》，第2回，昭和6年（1931年）3月3日，頁2

大。研究指出沿革上此個制度直接引進來德國警察法制。<sup>120</sup>因此，後來一般的解讀是一面在憲法之下涉及臣民權利義務的事項原則上須要由法律規定，一面關於「憲法上不必要依據法律之行政官廳在行使其權力時易於濫用之事項，設置一定的界限，表示行政權活動的規準，為防止陷入人權蹂躪之弊」。<sup>121</sup>

第 65 帝國議會開會期間中的昭和 9 年（1934）3 月 14 日，關於行政執行法的修改，台灣總督府警務局長石垣倉治向拓務省管理局長提出反對意見（全文如下<sup>122</sup>）。

秘 警高甲第三八〇一號 昭和九年三月十四日 台灣總督府警務局長石垣倉治 拓務省管理局長殿 關於行政執行法的修改 關於首題事項二月二十三日意見提出之後由電報受到貴方查詢，此個問題要如左記各項在警察執行務上有不少影響，特別是在如本島有多數特殊民族之殖民地，以現行法照原樣留置之必要是相當緊切，因此請考慮此等事情，從議員有本法修改法律案提出之時候，請慎重考慮。

一、在現行法制之下，為達成公安維持及危害防止，不少部分依靠行政執行法之運用，尤其對於可能妨礙公安者之豫防檢束，行政警察上在最重要的關係，然而從議員要向今次議會提出之法律修改案似乎要規定，甚至在可能承認有保持公安的必要的場合，尚禁止基於同一理由的檢束的繼續。

元來在根據侵害公安之虞而檢束的場合，其檢束事由到下一天日落為止消

<sup>120</sup> 1794 年普魯士一般邦法（Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR)）。法曹閣書院編，《行政執行法要義》，（東京：巖松堂，明治 41 年（1908），頁 1—2。但廣岡隆認為，該法和其「檢束」很可能模仿德國的人身保護法（Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit, 12. Februar 1850）。該法第 6 條規定檢束（Schutzhaft）。廣岡隆，〈オットー・マイヤーの警察上の即時強制の理論〉，頁 93—94

<sup>121</sup> 加加美武夫、有光金兵衛，《行政執行法論》，（東京：良書普及會，大正 15 年（1926）），頁 2

<sup>122</sup> 〈行政執行法改正方ニ關スル件〉，治安維持法改正問題一件／拓務省關係資料，《外務省茗荷谷研修所旧蔵記録》，JACAR: B05014019800

減的事例實在希罕，在大部分同一狀態在相當期間繼續。因此事實上若不會反覆繼續檢束，不能達成保持公安治目的是相當明瞭，尤其本島民眾之許多部份有不同的言語風俗習慣，並且他們是擁有非常執拗的民族性之特殊民族，由民族意識深深地被支配，不管善惡一直庇護同族之態度，實在的狀況如此。當時〔註：應該指稱日治初期〕行政警察上的視察取締之困難實在出乎現時之想像。因此正如這次將由議員提出之修改法律案所規定若要禁止反覆檢束，不僅為保持公安上遺憾之點不尠，就中在於警衛等須要的重要的警戒警備的場合不能堅持其目的到底，甚至可能有不能防止惹起重大事態之危險。

二、雖然將行政警察上為保持公安之檢束適用於司法搜查自不待言不一定是妥當，在現行法制下的實情是，若避免行政執行法的事實上的適用，就不能期待十分遂行搜查。尤其在於有與一般刑事事件相當困難比較之複雜性的思想犯罪，實際上若不會認容檢束的反覆，其搜查的遂行是不可能，在如此的狀態。然而在本島在一般刑事事件特地設置「有關刑事的特例」（別添大正十一年敕令第四〇七號拔粹），將與檢察官同樣的發布勾引狀之權限賦予司法警察官，並且容許留置期間七天，<sup>123</sup>如此規定相當廣大的

---

<sup>123</sup> 大正 11 年在第 45 議會制定刑事訴訟法時，政府提出的原案包括使檢事・司法警察官發出勾引狀的條文：「第二百二十三條 在如左場合若要急速而不能請求判事的勾引狀，檢事可發出勾引狀或命令其他檢事或司法警察官之或者可囑託之。〔中略〕司法警察官在前項各號的場合可發出勾引狀或命令其他司法警察官之或者可囑託之」。眾議院刑事訴訟法特別委員會刪除該條全文後，貴族院同法特別委員會使第 1 項復活，之後眾議院本會議可決之而通過。眾議院否決的理由是，如此在內地司法警察官的勾引狀發出權並未實現。參照〈刑事訴訟法中ノ司法警察官ノ勾引規程ヲ削除シタル顛末〉，種村氏警察參考資料第 54 集，《內務省警保局》，国立公文書館，JACAR: A05020199900。但關於台灣，特例敕令（根據法三號的大正 12 年 12 月 27 日敕令第 514 號）規定在台灣的司法警察官的勾引狀發出權。「大正十一年敕令第四百七號之中如左修正〔中略〕第二十八條 檢察官刑事訴訟法第二百二十三條所規定之場合之外，被疑者若有同法第八十七條所規定之事由，若要急速而不能請求判事的勾引狀，可立即發出勾引狀或命令其他檢事或司法警察官之

強制搜查權限，在於思想犯罪的搜查併用該特例與行政執行法，如此以期成搜查的完美。然而向這次議會有治安維持法修改法律案之提出，雖然對於檢事規定相當廣大的強制搜查權，對於司法警察官並無任何規定，若本修改法律案一有施行，就要發生右有關刑事之特例對於治安維持法不能適用之疑義。若右一件不能適用，關於思想犯罪之檢舉，司法警察官就並無任何等在搜查上必要的拘束權限，有招惹重大障礙之危險。因此我們上次對於治安維持法修改法律案表達贊成時，附帶保留條件而主張，以特例應該規定，與特地賦予檢事之權限同樣的權限，同樣地應該賦予司法警察官。

三、如上縷述，若關於治安維持法違反，由特例敕令的修正容許本島的特例，能不得不接受這次今次由議員要提出的行政執行法修正，但在如本島的殖民地，關於保持一般公安的行政檢束，我們思考反覆的必要特別緊切，因此從殖民地的保持治安的觀點，煩請慎重地考慮。

在此文件可明瞭地看出，（一）當時台灣總督府警察認為，身體拘束是最重要的方法，反覆檢束的他們權能確是相當重要的工具，（二）台灣警察的論據是與內地警察一模一樣。

「檢束」是純然行政處分，至少理論上不應該含有犯罪＝司法處分的因素。然而，不論內地或台灣，警察機關日常雖然尚無任何犯罪證據等，藉口「公安」的必要檢束對象人物，其後發現違警罪等之「逮捕」理由。此種報導真的是不勝

---

或者可囑託之。〔中略〕在刑事訴訟法百二十三條及前項所規定之場合，司法警察官亦可發出勾引狀或命令其他司法警察官之或者可囑託之，因此在台灣警察官保有勾引狀發出權。參照台灣總督府警務局，《台灣總督府警察沿革誌第二編下卷》，頁 235—236。對於這個修改案台灣總督府所提出的理由書說，「對於言語人情風俗不同的台灣人，介於通譯處理檢察事務不僅是很困難的事，例如容易地向對岸支那或蕃地等，或者台灣人有互相掩蔽犯行之傾向。若考慮此等所謂台灣特殊的事情，在犯罪搜查，若將強制處分權不賦予檢察官和司法警察官，尤其若將發出勾引狀的條件不擴張，達成搜查的目的很難」。〈刑事訴訟法ヲ台灣ニ施行シ○大正十一年敕令第四百七條台灣ニ施行スル法律ノ特例ニ關スル件中ヲ改正ス〉，《公文類聚》第 47 編大正 12 年第 33 卷，JACAR: A01200521700。

枚舉。

雖然官吏的違法行爲與其救濟事英法行政法的重要問題，在戰前日本行政訴訟法採用限定列舉主義，若無法律明文上的規定，不論內地台灣，則未有救濟之途。內務省事務官加々美武夫說，對於「違法」的檢束或者其他的警察強制或一般行政上的問題，不能提起行政訴訟，「因為並無明文」。他所提起的救濟可能性在，「可認為有違反成規，侵害公益，或者侵犯權限時」（警視廳官制第 10 條。類似規定在北海道廳官制第 7 條、地方長官官制第 9 條、樺太廳官制）的場合，加上毫無疑問「作為監督權的作用」能取消或停止處分，又「當然」可以指揮取消。<sup>124</sup>學者的討論集中於警察的行爲明顯地有違法行爲的場合。

關於賠償，學說認為檢束等的警察作用是「基於適法的行爲發生的損害〔中略〕一般而言，基於警察而發生的損害之賠償不存在」。<sup>125</sup>

## 二、 實際的運作

關於「檢束」的實際上的運作，台灣個別檢束案例又如何？台灣人主宰之報紙〈台灣民報〉在大正 12 年（1923）年創刊以後，報紙上頻頻，尤其在「地方通信」欄，登載每一個發行大概皆登載警察官的暴力，人權侵害蹂躪，橫暴，不法行爲等的報導或者評論，其頻率實在是幾乎每次皆有，實在不勝枚舉，足以窺見當時警察的活動範圍之大，民眾對於警察的不滿。例如：

因欲緩和埔里街民眾對警察當局的怨聲，於二月十二日在青年會館集會，向未開會，遂被檢束，以違警例違反，被即決拘留廿九天的許秋君，於去

---

<sup>124</sup> 加々美武夫，《行政執行法論》，頁 190。加々美為內務省事務官。他所提起的救濟可能性在，「可認為有違反成規，侵害公益，或者侵犯權限時」（警視廳官制第 10 條。類似規定在北海道廳官制第 7 條、地方長官官制第 9 條、樺太廳官制）的場合，加上毫無疑問「作為監督權的作用」能取消或停止處分，又「當然」可以指揮取消。頁 195—196。

<sup>125</sup> 佐佐木惣一，《日本行政法論 各論通則警察行政法》，（東京：有斐閣，大正 11 年（1922）），頁 203

十四日拘留期間滿被釋放出來。許君雖受此長期拘留元氣仍然不失…<sup>126</sup>

雖然「檢束」運作的規模相當大，不論內地台灣，其相關論述是意外地少數，這可謂是日本史與台灣史皆尚無十分解明的龐大的人權侵害的領域。比如說，相當浩瀚的警察沿革誌關於刑事法規，司法警察，即決制度等有相當詳細的記述，但關於檢束或行政執行法並未言及，台法月報等的評論亦同樣。因此除統計資料以外將握其實在運作是相當困難的事。檢束的統計目前僅在，關於內地內務省警保局〈警察統計書〉，關於台灣，台灣總督府警務局〈台灣總督府警察統計〉所登載的統計而已。根據此等統計，如下進行內地台灣之比較。

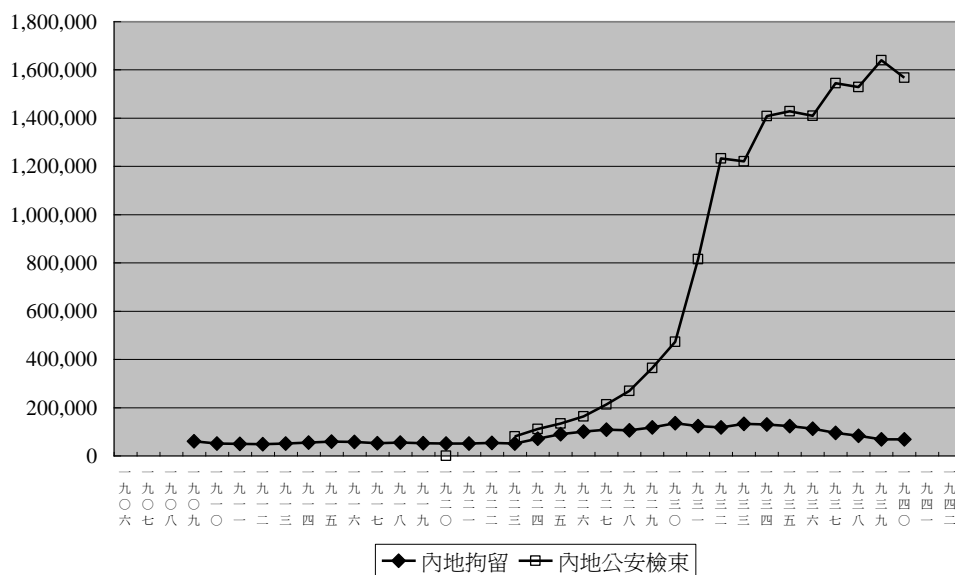
因為其規模巨大，本文並不能分析其事實上的運作狀況。關於直接強制制度的研究，在戰後日本稀少。關於行政上的（非警察的）「直接強制」，根據戰前的各縣統計，一般而言其實例非常少，大部分十幾年間僅有兩三件的執行而已，但「警察強制」之中的「即時強制」（其根據行政執行法第 1 條的「檢束」）蠻多<sup>127</sup>。在內地，檢束的件數大正年間後期開始增加。據統計在台灣，在 1932—1940 年的檢束總件數超過一百萬件，然而同一時期在日本內地的檢束的件數超過 1,400 萬件（圖 五—4、圖 五—5）。

---

<sup>126</sup> 〈埔里 被拘留的許君於十四日釋放〉（漢文），《台灣新民報》，昭和 6 年（1931）3 月 21 日，9 版

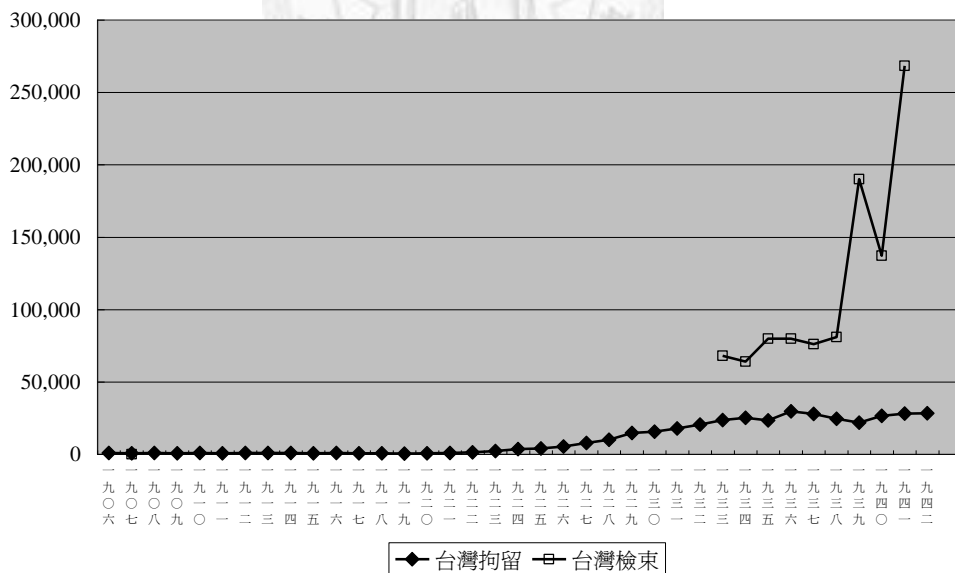
<sup>127</sup> 西津政信參照各縣統計（直接強制：千葉・石川・高知・新潟、檢束：千葉・新潟・高知），而指出在千葉豫防檢束件數在 1926—1939 年高達 157,237 件（每年平均 11,231 件），比大正年間的每年平均擴大 10 倍。西津政信，〈行政上の直接強制制度の立法論的日独比較研究〉，《比較法研究》，第 71 號，2010 年，頁 217，註 9、10。

圖 五—4：內地拘留與檢束件數



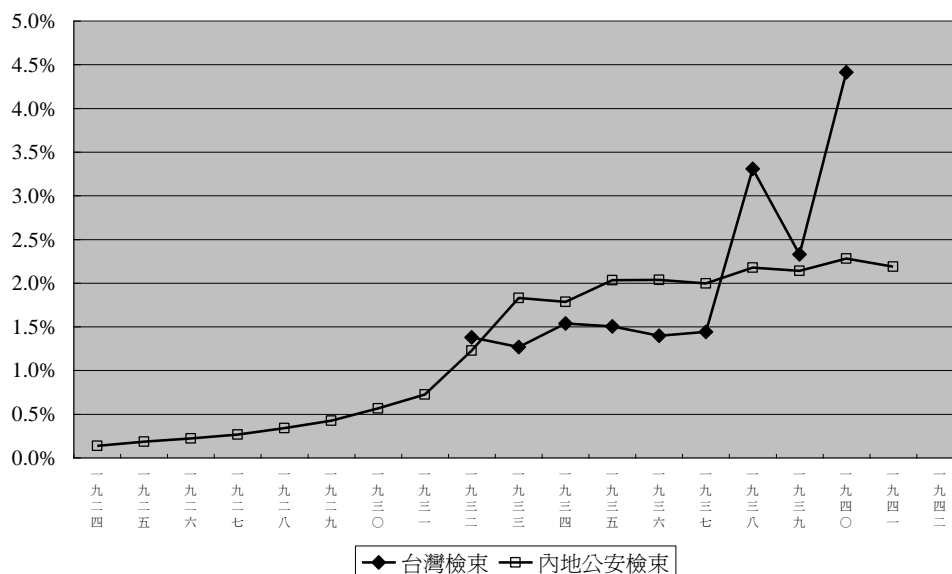
資料來源：拘留：司法省法務局，《日本帝國司法省刑事統計年報》各年度版，「違警罪即決人員」等；檢束：內務省警保局，《警察統計報告》各年度版，「行政執行法ニ依ル處分」等

圖 五—5：台灣拘留與檢束件數



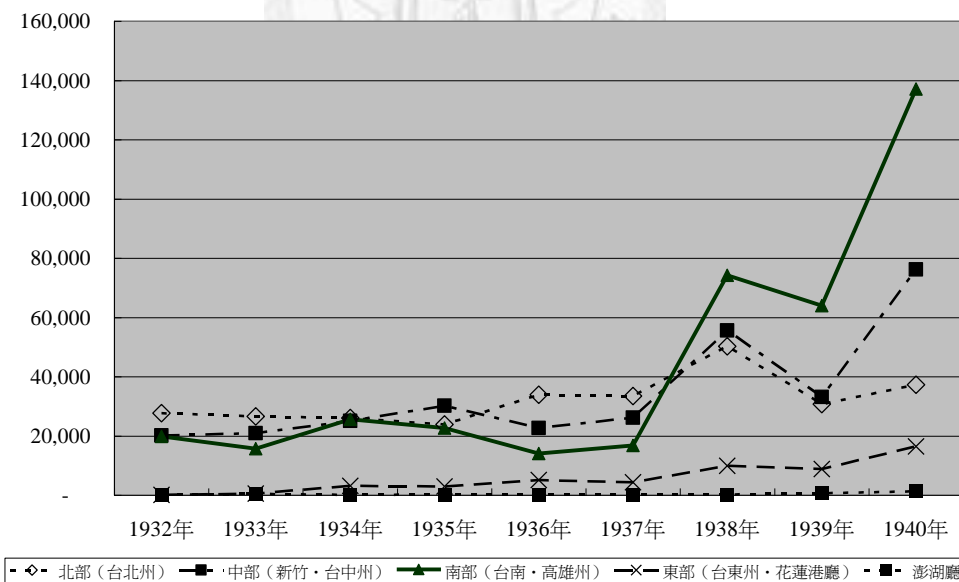
資料來源：拘留：《台灣總督府統計書》各年度版，「犯罪即決人員」等；檢束：台灣總督府警務局，《台灣總督府警察統計書》各年度版，「行政執行法ニ依ル處分」。

圖 五—6：內地台灣檢束對人口比率



資料來源：內地檢束：內務省警保局，《警察統計報告》各年度版，「行政執行法ニ依ル處分」等；台灣檢束：台灣總督府警務局，〈台灣總督府警察統計書〉各年度版，「行政執行法ニ依ル處分」。

圖 五—7：台灣各地方檢束件數



資料來源：台灣總督府警務局，〈台灣總督府警察統計書〉各年度版，「行政執行法ニ依ル處分」。



#### 第四節 小結－在臺灣警察權的意義

如上述，正如許多台灣史研究指出，在日治台灣的社會警察發揮相當大的影響力。如上述，此命題從法學的觀點亦能肯定。警察以法根據能介入一般民眾日常生活的詳細部份，事實上非常簡單的理由可能變成處罰的法根據。由此可見日治台灣常常被叫作警察國。從法觀點，行政法學所謂的「警察國（Polizeistaat）」大致意味著權力分立以前的專制狀態，因此從法觀點此個用語失當，但這事實上的形容似乎是恰當。但重要的事，此個在台灣的警察權亦屬於整個日本帝國內的行使警察權行使狀態。至少從統計加以判斷，內地警察對於一般國民的龐大規模之介入並非台灣特有而內地未有的特徵。

關於在內地與台灣警察權的法的性質與其由法學的解釋，不能發現根本性的差異，在台灣的論述皆是內地行政法學的鏡像。憲法學說關於台灣有根本性的分歧，但關於警察權的法的性質，在台灣似乎無人主張與內地警察的差異。總督府的確要求比內地更廣大的裁量範圍，但一方面他們的要求儘是裁量的程度。因為警察權來自一般統治權，當局在殖民地亦不一定須要由法律明文的權限擴大，但許多內地已有的警察法制在台灣抄襲。此等法規一面由台灣特例擴大裁量範圍，一面限制警察權，讓留在法治國在控制之下的警察權。

如上述，統計資料所表示的在台灣的警察權行使，特別是其與內地警察權的運作的比較表示有些意料之外的結果。在台灣的警察權之行使，若要在統計數字上試圖將握，日治時期台灣的警察權行使之程度，與內地相比不能說太嚴厲。特別是大正年間及到昭和 10 年的期間，雖然拘束或檢束的人數逐漸增加，若與內地相比，不能說台灣有相當明顯的特徵，因為統計上的傾向與內地大致相同。過去的歷史研究大致一致地認為，日治時期的總督府警察代表專制性的國家權力的行使，發揮暴力性。但統計上不能看到如此的傾向。但不能忽略在作為「殖民地」

的台灣，其行政執行上較具有權威性，亦欠缺內地原有的救濟方法，例如行政裁判制度。本文所檢討的法理上的問題以外，當然尚須要實際上的法律社會的分析。

可能考慮的要素之一是在日治前期的匪徒刑罰令等的內地從來不存在的嚴苛法令的存在。可以想像台灣社會基於壓迫性的取締法規萎縮，人民有恐怖感謹言慎行。另一個說明應該是，台灣社會從來除匪徒等的不良分子以外，比內地原來比較安定。



## 第六章 結論

本文先試圖找出日治台灣特有的法的問題，究竟應從何種觀點始能做出最好的觀察。接下來依據此觀點，發現最關鍵的問題點即人身自由等的自由權，並儘量詳細地檢討日治台灣法治的實際運作狀況。如同在第二章所檢討，本文以為觀察日治台灣的法的問題可以有兩個角度，即（一）某種緊急、例外狀態，（二）憲法＝權力分立＝法律＝律令的層面。關於（一）總體而言，從規模和時間來看，例外狀態終歸為例外，日治台灣的基本法制一直是六三法與其後續法律，所以有法治性的（二）顯然地優越。然而在政府的憲法施行說之下，除特別法律外的領域，內地與台灣的法制相當接近，如此造成在台灣法社會表現出兩個極端的形象，即（一）在台灣由立法的人權侵害；（二）與母國大致同樣的行政（警察）權。

如在第三章所檢討，日治台灣的緊急、例外狀態基本上分為初期軍政、臨機處分、蕃地蕃人等三個面向。<sup>1</sup>從法治的觀點加以解釋，其中臨機處分與蕃地蕃人含有更多法的問題，因為此等問題的產生圍繞在政府的憲法施行說上。其臨機處分的殺害人數達幾千人規模，應該可比擬軍政時期的軍事行動，並且其多部分似乎不根據正當防衛之必要。若其高峰時期明治 30 年代已有憲法施行—政府明治 32 年（1899）以後公開地站在施行說—此等處分應可說是違憲，無疑是日治時期平時統治之下最大的人權侵害。總之，日治時期的臨機處分的一部份的確是由與戰爭時期相等的正當防衛之必要開始，臨機處分多見的是匪徒討伐等，此等事實上與戰爭幾乎一樣，雖日本警察並不屬於統帥權，在其統治權的行使由臨機處分可能「取回」某些軍事狀況。但其大部分明顯地超過正當防衛之必要，跳過憲法之下的司法程序，亦可謂是行政裁量之濫用。加上其規模相比於委任立法（匪徒刑罰令）更大。因為臨機處分基本上指稱警察等的一般行政機關的權力行使，可

---

<sup>1</sup> 參照第五章註 67。

謂是純然的自由裁量的暴力。如此在日治台灣的行政裁量到底是否立足於法治原則之上，是一個值得探討的問題。應該尚可能發現某些程度的原則：臨機處分、匪徒刑罰令適用的縮小或消滅。此等從未有形式上的限制。

臨機處分與蕃地蕃人統治的確不受到司法審判。<sup>2</sup>一般而言，自由的行政處分難免會受到某些外部性的法律的限制（管轄權、程序、行為內容等），<sup>3</sup>一直以來台灣總督府警察機關直接擔負著這兩個領域的角色，因此事實上的警察機關運作的確影響到在台灣法理上的警察權概念。若包括臨機處分或蕃地警察，在台灣警察機關與內地警察機關並不能相提並論。然而，警察機關是基於帝國憲法第 10 條（官制大權）設置，其所行使的統治權不管在蕃地、台灣、或者其他領域，皆應該依據國務大臣的輔弼（憲法第 4 條），因此上述統治權的行使毫無疑問地是憲法上的統治權行使，與內地警察並無兩樣，當然與所謂的恣意有所區別。<sup>4</sup>臨機處分的對象—匪徒，於明治 36 年以後大致消聲匿跡，事實上不再發生。但日治統治五十年間，位處一般地域的台灣島中央區域一直不適用一般法令，且台灣總督府從未向一般社會有說明過有關其法根據之中容。在如此的狀況之下，一般島民應該不禁預期著，與恣意難以做出區分的自由裁量有再次復活的可能性。另一方面，天皇直接的意思表示尚有法根據性，即「一視同仁」不僅是政治上的口號，亦可能成為解釋法令上的最高原則。<sup>5</sup>換言之，法治原則與一視同仁的關係是須要解明的關鍵問題。若能確認裁量的縮小與某些最高原則的存在，應該能推測互相關係。

---

<sup>2</sup> 日治時期的蕃人亦有屬於一般刑事裁判管轄權之可能性，但其起訴須要總督的指揮，事實上只有很少的例外。參照第三章註 44。

<sup>3</sup> 田村悅一，《自由裁量とその限界》，（東京：有斐閣，1967 年），頁 34

<sup>4</sup> 理論上基於公共性的存在，與完全的恣意（Willkür）或隨意（Belieben）有區別。田村悅一，《自由裁量とその限界》，頁 9 引用的 Rudolf von Laun, *Das Freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig und Wien: F. Deuticke, 1910, S. 20; Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Bd. I, München und Leipzig: Duncker & Humblot, 1914, S. 101

<sup>5</sup> 小金丸貴志，〈試論：明治天皇と日本領有初期の台湾統治〉，《淡江日本論叢》，第 23 輯，2011 年，頁 240—241

若將此等有非常、例外、緊急性的行政領域除外，其他在台灣警察權（行政權）的實際運作，比起立法權（委任立法＝律令權）可說是微不足道，應可說，日治台灣最嚴重的人權侵害，相較於司法權（司法制度）或行政權（例如警察權），尚須尋找在立法權（→法律保留→委任立法→律令權→匪徒刑罰令）方面的痕跡。律令權本身是形式上無限制的委任立法，由命令事實上實施刑法（雖然刑法本身並未施行），有著實質上罪刑法定主義的侵害。亦即匪徒刑罰令的構成要件特別曖昧模糊，將許多強盜犯突然視為匪徒犯而處死，這是立法裁量的暴力，該令的確是「日本」憲法史，議會史上規模最大的基於立法・司法的人權侵害事例。六三法的制定一方面保障帝國議會在台灣的權限，讓政府承認在台灣憲法施行的重要契機。<sup>6</sup>以行政警察而言，從本文在第五章第二、三節所檢討的警察犯・檢束等的統計表示，內地與台灣的狀況出乎意料之外地相差不多，僅在程度上有所差異。簡單地說，內地警察對於人身自由方面亦是過度執行，因此難以發現與殖民地與內地是否有完全不同的差異。但這僅是統計上的分析而已，個別案例尚待將來的歷史研究。

關於日治台灣法治的分析，本文要如上提出立法權為其中心的分析模式。匪徒刑罰令的制定、運作、事實上的消滅、形式上的保留象徵，日治台灣受到形式上的法治延伸，但實質上法治卻受到侵害。行政權以緊急律令自己立法控制司法，如此達成幾乎比擬非法治之臨機處分的結果。除了例外狀態，由立法權的權利侵害，比起由行政權、司法權的侵害情形程度大得多。雖然總督府一直保留匪徒刑罰令，此初期律令欠缺其後繼者。總督府不再訴諸緊急立法制度，在日治後期透過授權法律，亦即六三法後繼法律的修改，律令能夠立法的範圍逐漸縮小，再無擅自立法的可能性，因為帝國議會與內閣逐漸取回過去賦予初期總督府的權限。總督府權限制度架構，特別在日治後期，終於透過律令權所規範的範圍受到根本性的限制。

---

<sup>6</sup> 參照第二章註 109、110。

總之而言，如果關注日治時期統治的暴力性，應須把其暴力性歸因於立法制度。如此的形態，可稱做立法權的暴力。藉由控制委任立法，日治後期台灣的法治始能逐漸擴大適用範圍。



## 〈參考文獻〉

### 一、 中文

王泰升

- 1999 《台灣日治時期的法律改革》，台北：聯經。
- 2001 〈「鬱卒」的第一代台灣法律人：林呈祿〉，《月旦法學雜誌》78，頁83—84。
- 2002 《台灣法的斷裂與連續》，台北：元照出版社。
- 2003 〈台灣憲法的故事：從「舊日本」與「舊中國」蛻變而成「新台灣」〉，《台大法學論叢》，第32卷第1期，頁1—48。
- 2003 〈台灣法的近代性與日本殖民統治〉，《月旦法學雜誌》，第91期，頁197—211。
- 2004 〈日治法院檔案的保存與利用〉，日治法院檔案整編研討會。
- 2005 〈日本殖民統治者的法律鎮壓與台灣人的政治反抗文化〉，《月旦法學雜誌》，第116期，頁123—138。
- 2006 〈日本殖民統治下台灣的「法律暴力」及其歷史評價〉，《國立政治大學歷史學報》，第25期，頁1—36。
- 2007 〈台灣近代憲政文化的形成：以文本分析為中心〉，《台大法學論叢》，第36卷第3期，頁1—49。
- 2007 〈台灣的法律繼受經驗及其啓示〉，《中研院法學期刊》，創刊號，頁111—135。
- 2007 〈台灣法律文化中的日本因素：以司法層面為例〉，《政大法學評論》，第95期，頁55—89。
- 2008 《台灣檢察史：制度變遷史與運作實況》，台北：法務部。
- 2009 《台灣法律史概論》（第三版），台北：元照出版社。

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

2009 〈日治時期台灣人法意識的轉型：台灣法與日本法的相互交融〉，《月旦法學雜誌》，第 165 期，頁 115—136。

2010 〈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〉，《台大法學論叢》，第 40 卷第 1 期，頁 1—98。

2010 《具有法律思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》台北：元照。

吳三連，蔡培火等

1987 《台灣民族運動史》，台北：自立晚報。

李建良

2007 〈台灣行政法史初考：日治時期篇〉，台灣法律史學會，王泰升、劉恆姣主編，《以台灣為主體的法律史研究》，台北：元照，頁 239—275。

李崇禧

1996 《日本時代台灣警察制度之研究》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

林山田

2008 《刑法通論》（增訂十版），台北：林山田。

林鈺雄

2000 《刑事訴訟法》，台北：林鈺雄。

徐國章

1998 〈由「六三法」看日本治臺的基本理念—天皇大權統治主義〉，《台灣風物》，第 48 卷 2 期，頁 19—41。

2001 〈「臺灣總督府官制」的制定及其內涵〉，《台灣風物》，第 51 卷 2 期，頁 19—41。

翁佳音

1986 《台灣漢人武裝抗日史研究（1895—1902）》，台北：國立台灣大學。

陳鈺雄



日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

- 1996 《日治時期的臺灣法曹：以國家爲中心之歷史考察》。國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

黃舒芃

- 2004 〈法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵〉，《中原財經法學》，第13期，頁1-45。

黃靜嘉

- 1960 黃靜嘉，〈日據時期之台灣殖民地法制與殖民統治〉，台北：黃靜嘉。  
2002 《春帆樓下晚濤急：日本對臺灣殖民統治及其影響》，台北：台灣商務。

劉彥君

- 2006 《強盜或抗日？：以日治法院判決中的「匪徒」爲核心》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

劉寧顏等譯

- 1982 《日據初期司法制度檔案》，台北：台灣省文獻委員會。

蔡培火

- 1928 〈日本國國民に與ふ、殖民地問題解決の基調〉，東京：台灣問題研究會。

戴炎輝，蔡章麟

- 1955 《臺灣省通志稿卷三政事志司法篇，第一冊》，台北：台灣省文獻委員會。

## 二、 日文

イー・アー・ホーン (E. A. Horne) 講述、台灣總督府官房調査課譯

- 1924 《英領印度現行統治組織》，台北：台灣總督官房調査課。

オット、マイヤー原著，美濃部達吉譯

- 1903 〈獨逸行政法〉第1、2卷，東京：東京法學院。

ゲオルグ・イエリネク著、芦部信喜等譯

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

1974 〈一般国家学〉，東京：学陽書房。

ゲオルグ・エリネック著、美濃部達吉譯

1906 〈人權宣言論〉，東京・有斐閣。

ルイ・ロラン、ピエル・ランピユエ共著，東亞經濟調查局譯

1937 《佛蘭西植民地法提要》，東京：東亞經濟調查局。

三田村武夫

1930 《実務と理論 警察強制の研究》，東京：松華堂。

三浦恵一

1934 〈戒嚴令詳論〉，東京：松山房。

上内恆三郎

1916 《台灣刑事司法政策論》，台北：台灣日日新報社。

上杉慎吉

1925 〈新稿憲法述義全（増補改訂）〉，東京：有斐閣。

大石義雄

1941 《帝國憲法と國防國家の理論》，東京：叢文閣。

小金丸貴志

2009 〈日治時期台灣的憲法施行問題〉，在任燿廷、胡慶山主編，《全球化下的日本與東亞：2008 國際學術研討會論文集》，淡水：淡江大學日本研究所，頁 297—347。

2011 〈日本統治初期の台湾における刑法適用問題—依用慣行の起源と総督府・法院の対立〉，《日本台湾学会報》，第 13 號，頁 1—24。

2011 〈試論：明治天皇と日本領有初期の台湾統治〉，《淡江日本論叢》，第 23 輯，頁 231—253。

2012 〈匪徒刑罰令與其附屬法令之制定經緯〉，《台灣史研究》，第 19 卷第 2 期，頁 31—98。

小熊英二

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

1998 《〈日本人〉の境界：沖縄・アイヌ・台湾・朝鮮植民地支配から復帰運動まで》，東京：新曜社。

山田示元

1922 〈生蕃人の國法上の地位〉，《台灣警察協會雜誌》，第 57 號，頁 18—30。

山室信一

2005 〈東アジアにおける日本近代法—思想連鎖と国民帝国の視点から〉，早稲田大学比較法研究所編，《日本法の国際的文脈：西欧・アジアとの連鎖》，東京：早稲田大学比較法研究所。

山崎丹照

1943 《外地統治機構の研究》，東京：高山書院。

中村哲

1942 〈占領地行政論〉，《台灣時報》，第 24 卷第 5 號，頁 2—14。

1943 《植民地統治法の基本問題》，東京：日本評論社。

1958 〈植民地法〉，鵜飼信成等編，《講座日本近代法発達史 第 5》。

中村泰忠編

1903 《台灣總督府法院判決錄》，台北：中村泰忠。

手島兵次郎

1910 《殖民法制著書目次集》，台北：法院月報發行所。

1910 〈台灣制度大要〉，台北：法院月報發行。

手島兵次郎，小疇傳

1901 〈刑法各論完〉，東京：東京專門學校出版部。

水上熊吉編

1902 〈前台灣高等法院長高野孟矩剛骨譚〉，東京：廣文堂書店。

水木惣太郎

1939 〈外地立法と憲法第二章（一）、（二）、（三完）〉，《日本法学》 第 5

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

卷第9、10、11號。

水野豊志

1960 〈委任立法の研究〉，東京：有斐閣。

王泰升

2008 黃詩淳譯，〈日本支配期における台湾人の法意識の転換—台湾法と日本法との融合—〉，《北大法学論集》，第59卷第2號，頁887—918。

2009 〈台湾の法文化中の日本の要素—司法の側面を例として—〉，《名城法学》，第58卷第4號，頁45—84。

2010 阿部由理香譯，〈日本の植民地統治と台湾人の政治的抵抗文化〉，《日本の植民地支配の実態と過去の清算—東アジアの平和と共生に向けて〉，東京：風行社。

加々美武夫、有光金兵衛

1923 《行政執行法論》，東京：良書普及會。

台灣總督府總督官房調査課

1929 《佛領印度支那統治要覽》，台北：台灣總督府官房調査課。

台灣總督府覆審法院編

1914 《覆審法院判例全集 自明治二十九年至大正二年重要判決例要旨》，台北：台灣判例研究會。

1920 〈覆審法院判例全集：自明治二十九年至大正八年重要判決例要旨〉，台北：台灣判例研究會。

台灣總督府警務局

1933 《台灣總督府警察沿革誌 第一編 警察機關の構成》，台北：台灣總督府警務局。

1938 《台灣總督府警察沿革誌 第二編 領台以後の治安狀況 上卷》，台北：台灣總督府警務局。

1942 《台灣總督府警察沿革誌 第二編 領台以後の治安狀況 下卷 司

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

法警察及犯罪即決の變遷史》，台北：台灣總督府警務局。

#### 外務省条約局法規課

- 1959 〈台湾の委任立法制度〉外地法制誌。
- 1960 〈律令総覧〉外地法制誌：第3部第2。
- 1961 〈制令 前後編〉外地法制誌：第4部の1。
- 1962 〈委任統治領南洋群島 前編〉外地法制誌：第5部。
- 1963 〈委任統治領南洋群島 後編〉外地法制誌：第5部。
- 1964 〈日本統治下五十年の台湾〉外地法制誌：第3部の3。
- 1966 〈台湾ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律（六三法、三一法及び法三号）の議事録〉外地法制誌：第3部附属。
- 1966 〈関東州租借地と南満州鉄道付属地 前編〉外地法制誌：第6部。
- 1969 〈日本統治下の樺太〉，外地法制誌：第7部。
- 1971 〈外地法制誌：第4部の2 日本統治時代の朝鮮〉。

#### 外務省条約局第四課

- 1955 〈日本旧領域に關係のあつた条約〉外地法制誌：第1部。

#### 市村光惠

- 1904 《憲法要論》，東京市：有斐閣。
- 1913 《行政法原理 第四版》，東京：寶文館。

#### 田上穰治

- 1936 〈軍事行政法〉，《新法學全集》第6卷，東京：日本評論社。
- 1942 《法の本質と憲法》，東京：有斐閣。
- 1942 《法律による行政》，東京：有斐閣。
- 1958 《警察法》，東京：有斐閣。
- 1976 《憲法の基本原則 三原則の調整》東京：有信堂。
- 1983 《警察法 新版》，東京：有斐閣。

#### 田中二郎

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

- 1954 《法律による行政の原理》，東京：酒井書店。
- 田中和夫
- 1944 《大東亞舊英領地域の法律》，東京都：巖松堂。
- 田村悦一
- 1967 〈自由裁量とその限界〉，東京：有斐閣。
- 田島裕
- 1979 《議会主権と法の支配》，東京：有斐閣。
- 石川忠一
- 1915 〈台灣警察要論〉，台北：新高堂書店。
- 立作太郎
- 1931 《戦時国際法論》，東京：日本評論社。
- 伊藤英三
- 1930 〈台灣警察行政法〉，台北：晁文館。
- 向山寛夫
- 1987 《日本統治下における台湾民族運動史》，東京：中央經濟研究所。
- 有賀長雄
- 1898 〈帝國憲法講義〉，東京：講法會。
- 江木衷
- 1900 〈刑法各論〉，東京：東京法學院。
- 江橋崇
- 1985 〈植民地における憲法の適用—明治立憲体制の一側面〉，《法学志林》，  
第82卷第3・4號，頁3—36。
- 竹越與三郎
- 1908 《三叉演說集》，東京：二酉堂。
- 西津政信
- 2010 〈行政上の直接強制制度の立法論的日独比較研究〉，《比較法研究》，

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

第 71 號，頁 216—235。

佐佐木忠藏、高橋武一郎

1909 〈台灣行政法論〉，台北：日本物產合資會社台北支店。

佐佐木惣一

1922 〈日本行政法論 各論通則警察行政法〉，東京：有斐閣。

1933 《日本憲法要論 訂正第五版》，東京：金刺芳流堂。

佐藤功

1956 〈わが國における委任立法〉，《公法研究》，第 14 號，頁 27—47。

岡本真希子

2008 《植民地官僚の政治史：朝鮮・台湾総督府と帝国日本》，東京：三元社。

松田利彦

2009 《日本の朝鮮植民地支配と警察：1905—1945 年》，東京：校倉書房。

松田利彦編

2009 《日本の朝鮮・台湾支配と植民地官僚》，京都：人間文化研究機構国際日本文化研究センター。

松岡修太郎

1936 外地法《新法学全集》第五卷，東京：日本評論社。

長尾景德、大田修吉

1934 《新稿台灣行政法大意》，台北：杉田書店。

長尾龍一

1981 《日本法思想史研究》，東京：創文社。

2004 〈ドイツ植民地法ノート〉，浅野豊美、松田利彦編，《植民地帝国日本の法的展開》，東京：信山社。

春山明哲

2008 《近代日本と台湾：霧社事件・植民地統治政策の研究》，東京：藤原

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

書店。

柳瀨良幹

1941 《行政法の基礎理論（一）、（二）》，東京：弘文堂書房。

美濃部達吉

1907 〈日本國法學 上卷上 總論〉，東京：有斐閣書房。

1908 《憲法及憲法史研究》，東京：有斐閣。

1909 〈日本行政法〉，東京：有斐閣。

1911 〈帝國憲法は新領土に行はるゝや否や〉，《國家學會雜誌》，第 25 卷 7 號。

1911 〈帝國憲法は新領土に行はるゝや否や〉，《國家學會雜誌》，第 25 卷 7 號。

1912 〈日本殖民地法ニ就テ〉，《國家學會雜誌》，第 26 卷 1 號。

1912 《憲法講話 全》，東京：有斐閣。

1922 〈日本行政法各論上卷〉大正九年新稿，東京：有斐閣。

1924 〈行政法撮要〉，東京：有斐閣。

1927 《逐條憲法精義》，東京：有斐閣。

1934 《日本憲法の基本主義》，東京：日本評論社。

1935 《憲法撮要》改訂第五版，東京：有斐閣。

1936 《日本行政法》，東京：有斐閣。

苫米地治三郎

1897 〈高野孟矩〉，東京：研學會。

宮澤俊義

1942 《憲法略說》，岩波書店。

高柳賢三

1948 〈英國公法の理論〉，東京：有斐閣。

1953 〈英米法源理論 英米法講義第 1 卷〉，東京：有斐閣。



日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

淺井清

1928 《近代獨逸憲法史》，東京：慶應義塾出版局。

淺野豐美解題

2005 《大東亞法秩序 日本帝国法制關係資料 第 1 期 司法資料一般》  
第 5 卷，司法省調査課，司法研究報告書，第 32 輯ノ 5，大阪谷公雄，  
《海峽殖民地に於ける英國の司法政策に就て》，1943。

2005 《大東亞法秩序 日本帝国法制關係資料 第 1 期 司法資料一般》，  
第 6 卷，司法研究所，司法研究報告書，第 32 輯ノ 6，神野嘉直，《英  
領マレーの檢察》，1943。

2005 《大東亞法秩序 日本帝国法制關係資料 第 1 期 司法資料一般》  
第 9、10 卷，司法資料第 290 號，司法省秘書課，《原住民司法論集（上  
下）》，1945。

2005 《大東亞法秩序 日本帝国法制關係資料 第 1 期 司法資料一般》  
第 8 卷，司法資料第 282 號，司法省秘書課譯編，〈獨逸國植民地司法  
制度の發展及び植民地法の統一〉，1943。

清水澄

1909 〈國法學第一編憲法篇〉，東京：日本大學。

1915 〈國法學第一編憲法篇〉，東京：清水書店。

1933 《逐條帝國憲法講義》，東京：松華堂書店。

1936 《帝國公法大意》，東京：清水書店。

清宮四郎

1944 《外地法序說》，東京：有斐閣。

許世楷

1972 《日本統治下の台湾：抵抗と弾圧》，東京：東京大学出版会。

黃昭堂

1981 《台湾總督府》，東村山：教育社。

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

溝淵孝雄

1913 《關東洲ニ於ケル司法》，東京市：有斐閣。

滿鐵東亞經濟調查局編

1942 《印度統治機構の史的概観》，東京：滿鐵東亞經濟調查局。

碧海純一等編

1979 〈法学史〉，東京都：東京大学出版会。

檜山幸夫

2004 〈台灣統治基本法と外地統治機構の形成—六三法の制定と憲法問題〉，  
《日本統治下台灣の支配と展開》，名古屋：中京大学社会科学研究所。

臨時台灣舊慣調査會

1909 《殖民地組織法大全》，出版地不詳：臨時台灣舊慣調査會。

藤田宙靖

1978 《公権力の行使と私的権利主張：オットー・ベール「法治国」の立場とドイツ行政法学》，東京：有斐閣。

鷺巢敦哉

1939 〈爐邊夜話台灣統治回顧 第八話 土匪の跋扈とその掃蕩〉，《台灣地方行政》，昭和 14 年 5 月，頁 82—89。

1941 〈台灣保甲皇民化讀本〉，台北：台灣警察協會。

1941 〈法院制度の今昔物語（一）〉，《台法月報》，頁 86—92。

塩野宏

1962 〈オットー・マイヤー行政法学の構造〉，東京：有斐閣。

姉齒松平

1934 〈台灣に於ける刑事法の沿革に就て〉，《台灣警察時報》，第 218 號，  
頁 49—57。

浅田進史

2008 《ドイツ統治下の膠州湾租借地における支配秩序—総督府参事会の

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

再編問題を中心に》，《公共研究》，第5卷3號，頁114—139。

浅野豊美

- 2004 〈植民地での条約改正と日本帝国の法的形成〉，《植民地帝国日本の法的構造》，浅野豊美、松田利彦編，《植民地帝国日本の法的展開》，東京：信山社。
- 2004 〈国際秩序と帝国秩序をめぐる日本帝国再編の構造〉，浅野豊美、松田利彦編，《植民地帝国日本の法的展開》，東京：信山社。
- 2008 《帝国日本の植民地法制：法域統合と帝国秩序》，名古屋：名古屋大学出版会。

穂積八束

- 1892 《法律及敕令ニ就テ》，東京：安井秀真。
- 1910 〈憲法提要〉，東京：有斐閣書房。
- 1913 《穂積八束博士論文集》，東京：上杉慎吉。

笹川紀勝

- 1995 〈植民地支配の正当化の問題—立憲主義の二つの側面〉，《法律時報》，第67卷第3號，頁78—83。

黒田覺

- 1937 《日本憲法論 上中》，東京：弘文堂書房。
- 1942 《新講憲法：完：黒田覺博士講述 昭和十七年度京都帝國大學法學部講義》，東京：啓明社。

《台法月報》，1905—1943

《台灣協會雜誌》，《台灣時報》，1898—1945

《台灣日日新報》，1898—1944

《台灣青年》，《台灣民報》，《台灣新民報》，1920—1933

### 三、 英文

Anson, William Reynell, Sir,

1897 *The Law and Custom of the Constitution*, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press

Arnold, David

1977 The Armed Police and Colonial Rule in South India, 1914-1947, *Modern Asian Studies*, vol. 11, no. 1, p. 101-125

Blackstone, William, Sir

2001 *Commentaries on the laws of England [electronic resource]: in four books*,  
London: Cavendish

Chatterjee, Partha

1993 *The nation and its fragments: colonial and postcolonial histories*, Princeton:  
Princeton University Press

Chen, Edward I-te

1970 Japanese Colonialism in Korea and Formosa: A Comparison of the Systems  
of Political Control, *Harvard Journal of Asiatic Studies*, vol. 30, p.  
126-158

Clark, David, and Gerard McCoy,

2000 *The Most Fundamental Legal Right – habeas corpus in the Commonwealth*,  
Oxford: Clarendon Press

Cowell, Herbert

1872 *The History and Constitution of the Courts and Legislative Authorities in  
India*, Calcutta: Thacker, Spink

Das, Dilip K., and Arvind Verma,

1998 The Armed Police in the British Colonial Tradition The Indian perspective,  
*Policing: An International Journal of Police Strategies & Management*,  
v21 n2: 354-367

Dicey, Albert Venn

1927 *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., London:  
Macmillan,

Dixon, David

1997 *Law in Policing: Legal Regulation and Police Practices*, Oxford: Clarendon  
Press

Elias, Taslim Olawale

1962 *British Colonial Law: A Comparative Study of The Interaction between  
English and Local Laws in British Dependencies*, London: Stevens

Goldsworthy, Jeffrey Denys

1999 *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford: Clarendon  
Press

Halliday, Paul D.

2010 *Habeas corpus: from England to empire*, Cambridge (Mass.); London: The  
Belknap Press of Harvard University Press

Hussain, Nasser

2003 *The Jurisprudence of Emergency: Colonialism and the Rule of Law*, Ann  
Arbor: University of Michigan Press

Jeffries, Sir Charles Joseph

1938 *The Colonial Empire and its Civil Service*, Cambridge [Eng.]: The University

1952 *The Colonial Police*. London: M. Parrish

1956 *The Colonial Office*, London: Allen & Unwin

Jennings, Sir Ivor, and Charlotte Mary Young

1933 *The Law and the Constitution*, 3rd ed., London: University of London Press

1938 *Constitutional Laws of the British Empire*, Oxford: The Clarendon press

Keith, Arthur Berriedale

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

1928 *Responsible Government in the Dominions*, Oxford, Clarendon

Kirk-Greene, Anthony Hamilton Millard

1999 *On Crown Service: a History of HM Colonial and Overseas Civil Services, 1837-1997*. London; New York: I.B.Tauris

Kolsky, Elizabeth

2010 *Colonial justice in British India*, Cambridge; New York: Cambridge University Press

Kulshreshtha, V D and B M Gandhi

2011 *Kulshreshtha's Landmarks in Indian Legal and Constitutional History*, 9th ed., Lucknow: Eastern Book Company,

Liao, Binghui, and Dewei Wang,

2006 *Taiwan under Japanese Colonial Rule, 1895-1945: History, Culture, Memory*, New York: Columbia University Press

Maitland, Frederic William

1908 *The constitutional history of England: a course of lectures*, Cambridge: The University Press

Marshall, Geoffrey

1957 *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, Oxford: Clarendon Press

1984 *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford: Clarendon Press

Moore, Sir William Harrison

1906 *Act of state in English law*, London: J. Murray, 1906

Phillips, Owen Hood, and Dalzell Chalmers

1952 *The Constitutional Law of Great Britain and the Commonwealth*, London: Sweet & Maxwell

Price, Polly J.

1997 *Natural Law and Birthright Citizenship in Calvin's Case (1608)*, 9 *Yale J.L. & Human*, p. 73-145

Reinsch, Paul S.

1902 *Colonial Government: an Introduction to the Study of Colonial Institutions*,  
New York; London: Macmillan

Sharpe, Robert. J.

1976 *The Law of Habeas Corpus*, Oxford: Clarendon Press,

Simpson, Brian

1994 *In the highest degree odious: detention without trial in wartime Britain*,  
Oxford: Clarendon Press

Tarring, Charles James

1893, 1906, 1913 *Chapters on the Law relating to the Colonies*, 1<sup>st</sup>, 3<sup>rd</sup>, 4<sup>th</sup>, ed.,  
London: Stevens and Haynes

Tsai, Hui-Yu Caroline,

2009 *Taiwan in Japan's Empire Building: An Institutional Approach to Colonial Engineering*, New York: Routledge

Wang, Tay-sheng & Chou, Sandy I-hsun

2010 *The Emergence of Modern Constitutional Culture in Taiwan*, *National Taiwan University Law Review*, Vol. 5, No. 1, pp. 1-38

#### 四、 德文

Anschütz, Gerhard

1901 *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr

Böckmann, Kurt von

- 1912 *Geltung der Reichsverfassung in den deutschen Kolonien*. Karlsruhe: Braun
- Bornhak, Conrad
- 1887 Die Anfänge des deutschen Kolonialstaatsrechts, *Archiv für öffentliches Recht*,  
2, p. 3-53
- Burgsdorff, Curt von
- 1911 *Die Entwicklung der kolonialen Rechtspflege*, Leipzig Jur. Diss., Leipzig,  
Gerhardt
- Crusen, Georg
- 1913 Die rechtliche Stellung der Chinesen in Kiautschou, *Zeitschrift für  
Kolonialrecht*, vol. 15, 2, p. 4-57
- Doerr, Friedrich
- 1908 Deutsches Kolonialstrafrecht, *Zeitschrift für Kolonialpolitik, Kolonialrecht  
und Kolonialwirtschaft*, Jg. 10, p. 321-338
- Giese, Friedrich
- 1911, Zur Geltung der Reichsverfassung in den deutschen Kolonien, in *Festgabe  
der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum*.  
Berlin: Weidmann
- Grohmann, Marc
- 2001 Exotische Verfassung: die Kompetenzen des Reichstags für die deutschen  
Kolonien in Gesetzgebung und Staatsrechtswissenschaft des  
Kaiserreichs (1884-1914), Tübingen: Mohr Siebeck
- Gründer, Horst
- 2004 *Geschichte der deutschen Kolonien*, 5. Aufl., Paderborn: F. Schöningh
- Hatschek, Julius
- 1905 *Englisches Staatsrecht*, Bd. 2, Tübingen: Mohr
- Hoffmann, H. Edler von



日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

1907 *Deutsches Kolonialrecht*, Leipzig: Göschen

1908 *Verwaltungs- und gerichtsverfassung der deutschen schutzgebiete*, Leipzig:  
Göschen,

Janssen, Helmut

2000 *Die Übertragung von Rechtsvorstellungen auf fremde Kulturen am Beispiel  
des englischen Kolonialrechts: ein Beitrag zur Rechtsvergleichung*,  
Tübingen: Mohr Siebeck,

Jellinek, Georg

1898 Die Staats- und Völkerrechtliche Stellung Kiautschous, *Deutsche Juristen  
Zeitung*, 3 Jg., Nr. 13, p. 253-255

1900 China und das Völkerrecht, *Deutsche Juristen Zeitung*, 5 Jg., Nr. 13, p.  
401-403

1922 *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin: J. Springer

1927 *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 4. Aufl., Leipzig: Duncker  
& Humblot

Jesch, Dietrich

1968 *Gesetz und Verwaltung: eine Problemstudie zum Wandel des  
Gesetzmäßigkeitsprinzipes*, Tübingen: Mohr Siebeck

Köbner, Otto

1903 *Die Organization der Rechtspflege in den Kolonien*, Berlin: Ernst Siegfried  
Mittler und Sohn

1904 *Deutsches Kolonialrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot

Laband, Paul

1911 *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5. Aufl., Tübingen: Mohr

Meyer, Georg

1888 *Die staatsrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete*. Leipzig: Duncker

& Humblot

Mayer, Otto

1895, 1914, 1924 *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1, 2, 3. Aufl., Leipzig: Duncker & Humblot

Mühlhahn, Klaus

2000 *Herrschaft und Widerstand in der „Musterkolonie“ Kiautschou: Interaktionen zwischen China und Deutschland 1897-1914*, München: Oldenbourg

Neumann Max

1911 *Die Rechtseinheit im deutschen Kolonialrecht und die Errichtung eines obersten Kolonialgerichtshofs*, Erlangen Univ., Diss., Borna-Leipzig, Noske

Rumpf, Helmut

1955 *Regierungsakte im Rechtsstaat: rechtsvergleichende Beiträge zu einer Untersuchung des Verhältnisses von Politik und Recht*, Bonn: L. Röhrscheid

Sassen, Franz Josef

1911 *Deutsches Kolonial-Militärrecht*. Rastatt: Greiser

Schack, Friedrich

1923 *Das deutsche Kolonialrecht in seiner Entwicklung bis zum Weltkriege*, Hamburg: Friederichsen

Schmitt, Carl

1950 *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. Berlin: Duncker & Humblot

Speitkamp, Winfried

2005 *Deutsche Kolonialgeschichte*, Stuttgart: P. Reclam

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

Stengel, Karl v.

1886 *Die staats- und völkerrechtliche Stellung der deutschen Kolonien*, Berlin:  
[s.n.]

1895 *Die deutschen Schutzgebiete, ihre rechtliche Stellung, Verfassung und  
Verwaltung*. Neu bearb. München: Hirth

Stolleis, Michael

1992 *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2., München: Beck

## 五、 網路資源

《日治法院檔案資料庫》 [http://tccra.lib.ntu.edu.tw/tccra\\_develop/](http://tccra.lib.ntu.edu.tw/tccra_develop/)

《台灣總督府府報資料庫》 <http://db2.lib.nccu.edu.tw/view/index.php>

《台灣日治時期統計資料庫》 <http://tcsd.lib.ntu.edu.tw/> 《アジア歴史資料センター》  
<http://www.jacar.go.jp/>

《国立公文書館デジタルアーカイブ》  
<http://www.digital.archives.go.jp/index.html>

《帝国議会議事録》 <http://teikokugikai-i.ndl.go.jp/>

Verhandlungen des Deutschen Reichstags:

<http://www.reichstagsprotokolle.de/index.html>

## 六、 《日治法院檔案》系統上之匪徒罪判決

(※在第四章 第一節 二、 之匪徒罪判決分析，本文使用《日治法院檔案資料庫》上搜尋到的如下記錄號之判決。參照第四章註 15。當時記錄號的表記方式仍待研究，在此僅引用該系統上之表記。若有複數記錄號，僅引用第一個記錄號。)

(一) 台北地方法院 刑事判決原本

明治 31 年第 91、297、752、778、853、957、957、1084、1085、1106、1129、1164、

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

- 1170、1171、1187、1654、1705、2002、2122、2660 號  
明治 31 年檢 995、1020、1044、1082 號  
明治 31 年台北第 1119、1129 號  
明治 31 年宜蘭第 147、194 號  
明治 32 年第 20、32、38、46、57、59、61、66、75、85、86、86、101、118、119、121、  
123、141、145、157、159、179、186、192、199、221、225、225、247、248、257、  
260、261、262、268、272、282、295、299、300、306、319、320、325、327、341、  
363、375、376、390、393、399、400、401、404、412、452、464、500、511、562、  
569、570、571、572、573、574、575、580、585、596、597、598、601、623、640、  
654、666、683、685、715、747、754、755、761、802、807、815、818、854、862、  
882、894、904、911、912、916、925、930、967、986、1006、1008、1042、1064、  
1072、1105、1112、1117、1145、1207、1210、1225、1225、1227、1231、1249、  
1252、1253、1256、1275、1293、1293、1297、1305、1308、1330、1336、1342、  
1343、1345、1351、1361、1404、1418、1422、1434、1436、1438、1439、1455、  
1456、1467、1470、1481、1484、1485、1486、1487、1488、1494、1496、1502、  
1503、1503、1504、1505、1506、1510、1512、1513、1522、1544、1549、1562、  
1569、1575、1579、1594、1595、1596、1597、1598、1600、1601、1602、1603、  
1604、1605、1606、1607、1608、1609、1610、1620、1620、1634、1648、1659、  
1666、1674、1675、1683、1685、1685、1689、1690、1691、1692、1703、1705、  
1713、1719、1726、1732、1732、1741、1745、1759、1763、1764、1764、1776、  
1777、1793、1799、1803、1807、1816、1820、1821、1844、1844、1845、1846、  
1852、1862、1873、1875、1875、1876、1877、1878、1879、1887、1890、1894、  
1894、1896、1901、1902、1916、1932、1933、1935、1953、1956、1957 號  
明治 33 年第 2、4、5、11、18、31、32、33、45、47、57、61、64、69、74、107、112、  
124、133、148、152、153、162、172、178、188、194、197、204、226、227、229、  
258、274、278、312、327、329、330、335、339、350、367、373、377、391、393、  
434、452、468、471、486、487、553、602、606、622、625、627、633、661、686、  
783、802、866、925、929、1034、1054、1059、1121、1140、1156、1165、1197、  
1198、1208、1220、1267、1343、1394、1406、1409、1450、1462、1514、1522、  
1603、1633、1650、1651、1652、1671、1688、1799、1923、1924、1942、1953、  
1984、1992、2032、2109、2226 號  
明治 34 年第 2、14、30、32、50、59、76、90、92、116、133、174、188、189、221、  
277、288、310、311、390、397、434、476、509、510、535、661、773、802、807、  
839、845、846、867、959、960、994、1005、1006、1057、1241、1376、1411、  
1414、1425、1426、1443、1454、1512、1574、1636、1657、1671、1708、1740、  
1753、1941、1998、2018、2030、2055、2102、2179、2221、2487、2649、2739、  
2776 號  
明治 35 年第 51、52、55、56、62、107、185、235、298、321、340、351、357、378、  
413、462、506、516、549、552、586、597、636、639、655、720、721、795、845、  
868、910、1130、1231、1253、1272、1329、1333、1351、1831、1844、1900、  
2459、2655、3022 號  
明治 36 年第 1060 號  
明治 37 年第 65、126、209、251、318、362、479、602 號  
明治 38 年第 176、965、1051、1180、1475 號  
明治 39 年故 10、160、309 號  
明治 40 年 272 號  
明治 41 年第 124 號  
明治 42 年 1218、2075 號  
明治 43 年 388、88 號  
明治 44 年第 105 號  
大正 4 年公第 1449 號  
大正 8 年第 703 號  
案號未記錄 61 件

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

(二) 司法官訓練所 刑事判決原本

明治 30 年力ギ檢第 275、293、299、312、328、328、399、400 號

明治 31 年力ギ檢第 50、82、93、136、137、138、142、228、255、286 號

明治 31 年檢第 63、292、313、336、347、365、406、504、528、596 號

明治 32 第 123、166、183、287、341、342、435、654、660、661、701、714、726、  
727、733、749、762、772、773、793、794、798、803、817、824、826、827、828、  
837、843、847、864、876、885、894、895、898、899、905、922、925、935、938、  
955、960、961、965、971、973、985、986、987、988、989、990、994、1005、  
1021、1024、1029、1032、1033、1052、1068、1070、1079、1080、1091、1103、  
1134、1146、1155、1156、1164、1165、1166、1167、1168、1177、1180、1196、  
1197、1199、1200、1201、1202、1208、1214、1217、1230、1233、1290、1333、  
1940

明治 32 年嘉義檢第 307 號

明治 32 年檢第 15、23、26、28、31、33、41、61、64、72、75、76、82、91、92、111、  
112、115、118、126、138、139、140、144、146、160、161、171、172、174、219、  
223、232、242、247、269、270、276、292、300、315、325、344、355、371、388、  
390、391、420、422、431、432、446、447、457、469、510、511、518、534、535、  
545、557、577、578、582、591、614、632、640、644、649、655、663、664、665、  
669、671、684、686、690、697、698、763、782、861、874、883、967、972、995、  
998、1017、1026、1027、1030、1030、1041、1063、1071、1083、1084、1135、  
1149、1153、1179、1198、1215、1218、1221、1222、1225、1234、1239、1240、  
1260、1261、1262、1272、1274、1275、1277、1278、1307、1309、1311、1314、  
1315、1338、1341、1342、1343、1351、1352、1358、1357、1359 號

明治 32 第 17、635、639、662、755、817、839、851、861、876、889、901、903、907、  
914、933、934、956、961、963、982、984、985、986、987、993、994、1001、  
1004、1007、1008、1009、1010、1011、1020、1033、1034、1035、1041、1044、  
1055、1064、1074、1081、1089、1091、1095、1102、1103、1104、1111、1117、  
1118、1119、1120、1121、1131、1135、1141、1143、1156、1157、1164、1169、  
1172、1173、1180、1181、1182、1184、1188、1190、1191、1195、1196、1200、  
1208、1213、1215、1221、1222、1224、1225、1230、1242、1243、1244、1245、  
1251、1255、1262、1263、1264、1266、1266、1268、1290、1291、1293、1296、  
1299、1301、1302、1303、1304、1306、1307、1313、1321、1322、1325、1326、  
1328、1331、1339、1352、1358、1365、1366、1367、1368、1371、1378、1383、  
1390、1391、1392、1394、1396、1400、1401、1402、1404、1405、1406、1407、  
1414、1415、1416、1428、1433、1438、1439、1442、1444、1445、1447、1449、  
1450、1452、1453、1460、1463、1468、1475、1476、1479、1482、1487、1489、  
1497、1500、1501、1506、1507、1508、1509、1513、1522、1524、1525、1531、  
1532、1533、1541、1543、1550、1551、1555、1556、1558、1559、1560、1562、  
1575、1588、1595、1596、1599、1601、1602、1607、1612、1615、1616、1621、  
1624、1625、1626、1627、1628、1629、1630、1631、1632,號

明治 33 年第 485、1369 號

明治 33 年檢第 1、3、15、18、24、25、33、34、36、37、39、40、41、42、43、63、  
63、64、67、69、70、75、76、77、84、85、86、88、89、101、115、116、117、  
120、120、123、125、127、128、129、134、135、139、141、142、144、145、153、  
156、157、158、159、163、164、166、173、175、176、181、183、184、187、188、  
189、190、192、193、194、195、196、197、204、205、206、207、208、210、213、  
214、216、220、221、226、227、228、232、239、240、257、258、261、265、266、  
269、274、277、282、283、292、298、300、303、304、309、310、317、323、324、  
325、327、329、339、343、344、349、350、357、360、361、362、363、366、367、  
368、374、375、376、381、398、399、400、402、404、406、407、410、413、422、  
423、426、427、430、434、436、440、441、442、443、447、450、459、460、464、  
466、470、473、478、479、480、481、482、483、492、493、495、498、499、503、  
504、507、518、519、520、521、522、537、544、545、548、554、556、560、564、

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

566、567、568、584、589、595、597、603、604、605、623、637、638、640、645、  
646、647、648、657、659、660、674、676、686、691、695、696、697、704、710、  
717、719、724、730、731、735、737、738、743、750、754、758、764、766、771、  
772、775、785、786、796、797、809、811、818、822、824、825、831、845、852、  
860、866、877、883、885、886、887、888、893、897、902、904、910、911、912、  
913、924、931、958、965、968、971、993、1163、1335、1344 號

明治 34 年第 2、4、5、18、21、22、31、32、36、37、38、41、42、47、48、50、58、  
59、74、79、80、81、83、84、89、92、99、100、101、109、110、112、115、116、  
120、122、123、130、131、133、138、139、141、145、147、148、149、151、152、  
153、154、156、158、162、178、180、184、185、186、187、192、195、196、204、  
206、210、210、211、213、214、222、223、230、231、234、235、247、248、249、  
250、256、258、265、267、280、282、284、285、293、298、300、301、302、308、  
309、311、312、316、322、326、327、329、330、332、333、334、335、336、338、  
339、342、343、345、347、349、350、355、360、361、363、364、366、367、370、  
381、382、386、386、391、392、394、396、397、400、401、402、408、409、410、  
411、412、413、414、415、417、418、421、424、427、429、436、439、440、441、  
445、449、457、459、461、462、463、469、470、476、477、480、481、495、502、  
541、543、544、555、556、568、569、570、573、575、588、590、595、601、602、  
607、610、615、617、625、633、635、646、647、650、651、654、656、660、661、  
674、678、689、690、699、711、717、723、726、734、737、738、744、749、750、  
751、752、754、755、756、759、760、761、772、804、805、832、835、867、886、  
892、895、903、904、907、920、932、934、939、943、944、949、954、955、961、  
970、971、1002、1009、1018、1027、1028、1088、1091、1092、1096、1097、  
1098、1100、1102、1104、1109、1111、1113、1117、1118、1119、1125、1143、  
1148、1153、1160、1192、1193、1201、1202、1210、1213、1224、1225、1240、  
1244、1245、1246、1251、1252、1268、1274、1275、1278、1279、1281、1282、  
1310、1311、1313、1320、1323、1335、1343、1360、1361、1378、1381、1384、  
1392、1422、1436、1442、1443、1444、1448、1449、1451、1452、1455、1468、  
1496、1497、1527、1528、1531、1542、1543、1546、1547、1587、1588、1613、  
1614、1615、1616、1625、1628、1629、1636、1637、1660、1661、1666、1668、  
1671、1672、1676、1696、1697、1700、1706、1727、1728、1736、1752、1778、  
1779、1793、1812、1815、1816、1841、1855、1863、1892、1895、1909、1913、  
1924、1933、1937、1940、1964、1972、1975、1978、1982、1985、2016、2017、  
2019、2020、2022、2024、2033 號

明治 34 年第故 10 號

明治 35 年第 63、70、73、76、82、84、85、96、97、98、127、129、133、153、154、  
155、158、160、177、178、179、183、193、196、206、214、216、217、222、223、  
232、234、238、239、240、242、243、249、262、270、323、330、333、337、338、  
357、368、382、383、408、412、414、416、419、424、443、445、478、482、489、  
506、522、523、581、588、604、606、611、612、614、615、627、633、638、646、  
649、651、673、679、681、695、702、706、708、711、716、722、723、735、736、  
751、759、766、776、797、815、826、846、849、857、867、873、880、886、887、  
899、908、909、920、926、944、951、952、953、958、959、960、977、978、983、  
984、987、989、1002、1005、1007、1017、1028、1030、1031、1038、1046、1053、  
1063、1065、1068、1074、1075、1079、1082、1104、1127、1128、1137、1148、  
1182、1196、1198、1200、1203、1217、1229、1247、1250、1251、1304、1311、  
1394、1440、1449 號

明治 36 年第 32、69、88、89、107、118、134、137、169、172、176、220、237、242、  
246、274、285、370、401、416、486、521、623、669、678、729、748、749 號

明治 37 年第 148、203、436、491 號

明治 37 年檢第 890 號

明治 38 年第 204、370 號

明治 41 年第 913 號

明治 42 年第 265 號

明治 43 年 597、806、1452 號

日治台灣「法治」的檢討：從比較法史出發  
〈參考文獻〉

案號未記錄 13 件

