

論台灣社會上習慣的國家法化*

王泰升**

〈摘要〉

台灣當今國家的法律對社會上習慣的規範態度，來自東亞從明治日本於進行法律現代化時，在制定法上即以歐陸式法律規範為主，故社會上的習慣除極少數被納入民法典之外，在國家法上僅能以習慣法以及事實上習慣等兩種身分存在。前揭規範態度及內涵後來傳入清末與民國中國，戰後再從中國回傳至原屬日本殖民地的台灣。習慣雖較難符合現代法所要求的明確性與可預測性，但在社會上仍可能指引人們的行為，故國家法應適度的接納習慣。台灣法學界之所以不關心習慣在國家法上的地位，相當程度是因不知這項議

* 1990年因在西雅圖華盛頓大學法學院唸書而發現台灣法律史研究之美妙時，即對此有初步的問題意識，尤其驚訝於1914年在日本統治下已有本於台灣習慣、參酌歐陸法系民法學所完成的台灣民法草案。很幸運的在20餘年後的2013年重回華大法學院，基於個人多年來與此議題相關的學術累積，運用此地豐富的關於日本、中國、台灣的法學藏書，直接針對習慣的國家法化這項主題進行論述，特別要感謝華大法學院東亞法中心長期的支持我從事學術研究。初稿曾請吳宗謀教授等研究同好過目，並獲得不少寶貴意見。2014年1月27日以「習慣與現代法：以台灣習慣的國家法化為例」為主題，在名城大學法學部舉辦的研討會上發表，感謝與會的谷口昭、松田惠美子等教授的提問及指教。2014年4月23日再發表於臺大基礎法學研究中心主辦的「第八屆基法論壇」，亦感謝與談人陳忠五教授以及與會學者們，惠賜卓見，增益拙文品質。同時也感謝臺大法學論叢匿名審查人的指教，讓全文有再為檢視及補充的機會。

** 國立臺灣大學講座教授、中央研究院臺灣史研究所與法律學研究所合聘研究員。

E-mail: tswang@ntu.edu.tw。

- 投稿日：12/11/2013；接受刊登日：09/29/2014。
- 責任校對：曾子晴、劉晏如、王柏硯。
- DOI:10.6199/NTULJ.2015.44.01.01

題在台灣一百餘年來發展歷程，亦未深刻省思外來的國家及實證法與在地的社會及習慣之間應有的對話。

台灣在日治前期，國家法就台灣人的民商事項及台灣土地關係適用台灣人習慣法，而非日本現代民商法典，但該等習慣法係以歐陸法概念來詮釋台灣漢人社會中的習慣，並以現代的法理念或財產法制為一定的修正。惟無論如何，其展現出一種讓習慣與現代法兩者相容的規範模式。另一方面，日本政權在整個日治時期都不以現代法制統治高山族原住民族，故沒必要將原住民族的習慣詮釋為國家法上習慣法，然理蕃警察因不受限於現代法制通常僅就民事事項容認習慣，反而得以就高山族原住民包括民事、刑事、程序法等事項，均可參酌原住民族習慣而為個案裁斷。日治後期立基於日本國族主義的內地延長政策當道，故為實現「習慣立法」而擬訂的 1914 年台灣民法草案未被採行，日本的現代民商法典大舉施行於台灣，台灣人習慣法可適用的事項已退至僅涉及台灣人的親屬繼承事項及祭祀公業。日治後期的法院在認定台灣人身分事項習慣法時，已相當程度否定了某些源自漢人法律傳統的親屬繼承習慣，但所引進的現代法理念仍較 1914 年台灣民法草案為少，日本民法親屬繼承兩編則因與漢人繼承傳統嚴重衝突而未施行。當時的第一代台灣法律人對習慣的國家法化雖曾表示意見，但無法形成共識進而主導立法。

戰後來台的國民黨政權，基於中國國族主義而立即且全面的施行中華民國法制，包括原為中國所制定的現代民法典，並無特別關照台灣在地社會之習慣的立法。是以在民法上被認為係習慣法者僅祭祀公業派下權一例，被視為事實上習慣而當作是當事人法律行為或意思表示的一部份也只有幾例，但亦有如童養媳係以其他法律關係加以包裝後承認之。尤有甚者，司法實踐上從未見原住民族習慣被視為習慣法或事實上習慣。1990 年代民主化以後的台灣，來自在地社會的國會議員樂於將習慣規範納入法典 / 制定法之內，可謂習慣立法的再興；有民意基礎的立法機關更勇於排斥某些不合時宜的漢人法律傳統，但如祭祀公業派下權仍不敢全然顛覆傳統。且國家法終於「看見」了最弱勢的原住民族習慣，例如關於原住民姓名之排除民法之適用，或在刑罰法規上顧及其習慣而為例外性規定。於今原住民族有機會跳脫東亞從明治

日本以來、以現代法為單一價值來建構國族國家單一的法體系的模式，而擁有奠基於自己法律文化觀的法規範。且上述立足於台灣法律社會史所發現的經驗事實，可運用至對台灣現行法制的法制定（立法論）或法適用（司法論）上。

關鍵詞：習慣、舊慣、民法、財產法、身分法、漢族、原住民族、國族主義

◆ 目 次 ◆

- 壹、緒言：相關概念與議題
 - 一、國家法所稱的習慣法與事實上習慣
 - 二、作為社會規範的習慣
 - 三、從法之追求正義而為提問
- 貳、為殖民統治而以現代法詞彙某程度接納習慣
 - 一、在台灣的漢族習慣
 - 二、原住民族習慣
- 參、基於日本國族主義而排斥習慣立法並壓抑習慣法
 - 一、出自習慣立法的台灣政治共同體第一部民法草案
 - 二、日本國族主義當道的日治後期台灣民事法制
- 肆、在中國國族主義下邊緣化台灣習慣
 - 一、在台灣的漢族習慣
 - 二、原住民族習慣
- 伍、台灣民主化後以立法規範及整頓習慣
 - 一、財產法接納在地習慣與身分法告別法律傳統
 - 二、原住民族習慣的國家法化
 - 三、國家法應與社會中的法對話
- 陸、結論

壹、緒言：相關概念與議題

一、國家法所稱的習慣法與事實上習慣

首先須釐清幾個與習慣相關之名詞的意義。今天在東亞的法律世界所使用的「習慣」(今之日文漢字為「慣習」)一詞,源自日本明治初期擬自西方引進現代法(modern law,日文漢字為「近代法」)時所賦予的意義。明治初期的 1875 年太政官第 103 號布告《裁判事務心得》曾於第 3 條規定:「無成文的法律時,依習慣,無習慣時,便應推察法理而據以審判」,但當時對「習慣」的理解是指從江戶時代以來的審判慣例。不過 1879 年司法行政當局即修正為該「習慣」係指民間的習慣,即民法上所認許之人民向來的慣行,以及官民之間歷來慣行中不違背法理者,明確地界定了習慣乃是存在於民間而非官方,且官方僅適用不違反法理的習慣。此項改變意味著排斥江戶時代的審判慣例,故習慣是指日本的民間的規範,且不違反西方的現代法之「法理」者,國家權威才會適用;司法行政當局即藉此參考西歐法的法理,指示各地法院應如何對個案為審判¹。換言之,在採行現代法的大方針底下,社會(society)上的習慣與國家的法律(以下稱「國家法」,state law)所稱之習慣,成為不同的兩件事,來自社會的習慣須被現代法的「法理」所接受才是國家法上的習慣。明治政府接著為了廢除西方強權的領事裁判權,並引進一套易學的法律解釋適用方法,決定制定出與西歐同樣的法典,而不是將經現代的法理與概念重新詮釋過的前述法律上習慣聚集成日本國的「普通法」(common law,亦可譯為「共通法」)²。

¹ 參見山中永之佑(編)(2002),《新・日本近代法論》,頁218,京都:法律文化社。

² 參見Dan F. Henderson, *Law and Political Modernization in Japan, in POLITICAL DEVELOPMENT IN MODERN JAPAN 432-33* (Robert E. Ward ed., 1968)。1890年代初期在日本任教的美國教授John Henry Wigmore認為現代型法典內的法律制度、規則及原則,在日本的習慣可找到其基礎,其實就是指可以用現代的法理與概念重新詮釋日本江戶時代的法制。參見Kenzo Takayanagi, *John Henry Wigmore, in LAW AND*

其實像 19 世紀初法國民法典在制定時，所採納的除了羅馬法之外，還包括法國自己的習慣規範，而當羅馬法與習慣規範有衝突時，則以當時的個人、自由主義法制觀念為準做選擇³，然明治日本在制定法典時卻相對的十分貶抑自身的習慣。按日本在制定西歐式民法典時，於概念上區分財產法與身分法（日本亦稱「家族法」），且認為總則、物權、債權三編應符合國際，實即西歐的標準，故排斥日本自己的習慣規範；幾乎只在親屬、繼承兩編，將某些經現代的法理與概念重新詮釋的日本習慣轉化成法律條文，成為法典的一部份⁴。這般將社會上的習慣作為制定法律時關於實質規範內涵的參考依據，以下即稱為「習慣立法」。日本在 19 世紀末完成了通稱為「六法」的法典體系之後，國家法的基本態度是，社會上的習慣若是可接受為法規範者，都已被轉化為民法上，特別是親屬繼承兩編上的條文矣，故立法上未被納入條文的習慣，原則上即屬不合時宜或不重要者。

社會上習慣在包括歐陸與英美兩法系的現代法中，只在特定的情形下被國家主權者接納為「法源」。源自西方文明的現代法學，對於法的來源可從哲學、歷史、及國家法上的形式來進行觀察⁵。若從哲學的角度，探究法發生效力而拘束眾人的根源，則法可區分為自然法（*natural law*）與實證法（日文漢字為「實定法」，*positive law*）。基於可超經驗地認識到之具有貫時性與普世性的正義所產生的法，即是自然法，自然法論者認為自然法在規範位階上高於實證法，亦即由國家主權者所人為制定或承認之現實的、實證經驗上具有效力的法，法實證主義者則認為唯有實證法才是法⁶。因本文的討論對

JUSTICE IN TOKUGAWA JAPAN, PART I: INTRODUCTION xx (John H. Wigmore ed., 1969)。

³ 參見 OLIVIA F. ROBINSON, T. D. FERGUS, & WILLIAM M. GORDON, *EUROPEAN LEGAL HISTORY: SOURCES AND INSTITUTIONS* 257-58 (2d ed. 1994)。

⁴ 參見山中永之佑，前揭註 1，頁 216-217。較例外的是，由於在法典論爭中有一派認為應該考量舊慣，故明治民法規定了沒有具體內容的「入會權」。參見山中永之佑，前揭註 1，頁 224。

⁵ 其詳，參見 團藤重光（1988），《現代法學全集（1）：法學入門》，增補版，頁 140-141，東京：筑摩書房。

⁶ 參見 柳澤義男（1977），《實定法の体系と原理》，頁 53-61，東京：八千代。實證法包括國家本於立法、行政、司法等作用所做成的法規範，而後述的制定法則

象為社會上的習慣，為了相對的考察國家的作為，故將實證法稱為「國家法」。若從歷史的角度，探究法之發生或形成的淵源，則前述從日本社會的習慣轉化成法律條文，亦即習慣立法的產物，可稱為「固有法」，以相對於在現代式法典上，將他國社會所產生之法採納為本國法律條文內容的「繼受法」。

尤要者，若從國家法上的形式來觀察法的來源，須先釐清制定法（statute）、習慣法、判例法（case law）等概念，再觀察社會上習慣在國家法上的位置。在此，法被理解為具有普遍適用於一般人（相同案件將相同處理）的規則（rule），法的適用（屬司法或行政之作用）就是以此項規則（具有某構成要件即有某法律效果）作為邏輯三段論法上的「大前提」，再以個案事實已該當此項規則的構成要件作為「小前提」；故以此項規則的法律效果作為「結論」，亦即法律判斷（裁判或行政處分）的結果。由國家立法機關經過一定程序以文字將該等規則書寫下來（「成文」），即是「制定法」，由法院在審理個案時發現原本未被書寫下來（「不成文」）的規則，即是「判例法」，英美法系國家認為此為法源之一，但歐陸法系國家卻不承認之。在歐陸法系底下，因而必須制定法已表示社會上的習慣可以作為上述規則，始能在司法及行政上將其適用於個案，此時其是具有法（規則）之性格的「習慣法」，因其事先未被文字化，故屬「不成文」。由於本文所涉及的國家法均採歐陸法系，故以下僅討論歐陸法系國家的情形，不談英美判例法與習慣的關係。又，倘若屬於制定法的法律條文已將「習慣」當作是構成法（規則）之內涵的一部分，則在進行法的適用時，所準據的是該成文的法（規則），而非上述作為邏輯三段論法上「大前提」的習慣法⁷。以下所論之「習慣法」，係指稱在這項定義下的習慣法，宜先說明。

僅指國家本於立法作用所做成的法規範，故兩者是不同的。不過，有時可發現某些論著似乎將「實定法」與「制定法」混為一談，這也是筆者不再使用「實定法」來翻譯positive law的原因之一。

⁷ 關於歐陸法系國家就法律適用所操作的邏輯三段論法，參見王澤鑑（1999），《法律思維與民法實例》，頁240-243，台北：自刊。法律條文之將「習慣」當作構成法（規則）之內涵的一部分，例如中華民國民法第207條第2項規定：「前項規定，

在此以日本明治時期的國家法，做具體的說明。屬於制定法的《法例》欲規範在可適用的法（規則）不止一個而相互衝突時應準據何者，亦即決定何者為準據法（governing law）。依《法例》第 2 條之規定，以「不違反公共秩序與善良風俗」作為前提，若「依法令規定所承認」或「關於法令中未規定的事項」，「習慣」即「與法律有同一效力」；換言之，該習慣與法律一樣具有法律適用時作為邏輯三段論法上「大前提」的法（規則）的性格，故即前述「習慣法」。與此相對的，日本民法第 92 條所記載的「習慣」，性質上並非法之適用時的法（規則），而是學說上所稱「事實上習慣」⁸。按該民法第 92 條係規定「與無關公共秩序的法令規定相異的習慣」，亦即與「任意規定」相異的習慣，若可認為「法律行為當事人有依該習慣之意思」即依從該習慣；故該條文係關於法律行為應如何解釋之規定，只就與法律行為相關的習慣（不及於其他習慣），僅在當事人有依從意願時，可據以解釋法律行為的內容，且亦在此範圍內可謂習慣優先於任意規定⁹。日本民法第 92 條的言下之意是，其所稱的「習慣」尚未達到「法」的程度，亦即還不是「普遍適用於一般人」，故須法律行為「當事人有依該習慣之意思」始可拘束當事人。戰前日本因而在民法學說上區分「習慣法」與「事實上習慣」。當時曾有學者指出，習慣法不問當事人是否知悉或有依從之意，事實上習慣則須當事人知悉並有依從之意，例外的是日本民法第 526 條第 2 項「交易上習慣」係事實上習慣，但不問當事人意思如何皆適用¹⁰。惟此說僅根據日本的國家

如商業上另有習慣者，不適用之」，即以「應付利息之債務」和「商業上習慣允許利息得滾入原本再生利息」為法（規則）的構成要件，其法律效果為「利息得滾入原本再生利息」，此時法律適用的形式上法源係該民法第 207 條第 2 項的成文規定。

⁸ 日本從 1898 年民法典制定完成之後即採取這般見解，參見梅謙次郎（1908），《民法要義卷之一：總則編》，訂正增補 29 版，頁 204，東京：有斐閣。其後日本學界的通說亦如此，參見大村敦志（2009），《民法講解：總則編》，頁 288，東京：有斐閣。

⁹ 參見大村敦志，前揭註 8，頁 287-289。

¹⁰ 參見三瀨信三（1931），《民法總則提要：上卷》，全訂改版 12 版，頁 274-275，東京：有斐閣。

法而為立論，還不免有例外情形。日本向來的通說係運用「法的確信」這個概念，而認為，習慣法是指在社會上具有「法的確信」，亦即社會一般人確信其如同「法」一樣應被普遍地遵守，事實上習慣則不必有此確信¹¹。然而，該「法的確信」當中的「法」並無明確的準據，故與其說是對「一般人是否具有某種意識」的經驗事實判斷，不如說是對「應否成為法規範」的價值判斷¹²。

上述源自明治日本之國家法對待社會上習慣的態度及用語，大體上延伸至成為日本殖民地的台灣（1895-1945，與殖民母國仍有若干差異，容後詳述），且相當完整地傳入與日治台灣大致上同一時段的清末、民國時代（1911-1949）的中國。首先，1930 年代中國法學界多數學者認為，僅能於私法範圍內以習慣為法源，而公法之範圍內則否¹³，故係沿襲明治日本在現代的國家法中原則上排斥社會上習慣的立場。其次，當時中國的民法學者均認為在國家民事法上只有「習慣法」可作為法源，且所謂的「習慣法」就是習慣（或稱「事實上習慣」）而有法律之效力者¹⁴。當時通說認為習慣法須具備四項要件：（1）須存在著「習慣」（或稱「慣行」），亦即關於同一種類之事務繼續通行於一地方或一團體之準則也；（2）須不違背公序良俗，此為中華民國民法第 2 條所明定；（3）須法律所未規定之事項，按中華民國民法第 1 條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣」；（4）須為國家所承認，此因國家將以強制力執行習慣法¹⁵。上述第一項要件的由來就是認為，習慣法

¹¹ 「法的確信」亦被詮釋為：於就某一定事項發生紛爭時，存在著依據該習慣解決的意識，不過這樣的描述似乎僅僅限於與民事相關的習慣，而不是從全面的法律生活來觀察習慣。參見團藤重光，前揭註 5，頁 160；大村敦志，前揭註 8，頁 289。

¹² 參見大村敦志，前揭註 8，頁 289。於今，大村敦志教授因而質疑區分習慣法與事實上習慣的必要性。

¹³ 參見歐陽綏（1933），《法學通論（上）》，頁 147，上海：會文堂新記書局。

¹⁴ 參見陳瑾昆（1931），《民法通義總則》，頁 10，北平：朝陽學院；余榮昌（1931），《民法要論總則》，頁 26，北平：朝陽學院。陳瑾昆為東京帝大法學士，曾任大理院庭長，時任北平大學法學院教授及北京大學與朝陽學院講師；余榮昌為東京帝大法學士，曾任大理院院長，時任北平大學法學院教授。

¹⁵ 參見陳瑾昆，前揭註 14，頁 11-13；胡長清（1935），《民法總則》，頁 12，上海：商務印書館。胡長清、張正學、曹傑將習慣稱為「慣行」。亦參見張正學、曹傑

中的習慣必須是「訂定權利義務之關係的社會規範」、「基於法律之必要觀念」、「有法之觀念，信其習慣為法而守之」，而「法之意思，亦即一般以其習慣有法律效果而守之」，否則僅是「事實上之習慣」（或稱「事實上之慣例」），例如年節生日婚喪時親友的送禮、旅館或浴堂的小帳等，即「單純之事實」爾¹⁶。本文針對其欠缺「法之觀念」或「法之意思」，而簡潔地稱為「事實上習慣」。

民國中國的法學界因此實沿襲日本學界通說，而在法律概念上認為須有所謂「法的確信」才是習慣法，否則僅是事實上習慣。然而，中華民國立法上的規定與日本不盡相同，日本《法例》中大部分的條文在中華民國法上係規定於有關涉外事件準據法的《涉外民事法律適用法》；且中華民國民法在總則編的第1條僅言「法律所未規定者，依習慣」，以表示習慣法有補充法律的效力，有別於日本《法例》第2條在「關於法令中未規定的事項」之外還有「依法令規定所承認」，但具有留日經驗的中國學者仍提及：「法律另有特別明文，此時則習慣法反有優先成文法之效力」¹⁷。又中華民國民法亦無類似日本民法第92條之規定，但民國中國的法學界還是跟隨日本學說而認為：任意規定本得依意思表示避去適用，而當事人的意思表示即得由事實上習慣來補充或解釋，故事實上習慣得排除任意法規；但倘若法律條文中已明定事實上習慣先於任意規定而適用，則當然依從各該條文之規定¹⁸。

(1938)，《民法總則註釋》，頁31，長沙：商務印書館。

¹⁶ 參見陳瑾昆，前揭註14，頁11；余榮昌，前揭註14，頁26；胡長清，前揭註15，頁12；史尚寬（1936），《民法總則釋義》，頁66-67，上海：會文堂新記書局。史尚寬獲東京帝大法學士後，曾至德國柏林大學學習法律兩年，再轉至法國巴黎大學學習政治經濟，回中國後任教於國立中山大學、國立中央大學、國立政治大學。

¹⁷ 陳瑾昆，前揭註14，頁12。日本於1898年以法律第10號公布施行的《法例》，於第1條規定法律於公布後何時施行，第2條規定習慣的效力，但從第3條起即是規定涉外民事事件的準據法為何，這一部分的規定在中華民國法制上是出現於《涉外民事法律適用法》。亦可以說，中華民國法制上並沒有等同於日本《法例》的法律。

¹⁸ 參見陳瑾昆，前揭註14，頁12；張正學、曹傑，前揭註15，頁32；胡長清，前揭註15，頁13。

前揭民國中國法學界的觀念及用語，於二次大戰後被帶至台灣，而一直存續至當今台灣法學界。按戰後形成的台灣第一代法學者大多數來自民國時代中國，其對 1945 年後成為台灣之國家法的中華民國法上習慣，自然延續 1930 年代中國法學界的見解；居少數之台灣在地曾受日本法學訓練者，也已接受作為源頭的戰前日本法學界關於習慣的論述¹⁹。因此國家法形式上的法源，即是以各個法領域的制定法所組成的「六法體系」²⁰。台灣社會的習慣在國家法上，則幾乎僅能棲身於民事實體法的領域，且在民法上以（1）作為民事事項補充性法源的「習慣法」（依民法第 1 條），以及（2）欠缺法的確信、可補充或解釋當事人意思表示的「事實上習慣」兩種身分出現。在中華民國民法的總則編、債編和物權編內，有少數有關民事財產法之任意規定的條文中明定「另有習慣者，依／從其習慣」，這些「習慣」向來被認為是事實上習慣，而在以該等法律條文作為法之適用上法源的情形下，實際上發生規範作用²¹。

¹⁹ 關於戰後台灣第一代法學者的組成，參見王泰升（2012），〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉，台灣法學會台灣法學史編輯委員會（編），《戰後台灣法學史（上）》，頁32-44，台北：元照。

²⁰ 參見韓忠謨（1977），《法學緒論》，修訂6版，頁23-24，台北：自刊。

²¹ 在2000年代民法物權編修正之前，王澤鑑教授調：「我國民法第一條以外條文所謂之習慣，……僅指交易上之慣行，並不具有習慣法之意義。」參見王澤鑑（1990），《民法實例研習：民法總則》，修訂8版，頁25-28，台北：自刊。亦參見黃茂榮（1982），《民法總則》，修訂2版，頁5-44，台北：自刊；施啟揚（1987），《民法總則》，修訂4版，頁54-57，台北：三民。施啟揚教授前引論著已將民法條文中特別規定「另有習慣者，依／從其習慣」的條號一一列出，包括民法第68條1項、207條2項、314條、372條、429條1項、450條2項、537條、579條、592條、776條、778條、785條3項、790條2款、800條、834條（按：係指2010年修正前之內容）、836條1項、838條、846條（按：涉及永佃權，今已刪除）、915條1項等，且施啟揚教授表示：「此時應優先適用習慣，是為習慣的優先效力」。宜補充說明的是，台灣社會的習慣在國家法上以習慣法或事實上習慣以外的身分，而實際上發揮規範作用，並非不可能，例如考量民法第72條的「公序良俗」、第148條的「誠信原則」，乃至第184條侵權行為的不法意識，可能會將社會上習慣的規範內涵一起納入評價，但其重要性實不及本文所欲討論的習慣立法、習慣法和事實上習慣等運作方式，故予以省略。

二、作為社會規範的習慣

在重新省思國家法對待習慣的態度之時，有必要先從人文社會科學的角度釐清習慣究為何物。作為一種社會規範的習慣，係指社會上一般人認為在某種情況下均應有某種作為，以致該項規則／規範在社會生活中一再反覆出現²²。因此習慣之具有作為一般規範，亦即法的性格，係來自各個族群（ethnic group）或特定地域或行業所形成之社群（community）內成員的共識（consensus），欠缺一定的表現形式或文字化，不同於制定法之不但形諸文字且從法律的公布施行或廢止即知其存在與否。況且社會的共識還具有流動性，亦即今昔可能有別。按習慣規範之所以在社會上形成共識，很可能因特定種族或文化的人們長期以來即是如此作為，亦即該等規範的正當性來自傳統，本文稱此為「法律傳統」（legal traditions）。不過，法律傳統後來也可能受新思潮的衝擊而失去其共識性，例如漢族原本有家產不傳給女兒的法律傳統，但實證調查顯示，當今台灣的漢人社會裡僅剩約 40% 的少數人支持此作法，據此則該法律傳統已非今普遍被接受的習慣。也因此不能將存在於過去的法律傳統直接認定為是今日之習慣，尚須確認今之社會一般人是否仍有受其規範的共識。或許正因社會上習慣之內涵具有不成文性、流動性，故現代法要求作為法律生活之準據的習慣規範，必須經國家司法或行政、甚或立法機關的認定，以追求法的明確性與可預測性。

作為習慣規範的社會共識也可能由來於，曾長期施行某一個已成過去（已失效）的國家法。例如當今台灣的銀行界普遍存在設定「最高限額抵押權」的作法，但這並非台灣漢人或原住民的法律傳統，反而是日本人的法律傳統，然由於 1945 年之前台灣施行日本人帶來的法律制度，故經過在台灣長期的運作已形成了社會共識。交付印鑑以委託他人為自己為法律行為，也是另一個因日治時期長期法律運作而滋生的當今台灣社會習慣²³。惟今已失

²² 自明治日本以來法學界所稱的「事實上習慣」，本質上仍是一種規範，但在法律概念上似乎不認為該等規範已被社會上一般人所共同遵守，故認為其尚欠缺「法的確信」。

²³ 其詳細的說明，參見王泰升（2005），〈台灣民事財產法文化的變遷：以不動產

效之舊國家法的內容，與該等舊的法規範因現今社會一般人仍有應遵守的共識而成為習慣，乃是不容相混淆的兩件事。1960 年代台灣司法行政當局所做成的《臺灣民事習慣調查報告》²⁴，係以日治時期最終審法院的判決例，亦即於今係屬「舊國家法」的內容，或日治時期學術論著對當時習慣法的見解（當時的「無權解釋」），做為認定日治時期關於親屬繼承之習慣的根據，然而習慣具有流動性，故日治時期的習慣並不等於今之習慣²⁵。在又經 50 餘年後的今天，若再以 1960 年代製作的調查報告做為認定今之習慣的依據，則同樣忽略了習慣之可能今昔有別。因此法院於依照法條上「依習慣」的指示，擬確認相關習慣之內涵時，應交代其係如何調查出當今社會上某族群或社群對之仍具有應遵守的共識，絕非引用該份民事習慣調查報告即了事，而司法行政機關也應適時支援法官進行習慣法之認定²⁶。

買賣為例），氏著，《台灣法的世紀變革》，頁354，台北：元照。

²⁴ 該報告就戰後時期的部分，係綜合各法院有關轄區民事習慣報告，及組團實地調查結果而得，而該實地調查是自1966年8月開始，至同年12月為止，故所調查的是存在於1960年代的習慣內涵。參見司法行政部（編）（1969），《臺灣民事習慣調查報告》，凡例，頁1-2，台北：自刊。

²⁵ 該報告就日治時期的部分，係以台灣總督府高等法院之判決例及解釋為主要資料，並參酌日治時期學者的論著等整理而得。參見司法行政部（編），前揭註24，凡例，頁1。現今的台灣法院若是為了適用民法第1條所規定的：「民事，法律無規定者，依習慣」，而引用《臺灣民事習慣調查報告》之內容，則應注意該民法第1條所指稱者係當今的習慣，而非過去的、日治時期的舊國家法之內容。舊國家法的內容只能用以說明，社會上一般人可能因該舊國家法的長期施行，以致在政權移轉後不久，仍對舊時代的習慣法具有所有社會成員均應遵守的共識，而成為當今（新國家法施行期間）的社會上習慣。這應是1960年代所製作的《臺灣民事習慣調查報告》，大量引用日治時期親屬繼承習慣法（舊國家法）的原因吧。至於今之法院應如何看待整個舊國家法（不只依習慣的民事身分法，還包括適用日本民商法的民事財產法，以及民事以外領域的法律）呢？依該民法第1條之規定，既然「法律無規定」，又無這種「習慣」，則應「依法理」，亦即保障既得權益之法理來處理，但也不排除今之法院以今之法庭地公共秩序為由拒絕適用舊法。較詳細的法律論證，參見王泰升（2002），〈論台灣法律史在司法實務上的運用〉，氏著，《台灣法的斷裂與連續》，頁220-222、229、251，台北：元照。

²⁶ 臺灣高等法院於2010年判認泰雅族人搬運倒木之行為係正當時，曾引用行政院原民會對該族所做的習慣調查，這是因為民進黨政府（2000-2008）已開啟對原住民族各族習慣的初步調查。若當今台灣的司法行政機關，嚴肅面對習慣在國家法制

習慣如何透過調查而以文字呈現，乃是相當複雜之事。東亞國家在引進歐陸法系的現代法時，通常會進行習慣調查。日本曾在其本土、沖繩、台灣，以及在中國的關東州、華北、滿洲國等地，調查過社會中各族群(ethnic group)或社群(community)的習慣²⁷。中國在現代民法典的草擬過程，北洋政府曾調查過各省民商事習慣²⁸，於今亦有學者調查中國境內各「少數民族」的習慣²⁹。按國家機關或受其委託而進行習慣調查時，總是基於從事調查的目的而詮釋習慣的內涵，最常見的是為了認定前述國家法上習慣法或事實上習慣，而使用現代法的概念及詞彙來轉譯社會一般人以日常語言形成的習慣。由學者進行習慣調查時，若係法學者，則受國家機關委託者已如前述，縱使出於學術研究目的而為調查者，也經常不自覺地使用其最熟悉的法學概念來描述習慣。至於法學以外的人文社會科學研究者，通常亦從其學科的核心關

上應扮演之角色的議題，即應針對該《臺灣民事習慣調查報告》中所述關於在台漢人的習慣，再次進行實證調查，並一併納入前揭報告書中所未提及的原住民族習慣，以做出當代版的台灣習慣調查報告。

²⁷ 參見中生勝美(2000)，〈ドイツ比較法學派と台湾旧慣調査〉，宮良高弘、森謙二(編)，《歴史と民族における結婚と家族：江守五夫先生古稀紀念論文集一》，頁373-400，東京：第一書房；福島正夫(1995)，〈岡松參太郎博士の台湾旧慣調査と、華北農村慣行調査における末弘徹太郎博士〉，戒能通厚(編)，《福島正夫著作集(第6卷：比較法)》，頁389-424，東京：勁草書房。值得注意的是，滿洲國雖然是戰前日本帝國扶植的傀儡政權，但其在法秩序設定為係一個多種族的國家，亦即除了日本人、朝鮮人之外，還有滿洲人、漢人、蒙古人、回族人、白俄羅斯人，故為了起草滿洲國關於親屬繼承的法典，從1939年開始調查滿、漢、蒙、回、白俄各族群在親屬繼承方面的習慣，最後於1945年7月1日制定公布滿洲親屬繼承法，不過滿洲國旋即滅亡。純然就習慣與國家法兩者應如何互動來看，滿洲親屬繼承法可以說是戰前日本法學界從明治初期起，在累積數次經驗之後的最後成品；若將其與本文後述針對台灣所擬定的1914年《臺灣親族相續令》草案相比較，也是一個饒富趣味的議題。參見千種達夫(1964)，《滿洲家族制度の慣習》，頁8-17，東京：一粒社。

²⁸ 北京政府司法部修訂法律館及各省司法機關，曾分別就「民律總則習慣」、「物權習慣」、「債權習慣」、「親屬繼承習慣」等蒐羅各省「民商習慣」，並於1930年出版其調查報告。參見司法行政部(編)(1969)，《中國民商事習慣調查報告錄》，凡例，台北：進學書局。

²⁹ 例如參見高其才(編)(2010)，《當代中國少數民族習慣法》，北京：法律出版社。

懷來設定議題、使用其學科的專門詞彙來詮釋習慣的內涵。這種現象使得同一個族群或社群的習慣，在不同調查者、不同年代所書寫的報告中，可能有相異的文字呈現。本文擬探究的是國家法應有怎樣的內涵，自然較關心習慣之與現代法相關的面向，但是基於法與社會（law and society）的研究取徑，將不以使用法學概念或詞彙為限。

三、從法之追求正義而為提問

作為提問的出發點是，某特定習慣的規範效力，可能在社會上仍存在，但國家機關不予承認。按現代主權國家獨占法的制定、承認與執行之權威，故倘若國家不在司法或行政上透過習慣法或事實上習慣之概念而承認習慣之規範效力，也不在立法上依習慣立法的方式將習慣內涵制定成法律條文，則習慣將在得不到國家強制力奧援的情形下，續存於社會（各族群或社群）中。這些不被國家祝福的習慣，對社會成員的行為實具有一定的指引力，故若從不以國家作為唯一之法的來源的「法律複數主義」（legal pluralism）觀點，仍可謂是「法」，然而其只能仰仗受規範的社會一般人自發地遵守，或靠非國家機關（甚或黑社會組織）來執行，故僅屬「民間」的活動，而可在學說上稱「民間法」（unofficial law）³⁰。對此雖亦有學者以「習慣法」稱之³¹，但為了避免與前述國家法中的習慣法概念相混淆，而不採取該稱呼。

³⁰ 參見王泰升（2012），《台灣法律史概論》，修訂4版，頁107，台北：元照。中國學者謝暉亦採取「民間法」的稱呼，並以此為名推動一系列書籍的出版，例如參見張曉萍（2010），《論民間法的司法運用》，頁3-24，北京：中國政法大學出版社。

³¹ 參見高其才，《中國習慣法論》（2008），修訂2版，頁1-5，北京：中國法制出版社。另有採取「民間法」之用語者，認為民間法不僅可能是自然演進的結果，還可能是跟制定法一樣屬於「理性建構」的產物，故性質上屬自然演進的習慣法只是民間法的一部份，參見張曉萍，前揭註30，頁17-18。不過筆者認為制定法的概念，所著重的是法係出於（權力分立制度下）立法機關的制定，而非所謂「理性建構」的性格，從而也不認為民間法與制定法一樣具有這項性格。是以「民間法」與「習慣法」兩個語彙，差別只在前者較凸顯其權威性來自民間，而非國家，後者則較凸顯其權威性來自社會共識，所指稱者是一樣的，可擇一使用。

在現代型國家已深入控制社會生活的今天，民間法不免逐漸褪色，雖然有關親屬繼承事項的民間法往往仍十分頑強的存在。於今面對這樣的「實然」，宜從國家是為人民而存在之「應然」的高度，追問國家是基於什麼理由而排斥這些由來於傳統或過去法制的社會上規範？倘若國家法是一套，社會又存在另一套「法」，則一般人民無所適從，甚至社會上強者可能擇優者遵從，令弱者徒呼奈何，則人間豈有公平可言？但也不宜僅僅在形式上強調社會所有成員均應置於同一國家法秩序底下，而應以「實質法治國」的理念檢視國家法的內涵。蓋「以法統治」(rule of law) 的理念之所以值得嚮往，就是因為這個「法」本身已顧及所有社會上屬於各族群或社群的每一個人的需要，故「以法」等於「以正義」治國。若僅在意形式法治主義，不顧及該「法」本身之是否具備正當性，則可能反而是將各種壓迫關係予以合法化，讓國家暴力更徹底的壓制人民；這樣的「法治」對人民的幸福而言不具有意義，只圖方便統治階層爾。總之，當民間法與國家法相衝突時，其可能應被消滅，也可能應被接納，且應由人民做這項抉擇。

為了對上述問題進行反思，須先檢視從 19 世紀後期西方的現代法體制及概念被引進東亞，以及緊接著於 19 世紀末傳入台灣之後，究竟現代型國家的法在面對台灣社會的習慣時，是基於什麼樣的考量而決定排斥或接納？僅是過渡性的採納，還是永遠性融入？被國家法所規範的台灣社會內屬於漢族或原住民族的一般人民，在決策過程能否或有怎樣程度的決定權力？在經過法律史的考察而獲知相關的法經驗事實之後，將進一步以當今應採取的法理念為價值選擇上基準，提出在法制定 / 立法論、或法適用 / 司法論上，應有的規範方向或內涵。

貳、為殖民統治而以現代法詞彙某程度接納習慣

一、在台灣的漢族習慣

1895 年日本領有台灣之初即遭遇在地人武力反抗，故了解到在地人與日本人確實在種族文化上有別，故在擬定統治政策時，係將台灣視為西方人所稱的「殖民地」³²，而非如琉球般當作日本內地的一個縣。日本統治當局因而是以「被殖民民族的舊慣」，來定位當時法律上稱「本島人」的台灣漢人（社會上逐漸稱為「台灣人」，除了屬漢族的福佬人及客家人外，還有屬南島民族但被漢化的平埔族人）的習慣。於是，當日本現代民法典於 1898 年 7 月 16 日生效時，在台灣係依種族別而限縮其可適用的範圍，僅於民商事法律關係中有一方當事人是日本人（當時法律上稱「內地人」）時才依用日本現代式民商法典。由於日本人在台人數很少，故絕大多數是屬於台灣人之間的民商事法律關係，而在台灣地域具有與帝國議會法律同等效力的律令，則對此明文規定為「依舊慣」。甚至在台灣只要是涉及「土地的權利」，縱令當事人為日本人，律令也規定須「依舊慣」。前揭規定在殖民地台灣，一直施行到 1922 年 12 月 31 日為止³³。

³² 「殖民地」的概念源自西方文明，就如西班牙和葡萄牙在中南美洲的殖民地，或英國和法國在北美洲的殖民地，其係一個政治單元，而在政治、經濟上從屬於殖民母國的控制，但亦有機會擺脫母國而成為在國際法上主權獨立國家。因殖民地有自成一個政治單元的特性，且此一概念於 19 世紀傳入東亞時經常伴隨著白人剝削亞非殖民地人民的負面形象，故日本帝國在正式的法律制度上從不稱台灣為「殖民地」，而是稱「新附領土」或「外地」。

³³ 亦即就民商事事項，採取不同族群適用不同法律的「複數法制」原則，日本人依現代民商法典，台灣人依舊慣。按 1898 年律令第 8 號第 1 條規定：「關於民事商事……事項」，依「民法商法……民事訴訟法」，然同條但書規定「本島人及清國人以外即無關係人之有關民事及商事事項，除有特別規定外，依現行之例」，而所謂「現行之例」即指 1895 年時頒佈之日令（軍令）所規定的準據「慣例及法理」。同日公布的律令第 9 號第 1 條又規定：「關於土地的權利，暫時不依民法第二編物權的規定，而依舊慣。」1908 年 8 月間再以律令發布《台灣民事令》，重申斯旨而明確規定：「僅涉及本島人及清國人之間的民事」，除極少數例外，「不依民法、商法及其附屬法律，而依舊慣」。關於律令制度及這些律令的所有內容，參見王泰升，前揭註 30，頁 130、278。

在日本帝國之殖民地的定位下，台灣人的習慣規範成為「特別法制」的一部分。前述台灣人的民商事項不依日本現代民商法而易以台灣人習慣來規範，實參酌西方強權在亞非的殖民地法制經常依當地人習慣處理其民商事項，且不無安撫作為武裝抗日主力的台灣人地主階層之意。按同樣參照西方殖民強權的作法，與國家統治權之行使關係最密切的公法、刑法、訴訟法等領域，在台灣殖民地則跟從全帝國而施行日本的現代意義法制，而非依台灣人的習慣，回歸明治國家法排斥在地社會習慣的基本態度。不過日本統治當局還是出於自利的動機，將某些台灣漢人傳統轉化為國家法制一部分。例如 1898 年制定、1945 年廢止之要求須為保甲內他人之犯罪行為負連坐責任的《保甲條例》，1904 年制定、1921 年廢止之實施鞭刑的《罰金及笞刑處分例》。1904 年時又為了節省司法經費，不顧現代法上行政司法分立原則，將舊時代傳統中國地方衙門處理笞杖及戶婚田土錢債事務的作法，以現代法制的組織架構，改造為警察機關的犯罪即決、地方政府的民事爭訟調停等制度，並沿用至日治結束³⁴。上述四項法制在條文中並無出現「舊慣」或「習慣」的字眼，但仍係將習慣內涵制定法化的「習慣立法」之例；殖民地政府竟藉此類習慣立法來降低統治成本，阻礙現代性的傳播，尤其值得留意。

但由於整個殖民地台灣的憲政及法律制度，原則上已跟隨日本而採行現代法及其法概念，故前揭民商事立法上「依舊慣」之規定，有賴法院或行政機關經由法律解釋，而適用於民事訴訟程序上或土地調查等行政作業上的個案。詳言之，由於立法機關已指示僅涉及台灣人的民商事項須「依舊慣」，故處理個案的司法或行政機關在「依法裁判」或「依法行政」的憲政原則下，必須認定什麼是「舊慣」，亦即台灣人社會中，在舊時代（清治時期）即有，且至日治時期為裁判或行政處分時，仍可認為係所有社會成員均應遵守、具有普遍適用性的規則（法規範）³⁵。進而如前所述的，以該規則作為「法的

³⁴ 較詳細的論述，參見王泰升（1999），《台灣日治時期的法律改革》，頁92-102、111，台北：聯經；王泰升，前揭註30，頁66-68、213-216。

³⁵ 日治前期主導整個「舊慣法學」的岡松參太郎認為，「舊慣」即是舊政府時代所施行之法律。其不僅表現於不成文的習慣規範，亦被記載於如大清律例等官府成文規定上，惟清治台灣漢人社會裡被普遍遵行、卻違反清朝官府成文規定的習慣

適用」之邏輯三段論法上的「大前提」；再認定個案中的事實確已該當此一規則的構成要件，以作為「小前提」；最後以此一規則的法律效果作為「結論」，亦即法律判斷（裁判或行政處分）的結果。這些舊時即有、於今仍具一般規範效力的規則，就是現代法學所稱的「習慣法」。按日本帝國議會所制定的《法例》，業經敕令指定在台灣自 1898 年 7 月 16 日起與日本內地同步生效³⁶，其第 2 條規定「依法令規定所承認」的習慣「與法律有同一效力」，亦即可準據該習慣法，而前揭律令所載的「依舊慣」就是《法例》第 2 條所稱的「依法令規定」。換言之，經由上述的制定法及國家機關的法律適用程序，在台漢人族群的某些社會上習慣，因被認係「訂定權利義務之關係的社會規範」且具有「法的確信」，而以「習慣法」之姿被接納為國家民事法上之「間接法源」（按直接法源是律令上「依舊慣」之規定），並將由現代型國家以強制力確保該習慣規範中的規則被貫徹執行，這是像清朝這種非現代型國家所未能提供的保障³⁷，亦係現代化的結果之一。

從結果上而言，如前所述，明治初期在日本內地為儘速引進西式法典，而不採取將日本人習慣法聚集成日本國「普通法」體系的規範模式；在殖民地台灣卻讓台灣人習慣法，在民事法上由法院建構一個類似「普通法」（common law）的體系（參見後述）。不過，在刑事、程序法、行政法等方面，台灣人的習慣原則上並不被國家法所承認。

仍屬「舊慣」。參見岡松參太郎（1903），〈臺灣現時的法律〉，《臺灣慣習記事》，3卷1號，頁7-9。

³⁶ 依日治時期台灣的憲政體制，日本帝國議會所制定的法律須經敕令指定其施行於台灣，該法律在台灣始發生效力；《法例》於1898年6月21日以法律第10號公布、同年7月16日施行，並經1898年敕令第161號指定該法自1898年7月16日起施行於台灣。參見王泰升，前揭註30，頁130；拓務大臣官房文書課（1941），《內地法令對照表》，頁1，東京：自刊。

³⁷ 於清朝統治時期，如大清律例等官府成文規定內，雖對於今被歸類為「民事」之戶婚田土錢債事項，已做了某程度的規範，但地方的父母官在處理個案時可能遵從之，亦可能不遵從轉而以當地習慣作為判斷準據。而某一民間習慣，縱令在某案中被做成裁斷的地方官或進行調處的公親所採取，也不保證其在以後相似的案件中亦可獲得地方官或公親的援用。這是一種與現代法相異的法律生活方式。參見王泰升，前揭註30，頁47-49、69-73。

這些稱為「舊慣」的規則（法規範）被視為已「事先」存在於社會中，只是未被書寫下來（即「未成文」），故只能靠行政機關或憲政上有法律最終解釋權的法院，在處理或審理個案時「發現」之。這項認定舊慣上規則的工作，對於才繼受歐陸法學不久、又無台灣漢人生活經驗的日本人行政或司法官員而言，實難上加難。若各個案件認定不一，引發民怨，恐將衝擊殖民統治的安定性。1899年12月，兒玉源太郎總督與後藤新平民政長官邀請了擁有留學德國經驗之任教京都大學的岡松參太郎教授，來台灣進行舊慣調查事業，並主持1901年成立的臨時臺灣舊慣調查會，該會最後出版著名的《臺灣私法》6冊及《臺灣私法附錄參考書》7冊³⁸。這項調查係根據歐陸法的法律概念以及已歐陸法化的日本民法上的分類，來詮釋台灣人「舊慣」上規則是什麼³⁹，以便於行政及司法上，將「舊慣」中具有普遍適用性的規則適用於個案事實以做出該案的法律判斷，或在民商事立法上，將從「舊慣」中所發現的一般性規範予以成文法化／制定法化，亦即當時所稱的「舊慣立法」。

被日本國家機關認定為是「舊慣」而成為習慣法者，不一定與台灣人真實的習慣相吻合。按清治時期對於現代法所稱的「民事事項」，在大清律例等官府成文規定中雖有若干規範但並不完備，且清治時期漢人移民或因福佬人、客家人之別，或因移居至台灣哪一個地域，而有不相一致的習慣。日本當局面對各族群或台灣各地相異的習慣，為圖方便或刻意追求一致性，不免以取大同捨小異的方式，整理出將普遍適用於全台灣、具有法的意義的一般

³⁸ 參見山根幸夫（1976），〈臨時台灣旧慣調査会の成果〉，氏著，《論集近代中国と日本》，頁80，東京：山川；鄭政誠（2005），《臺灣大調查：臨時臺灣舊慣調査會之研究》，頁87，台北：博揚。

³⁹ 《臺灣私法》的編排體例區分為不動產、人事、動產、商事及債權四編，雖與日本的歐陸式民、商法典有別，但兩者大同小異，均是本於德國的概念法學而為體系化的結果。又例如《臺灣私法》將舊慣上「贖」之關係，依借用目的之不同，區分為「贖佃」、「贖地基」、以及「贖地」，很可能就是受到日本歐陸式民法典上「永小作權」、「地上權」、以及「賃貸借」之分類影響。參見王泰升（2012），〈殖民現代性法學：日本殖民統治下台灣現代法學知識的發展（1895-1945）〉，《政大法學評論》，130期，頁209。

性規範。例如關於大小租關係的習慣，臨時臺灣舊慣調查會坦承台灣南北有別，在南部有許多大租戶係自備工本開墾而被認為是實質掌控土地的業主，然而作為國家有權機關的土地調查局卻南北一律地認定小租戶均為「業主」，大租戶則僅能向小租戶收取大租額⁴⁰。且臨時臺灣舊慣調查會在報告書中所認定的「舊慣」，與對民事法律擁有最終解釋權的法院所承認的習慣法，在內涵上也不全然一致。例如舊慣調查報告明明表示，合股股東僅依股份比例對合股債務負「無限責任」，且這項描述似乎較接近漢人的法律傳統；然而在國家的習慣法上，臺灣總督府法院卻「依舊慣」，判認此時應負「連帶責任」，尤以屬商事合股者為然。又，法院若認為某項舊慣違反國家的公序良俗，就不承認其法律效力，亦即國家拒絕以強制力支持這項習慣，此時該舊慣，縱令為舊慣調查會報告所承認，仍不屬於國家法 / 習慣法的一部份。雖說法院所認定的民事習慣法與台灣人真實習慣不盡相同，但比起立刻全面適用來自西方法律文明的日本現代民商法，日治初期的台灣人能避免旦夕間承受巨大衝擊⁴¹。

惟在現代的權利制度下，一旦社會上的習慣被國家認定為習慣法，則身為「權利人」者即得藉助於法院制度來確保其利益之獲得。按在已現代化的日本帝國法制裡，「權利」是指法律為使特定人享有一定的利益，所賦予該特定人可透過法律上之制度，得以貫徹實施之力或地位。有「權利」之人對於被保障的該項利益，可自主地決定負有「義務」之人應在怎樣的範圍內實現該利益，包括請求法院命令該義務人履行。法院一旦確認該權利存在，即須依權利人所請求利益之範圍命義務人給付，不得任意增減該等利益，除非法律另有規定；例如法院不得任意判決債務人僅需給付債權人所請求債額的半數即可。前述舊慣調查事業即從台灣人有關民事事項的習慣，闡釋出其中所存在的一般性規範（規則），指出在何種要件下某特定人對另一特定人擁有某種權利，以建構一個以各種權利及義務為內涵的民事法制度，例如小租

⁴⁰ 參見臨時臺灣舊慣調查會（編）（1909），《臺灣私法（第一卷，上）》，頁280-289，台北：自刊。

⁴¹ 參見王泰升，前揭註30，頁280。

戶擁有「業主權」，對現耕佃人有租金請求權，而大租戶則擁有得向小租戶請求租金的「大租權」。相較於清治時期法制，此較為明確、具可預測性，且較尊重人民的決定，不過現實上的確較有利於社會中的地主階層或有資產者⁴²。

另一方面，足以賦予權利的習慣法，也可能被國家的制定法所修改，以使其規範內涵向現代法制靠攏。例如，1900年律令第二號規定：「土地借貸之期間，貸貸借不得超過二十年，其他者不得超過一百年。如所訂期間長於前項期間，縮短為前項期間。」此一律令對於規定「依舊慣」的律令，基於「特別法優先於普通法」而在法條競合底下被適用。原本在習慣法上無期間限制的地基權、永佃權、地的役權等權利，即因之期間不得超過一百年，習慣法上佃權之存續期間也因而不得超過二十年。尤有甚者，1903年以律令規定，不得再設定習慣法上的大租權或增加租額；1904年再以律令完全廢除大租戶所擁有的大租權，以使一塊土地上僅由小租戶擁有不附任何民事法上負擔的業主權，實現歐陸式日本法上一物一權主義。又1905年以律令制定的《臺灣土地登記規則》第1條規定，就土地台帳已登錄地之業主權、胎權、典權、贖耕權的得喪變更，非經登記不生效力，迥異於原在習慣法上的一旦意思合致即生效。該律令第2條進一步規定已登記之胎權，就供債務擔保之土地，得優先於其他債權人而受自己債權之清償，日本「競賣法中……關於抵當權之規定，準用於胎權」，亦即將歐陸式日本民法中抵押權人之擁有得聲請拍賣抵押物以優先受償的權利，賦予原在習慣法上無此權利內涵的胎權人；同樣的，已登記的習慣法上典權得準用競賣法中關於質權之規定，就供債務擔保之土地為變價後優先受償，也已被改造為類似歐陸式民法的質權⁴³。

⁴² 其詳，參見王泰升，前揭註34，頁306-310。

⁴³ 參見王泰升，前揭註34，頁328-332。

二、原住民族習慣

上述以現代法改造社會上習慣的歷程，並未發生在日治下高山族原住民族身上，因為其被排除於適用現代法之外。日本治台初期即在法律論述上認為，對於直到日本政權到來方被外族統治之被漢人與清朝稱為「生番」、被日本政權稱為「蕃人」或後來稱「高砂族」的高山族原住民族，根本不必依現代法統治之⁴⁴。因此，依明治憲政體制須以制定法位階的規範來規制民事刑事等「法律保留事項」的要求，並未延伸至有關高山族原住民族的法律事務⁴⁵。是以日治時期國家法中，沒有相當於藉以規範台灣漢人的《臺灣民事令》一類的律令來規範高山族原住民的民商事事項，就高山族原住民族的民事、刑事、程序法等事項，均由理蕃警察依其行政裁量權力而為處置⁴⁶。只有非住蕃地而是居住於普通行政區內的高山族原住民，才有機會因使用民事法院，或因刑事案件遭檢察官起訴、刑事法院判刑，而接觸現代法⁴⁷。

正因為制定法上欠缺類似「依舊慣」的規定，高山族原住民族的習慣並未成為國家法上被賦予權利的習慣法。由於在行政或司法上不必找出「習慣法」以適用於個案，故日本統治當局雖然也調查高山族原住民族的習慣，但不像對在台漢人習慣般汲汲營營於探詢普遍被遵守可作為一般規範的規則，而是更全面的探究原住民族的生活習俗及慣行（事實上習慣）⁴⁸，以供國家權威採取各種統治措施時的參考。但特別值得注意的，日治時期國家不將原

⁴⁴ 其詳，參見王泰升（2011），〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心〉，《臺大法學論叢》，40卷1期，頁24-47。

⁴⁵ 在日治時期國家法中，屬於制定法位階的法律規範，都只用以規範日本人、台灣人等，而非高山族原住民。例如台灣總督府以律令規定「非蕃人」不論以何種名義，均不得占有以及為其他權利之目的使用蕃地，除非依特別規定經總督許可。參見王泰升，前揭註30，頁180。

⁴⁶ 從1903年之後，就將「蕃人蕃地」確立為警察系統專責事務。凡屬蕃人，不論居住於蕃地或普通行政區，均受到理蕃警察的特別統治。參見王泰升，前揭註30，頁49-50。

⁴⁷ 參見王泰升，前揭註30，頁50-52。

⁴⁸ 參見王泰升，前揭註39，頁216-218。由於對高山族原住民族沒有「法律保留原則」之適用，故可依照不具法的意義的事實上習慣來處理其法律事務。

住民社會固有規範視為「習慣法」的結果卻是，只要這些原住民族的「事實上習慣」在國家施政過程被採納，則不僅就民事事項，還包括就刑事、訴訟法、行政法等諸事項，都容許原住民社會上習慣在一定程度內發揮其實質的規範力量⁴⁹。

換言之，日治時期在國家的「施捨」下，原住民族的習慣經常成為國家機關裁斷高山族原住民個案時的參考基準之一。按理蕃警察所為的個案裁斷中，於哪些情形下係準據原住民族習慣，並沒有一定的規則可循。在此僅就事關重大的殺人行為，舉例說明理蕃警察可能在怎樣的範圍內採用原住民族習慣規範而為裁斷。就單純的殺人行為，若加害人與被害人屬於同一社，警察大多協調雙方依循社內的習慣來解決，且遵從禁止社內之人互殺的禁忌。但若殺人行為發生於異社之間，警察經常依習慣處理但有所修正，例如不接受以原住民族習慣中的「林野間獨居數年」作為制裁，但樂於接受其習慣中「贖財」的制裁方式，只不過可能將財物換為金錢，或許因其較接近現代刑法中的罰金吧。在少數已引發兩社間仇敵關係的案例裡，警察將加害人移送法院依現代法處理，此時原住民族習慣即全無發揮餘地。如果該殺人行為，是基於原住民族習慣所認可的復仇或出草，此時警察拒絕依習慣而認為其係正當，故仍然加以處罰，且經常是混合著習慣上與現代式的刑罰，例如要求

⁴⁹ 日本於甫領台的1897年，曾提出擬排除原住民社會固有制裁方式，而強力導入現代型國家法的「生蕃刑罰令」草案，但終因唯恐引發原住民族武力反抗而未施行。1906年3月間關於「蕃人犯罪事件處理之件」的通牒，確定了高山族原住民族一切刑事、民事案件「依行政處分」之原則，並認為由於高山族原住民社會有其舊慣，故運用行政上的處分來做適度的斟酌，乃是相當有效而適切的方針。此亦意謂著國家對其習慣僅是有條件的接受，例如台東廳於1908年制訂「蕃人懲罰內則及施行手續之件」時曾謂：過去「多數時候基於蕃社內習慣制裁」，但爾後將「以官方干涉來判定其善惡與施加相當的制裁」。惟1922年時日本統治當局猶表示，高山族原住民儘管被劃入普通行政區域內，仍暫時不適用包括一般刑法在內的「一般法令」；換言之，與刑法相抵觸的原住民族習慣還是可以被援用。直到1945年，台灣總督府方表示十年後將結束理蕃行政，並適用一般法律，可見日治結束時尚未如此做。惟同時應注意的是，不論是理蕃警察參酌高山族原住民族習慣所為的臨機處分，或高山族原住民族各部落根據被轉化成「社內規約」的傳統規範所為的處置，在內涵上都某程度具有現代法要素了。參見王泰升，前揭註44，頁31-31、39、52、55-63、67-71。

給付撫慰金給被害人遺族並拘禁該加害人。再者，若案件發生於高山族原住民與稱為「本島人」的漢人及平埔族人之間、以及與日本人之間，當加害人是高山族原住民、被害人為本島人或日本人時，因顧及該被害人的感受，通常並不準據高山族原住民族習慣而為制裁；當加害人是本島人或日本人時，原本應依日本刑法處罰該加害人，卻經常因被害人是高山族原住民而準據其習慣來解決，例如令本島人或日本人的加害者交付幾百圓與豬、酒等予被害人家屬，此相當接近原住民族習慣上的制裁方式⁵⁰。既然與國家統治權威關係最密切的刑事制裁都能援引習慣，則高山族原住民的民事事項更有習慣規範發揮的空間，例如就阿美族人與本島人因婚姻所生之子女，國家戶政機關係根據阿美族的習慣，依母系定其身分⁵¹。

參、基於日本國族主義而排斥習慣立法並壓抑 習慣法

一、出自習慣立法的台灣政治共同體第一部民法草案

法條上所稱的「舊慣」，經法院詮釋為習慣法，再經個別制定法的改造，其實已是現代法下「新」的產物。其內涵還可直接形成法律條文，亦即進行「習慣立法」，使得法之正當性的基礎不再是如習慣法般的社會共識，而是國家的立法上作為，並可具前瞻性的主動納入包括外國法在內各式各樣的法規範，而不像習慣法僅能就法院已受理的案件被動地表示法的內涵。況且日本所採行的歐陸法系現代法，為了強調法的明確性、可預測性，向來是以成文法典作為民事法源，不採不成文的「普通法」體系。因此，岡松參太郎主導的臨時臺灣舊慣調查會第三部立法部，依循舊慣調查事業既定之從「習慣法」到「習慣立法」的方向，自 1909 年起著手進行最終的制定法化或法典

⁵⁰ 參見蔡桓文(2007)，《國家法與原住民族習慣規範之衝突與解決》，頁154-164，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

⁵¹ 參見王泰升，前揭註30，頁304。

化〔按：強調其之具有完整的概念體系即可稱「法典」〕的工作。至 1914 年止，其完成了包括《臺灣民事令》、《臺灣親族相續令》、《臺灣親族相續施行令》、《臺灣不動產登記令》、《臺灣競賣令》、《臺灣非訟事件手續令》、《臺灣人事訴訟手續令》、《臺灣祭祀公業令》、《臺灣合股令》等律令草案。在草案中雖宣稱這些法規源自台灣人向來的習慣，但各條文經常記明「參照」日本、德國、法國、瑞士、甚或英國，故其實已納入歐陸法學及西方國家相關的立法例，此外也承襲臺灣總督府法院及特別民法自始即對原有習慣刻意的改造⁵²。這些結合司法機關所形塑的台灣人習慣法與歐陸日本等國現代型民法，以規範台灣各種民事事項的法典草案，可總稱為「1914 年台灣民法草案」。若其能完成立法程序且施行，等於是直接以具有台灣人習慣之內涵的成文法條，作為法律適用時邏輯三段論法上的「大前提」，亦即在現代的法制架構下，參酌在地社會法律觀念所制定的國家法律全面地規範一般人的法律生活，乃是國家法與民間法彼此尊重、融為一體的重要成就，雖說仍欠缺台灣人觀點的參與⁵³。

作為學者的岡松參太郎自認為透過習慣立法的模式，已提出一部符合當時台灣人民（包含台灣人及在台日本人，但未納入高山族原住民）需要的民法典，此舉尚可提供給當初（19 世紀末）忽略日本人習慣的日本民法典當作參考⁵⁴。然而，當時殖民地台灣所為的舊慣立法有其更深層的政治意涵。倘若在自為一個政治單元（殖民地）的台灣，施行上揭與日本內地不同的

⁵² 關於這些民事法典草案的重要內容及其詮釋，因另文已述，在此不再重覆，請參見王泰升（2010），《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》，頁176-194，台北：自刊。

⁵³ 此一1914年台灣民法草案當中所認為的「台灣人舊慣」，不論是漢族的法律傳統或清治時期的法律措施，都是從日本人的眼光來加以詮釋，可謂是「他族的觀察」，台灣人自身無從發聲。又，日本人學者或法制官僚所草擬的法典，主要是以日本民商法典，來作為「超前立法」的主要依據，日本法已被推定為是較佳選擇，若從台灣人的立場，日本法僅是眾多選項之一，不當然具有優先性。不過回到1914年當時的歷史現場，根本不存在這種台灣主體思考的法學內涵，日治時期的「台灣法學」須至1920年代始萌芽且一直很微弱。參見王泰升，前揭註39，頁232-234。

⁵⁴ 參見王泰升，前揭註52，頁197。

1914 年台灣民法草案，等於是宣告台灣人與日本人在法律上的差異性被固定化且制度化。此將不利於文化上及認同上將台灣人轉變為日本人的整個國族國家建構工程，反而有利於台灣他日成為自治殖民地甚至獨立國家。因此臺灣總督府雖 1914 年就將關於上述法典草案(律令案)送至在東京的內閣，希望獲得天皇「敕裁」以公布施行，但業已不採兒玉、後藤時代「舊慣溫存」統治策略的內閣卻一直置之不理。待 1919 年日本帝國確立了「內地延長」的殖民地統治政策之後，台灣民事法制現代化的方向，已然朝著施行日本的，而非台灣自己的民商法典前進⁵⁵。

二、日本國族主義當道的日治後期台灣民事法制

日本現代民商法典本來就是日本國族國家建構工程下的產物，如今更為了將台灣人同化為日本人而延長其效力至台灣，其當然將社會中習慣可施展的空間壓縮到最小。由於自 1923 年 1 月 1 日起的日治後期，台灣人的民事財產法事項均適用日本繼受自西歐的現代民商法典，故日治前期與財產法事項相關的習慣法此後皆已失效，過去的舊慣上的權利均被轉換成現代法上相對應的各種權利。例如，台灣民事習慣法上典權轉換為日本歐陸式民法上不動產質權，習慣法上胎權轉換為日本民法上抵當權等等⁵⁶。在日治後期的制定法上⁵⁷，僅就台灣人的親屬繼承事項或祭祀公業，明定其「依習慣」，連用語都避免再與「舊」時代扯上關係⁵⁸，以讓在台灣的現代法院確認現今社會還有哪些習慣存在，並根據國家的價值觀審查其能否被接納為習慣法。總之，原本在日治前期的國家法中，就只剩下民事實體法方面，法規範的實質內涵主要是來自在地社會一般人的法律觀；而 1923 年之後，則再進一步限

⁵⁵ 關於內地延長政策的由來及其對法制的影響，參見王泰升，前揭註 34，頁 107-111。

⁵⁶ 其詳，參見王泰升，前揭註 30，頁 282-284、291-293。

⁵⁷ 在此所謂「制定法」是指 1922 年勅令第 407 號第 5、15 條所規定之台灣人親屬繼承、祭祀公業「依習慣」，該勅令經 1921 年法律第 3 號（俗稱「法三號」）的授權，就施行於台灣的法律（例如日本民法）得設特例，故關於此等特例之條文，具有與立法機關所通過的法律同一之效力。參見王泰升，前揭註 30，頁 130、282。

⁵⁸ 參見王泰升，前揭註 52，頁 205。

縮到幾乎只剩民事身分法的實質內涵有可能來自在地社會，其餘都是外來的現代法。

由於對台灣人親屬繼承事項，國家法採習慣法模式，故臺灣總督府法院的態度將決定還有多少台灣漢人的法律傳統能被國家法所接納，或者已有多少來自西方的現代法被認為社會對之已具有應普遍遵守的共識，而以當今習慣的身份被引進國家法。詳言之，有如下幾種類型⁵⁹。

(一)以習慣法承認社會現存習慣：包括妾、招婿、招夫、童養媳、養婿等婚姻類型，以及夫死後寡妻欲回妻家須得夫家尊親屬同意等。不過法院在承認這些社會上習慣時，經常是從現代法的概念出發，例如對於原屬漢人傳統的童養媳，係借用歐陸法系的「收養」觀念來詮釋，而認為其與「養女」是習慣法上兩種不同的「收養關係」，童養媳是以「成為媳婦」為目的，養女是以「成為女兒」為目的，兩者成立全然不同的身分關係。

(二)確認其係習慣但以違反公序良俗而不承認其在國家法上發生效力：例如以人身為交易客體或無視個人尊嚴的以聘金當作買賣價金、離婚時請求妻家返還聘金、女子的典胎、妻的贈與或買賣、逐妻、依親屬協議革逐寡妻、買斷螟蛉子（異姓養子）等。

(三)以「新習慣」為由承認某項規則已成為習慣法的一部份：例如法院於日治後期認為，日本民法上「戶主」的概念已因長期（自1906年起）在台灣實施「戶口」制度而成為「台灣人的習慣」，故承認戶主身分之繼承，但法院並未認定日本民法上的「家督繼承」亦成為台灣人新習慣，故台灣習慣法上的戶主並不能單獨繼承家產⁶⁰。又如法院承認就收養關係之成立，舊

⁵⁹ 據以進行類型化的臺灣總督府法院判決例之內容及資料來源，詳見王泰升，前揭註34，頁350-365。

⁶⁰ 有學者認為日治時期法院已將日本民法上的「家督繼承」制度引進台灣，參見黃靜嘉（2002），《春帆樓下晚濤急：日本對臺灣殖民統治及其影響》，頁142，台北：台灣商務；司法實務界亦有以日治時期國家法引進家督繼承而加以批判者，例如對於司法院釋字第668號解釋，由徐璧湖與池啟明兩位大法官共同提出、以及陳新民大法官單獨提出的不同意見書。參見司法院大法官網站，<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/668> 不同意見書徐大法官及池大法官.pdf、

時確有以生父與養父之合意為已足之習慣，但相當抽象的以「上述習慣，隨著時勢的變化、文化的發達，已自為改善」作為理由〔按：社會實況是否如此乃另一回事〕，判認依當今習慣，尚須養子同意或由本生父母代養子為收養之承諾，以使該收養關係較接近現代個人主義民法所預設的經由雙方當事人同意。

（四）同時以「法理」作為法源⁶¹：法院於 1922 年時即表示，台灣人確有夫得近乎任意的離去妾、妾卻不得離去夫的習慣，但該習慣「無視妾的人格，束縛其天賦的自由，違反公序良俗」，故妾於離去其夫時，「於法理上」應享有與夫同等的對待，似乎即是以法理作為法源，但仍在習慣法的概念框架內操作，故係以法理來補充作為（間接）法源的習慣法。另一例是法院承認台灣人得運用並不存在於漢人法律傳統中的現代法上裁判離婚制度，但如「夫之迎妾」等卻不得作為裁判離婚之事由。由於台灣人不得適用日本民法親屬編有關離婚之規定，該裁判離婚請求權又非台灣人習慣，則在法律論理上只能謂係以法理為法源，惟其權利內涵顯然還是顧及台灣人習慣。法院同樣在不適用日本民法典的情況下，承認台灣人可以主張婚姻無效或撤銷，其既然為台灣人習慣所無，則仍是依「法理」方得以納入國家法中。又，日治後期對台灣人親屬繼承事項的國家法內涵具重大影響力的姉齒松平法官，以

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/668> 不同意見書陳新民.pdf（最後瀏覽日：11/11/2013）。力主該說者曾引用戴炎輝教授的論著，然似乎誤解戴教授的意思。其實，在司法界所熟悉之由戴炎輝教授主筆的《臺灣民事習慣調查報告》中，已載明：「關於前戶主之財產，非由戶主繼承人一人承繼，原則上前戶主有男子孫數人時，仍依習慣，由數人共同繼承……。故於臺灣，戶主繼承（尤其法定繼承），純然係戶主身分上地位之繼承，不包含財產繼承。（註：底線為筆者所添加）」司法行政部（編），前揭註24，頁415。

⁶¹ 日本民法未明確表示法理可作為法源，但日本法學界向來依1875年太政官布告所指示的：「無成文的法律時，依習慣，無習慣時，便應推察道理，依法理加以審判」，認為法理是置於習慣之後的補充性法源。參見廣中俊雄（1997），《民法解釋方法に關する十二講》，頁88-91，東京；有斐閣。在殖民地台灣的法制上，雖1895年的日令上明文規定民事事件依慣例及法理而為裁判，但1908年起施行的台灣民事令只言「依舊慣」，未明文將法理列為法源，1923年起生效的日本民法典或1922年勅令第407號亦未明文規定法理是法源之一，但在司法實踐上仍將法理視為次於習慣的法源。

及 1936 年高等法院的「判官聯合總會」所為決議，都認為關於現代法上的限定繼承與拋棄繼承制度，已成為台灣人習慣的一部份〔按：社會實況是否業已如此亦值得懷疑〕，故日本民法繼承編相關的規定可當「法理」來適用⁶²，似乎擬同時以習慣法及法理作為法源。

雖然由法院依習慣法模式（或再加上適用「法理」），已某程度改變台灣漢人在親屬繼承方面的法律傳統，但倘若係採 1914 年台灣民法草案的習慣立法，則將能擴大改變，尤其是現代化的幅度。按日治台灣的法官們，與完成 1914 年台灣民法草案的岡松參太郎等法學者共享歐陸法學觀念⁶³，所以對於台灣人的親屬繼承法律規範「應」是什麼，該草案的內容可能引發其共鳴，故終未施行的該草案內就台灣人親屬繼承法所表達的見解，後來經常為法院在形塑習慣法時所援用。例如，法院在 1929 年時即採取該草案所持見解（雖採取所謂「新習慣」的說詞），認為收養不應由兩方父兄決定，而應經作為契約當事人的收養者與被收養者雙方同意。不過，作為國家司法官僚的法官們，對於某項法律見解於國家統治上可能造成的影響，通常會比強調知識性法律理念的學者，多一分考量，以致較不願跨出改革的腳步。例如，岡松參太郎等在 1914 年台灣民法草案中就已主張廢除妾制，但擁有妾者在日治當時還是台灣人社會中的有力階層，日本統治當局無意以立法手段剝奪這個階層的這項利益，以爭取其對日本統治的支持，而司法者也非常「自制」地不願以「違反公序良俗」為由來否定妾制⁶⁴。按一般而言，可主動制法的習慣立法是比司法機關被動認定的習慣法，更能改變社會現存的習慣。

若直接在台灣施行日本現代民法中的親屬繼承兩編，將可以對台灣人現存習慣作更大幅度的改變，但因此台灣人將不得不跟隨已納入日本人習慣的日本親屬繼承兩編，例如其所採取的日本傳統上的家督繼承即與日治當時台灣漢人由所有兒子繼承家產的習慣嚴重衝突。在以「內地延長」為主調的日

⁶² 參見王泰升，前揭註 52，頁 233-235；王泰升，前揭註 34，頁 365。

⁶³ 擔任臺灣總督府法院之法官者，需具備日本裁判所構成法所定的判事資格，亦即須通過日本的司法考試並經實習，故皆具備一定的近代西方法學訓練。參見王泰升，前揭註 34，頁 133、167-168、171-172。

⁶⁴ 其詳，參見王泰升，前揭註 52，頁 191-192、198-199。

治後期，臺灣總督府以及如姉齒松平等日本在台司法官僚，都主張在制定法上取消 1923 年將日本民法施行於台灣時，針對台灣人所為的排除親屬繼承兩編之適用，但帝國中央政府認為尚無此必要而未接受，不過臺灣總督府法院在認定台灣人親屬繼承習慣法時仍盡量向日本內地的身分法看齊，似乎處於殖民地的日本官僚更加感覺到須同化台灣人⁶⁵。對這些強調日本國族主義的在台日本官僚而言，台灣人親屬繼承習慣法的「日本化」比「現代化」重要，因此若由於向日本內地的法律看齊而提升台灣習慣法的現代性，也僅是日本化的副產品。日治末期日本當局為了動員台灣殖民地人民參戰而提出「處遇改善」措施時，再次提起將民法親屬繼承兩編施行於台灣（但例外地對台灣人不適用家督繼承），且表示從 1945 年起算的 10 年後，擬將包括日本民法在內的現代法制施行於高山族原住民之間⁶⁶。雖該等措施因日本旋即戰敗而未實現，但由此可知當時日本政府在心態上是將以現代法取代習慣，當成是給台灣的漢人與原住民的「恩惠」。

然而從今之民主的價值觀而言，若給予「恩惠」，應是讓台灣人自己決定，當屬於漢人法律傳統的習慣與來自近代西方文明的現代法相衝突時，究竟應該選擇哪一個，並以習慣法或習慣立法的模式來進行過渡。惟日治時期的歷史實踐，並不是如此。出現於 1920 年代的第一代台灣法律人⁶⁷，已曾

⁶⁵ 參見曾文亮（2010），〈全新的「舊慣」：總督府法院對臺灣人家族習慣的改造（1898-1943）〉，《臺灣史研究》，17卷1期，頁164-165；王泰升，前揭註52，頁237-238、240-241。

⁶⁶ 參見「朝鮮・台湾同胞ニ関スル処遇改善ニ関スル与論指導方針（外務省外交史料館）」，Ref. B02031289000，JACAR，国立公文書館アジア歴史資料センター網站，<http://www.jacar.go.jp>（最後瀏覽日：1/9/2012）；1945年台灣總督府財務局長高橋衛在眾議院接受質詢，於答辯時表示：「恰好今年是領台五十周年，以把十年完全結束在蕃地的特殊行政，編入到一般的普通行政區域之計畫，當做其紀念事業之一。吾等打算漸次推進這些政策。」見眾議院議員選舉法中改正法律案委員會，《昭和20年03月20日議事録》，頁17，日本帝国議會會議録システム網站，<http://teikokugikai-i.ndl.go.jp>（最後瀏覽日：01/09/2012）。

⁶⁷ 在此所稱「台灣法律人」係指成為法律專業者的台灣人，故概念上不包含日治之初即出現於台灣社會的作為法律專業者的日本人，這是根據台灣首次出現法律專業者的日治時期之族群分類所做的定義。第一代台灣法律人當中，只有極少數於戰後成為台灣第一代法學者。參見王泰升，前揭註19，頁33-36。

對前揭問題表達過意見。例如身為辯護士的鄭松筠，較支持岡松參太郎的舊慣立法路線，其認為將習慣法予以法典化乃是最符合人民利益的法律改革方式，蓋不同的社會經常有相異的價值及對人的態度，這些都反映在習慣法中，故與日本現代民商法不同的台灣人民事習慣法應被保存，除非有違反公序良俗者⁶⁸。時任在野批判性期刊《臺灣青年》之主筆的林呈祿，則認為商法與財產法有「超前立法」的必要，傳統的商事習慣法不足以因應資本主義經濟之所需，日本現代民法中的總則、物權、債權三編早就應該施行於台灣，惟親屬繼承事項應較重固有習慣，故宜適用台灣人習慣法，但如蓄妾、童養媳等仍應加以廢除⁶⁹。可見縱令鄭、林兩人在政治上同樣是主張殖民地自治，但一位期待殖民地國家法能廣泛地保存習慣法，且最終採取習慣立法；另一位卻希望殖民地國家法能引進更多的現代法，僅限於親屬繼承事項才適用習慣法且應排除不符現代法的習慣。或許還有其他台灣人菁英或者一般民眾，對此議題有各式各樣的方案及理由。

在日本殖民統治下，日本帝國始終不願設置台灣人政治異議者所要求的「台灣議會」，因此對於這類議題，始終欠缺一個可以由台灣人透過相互辯詰而形成共識的政治場域。日本帝國於 1945 年因戰敗而瓦解並被要求交出台灣的統治權力，但台灣人在日治時期尚未形成獨立建國意識，現實上也無足以接管政府的台灣人政治團體，故像鄭、林兩人從台灣人立場對於習慣與現代法所表達的見解，依舊不能影響在台灣的國家法的形成。至於高山族原住民族，則終日治之世僅有極少數政治菁英可能在受教育過程曾接觸現代法的思想，且似乎未清楚表達過關於現代法與原住民族習慣應如何互動的看法。

⁶⁸ 參見鄭松筠（署名「鄭雪嶺」）（1921），〈就民商法施行而言〉，《臺灣青年》，漢文之部，3卷4號，頁17-21。

⁶⁹ 參見林呈祿（署名「記者」）（1921），〈施行民法商法宜置除外例〉，《臺灣青年》，漢文之部，3卷4號，頁21-26；林呈祿（1922），〈民法の親族規定を臺灣人に適用する法案の疑義〉，《臺灣青年》，和文之部，3卷6號，頁21-35。

肆、在中國國族主義下邊緣化台灣習慣

一、在台灣의漢族習慣

(一) 中華民國法制對習慣亦持不友善態度

戰後取代日本政權而從中國來到台灣進行統治的國民黨政權，首要目標是將已脫逸中國控制半個世紀的台灣盡快納入中國的國族國家當中⁷⁰。其因此忽視台灣經日本統治五十年後，在民事法律生活上已有別於同時期中國（例如已無典權、倒是有不動產質權），故不像日本政權在統治之初還特別就民事事項適用源自舊國家法的台灣人習慣法，而是從 1945 年 10 月 25 日接管台灣開始，即全面施行其於建構現代國家過程中所完成的中華民國六法體系，包括中華民國的現代式民法⁷¹，而不在乎當初在形塑中華民國法制時並未考量及非屬中國領土の台灣⁷²。

⁷⁰ 日本基於其國族主義而於日治後期採內地延長政策，擬使台灣盡量與日本內地一致，因而將日本民法（親屬繼承兩編除外）施行於台灣。戰後接收台灣的中國國民政府亦基於其國族主義，而採取從台灣史而言可謂是「內地延長的再延長」的政策，只不過將日本內地換成中國內地，以促使台灣與中國內地一致，故立即且全面地將包括民法典在內的中華民國法律施行於台灣。按 1944 年在中國執政的國民黨，沿襲屬於前現代的中華帝國「大一統」觀念，認為台灣在日本統治之前即係中國一省，故一旦自日本手中取回台灣，可忽略且迅速抹去台灣由於日治五十年所生之差異，而視同內地一省，不必因之在台設置特別法制。這項論點已於另文詳述，參見王泰升（2013），〈法律現代化與「內地延長」的再延長：以日治後期與戰後初期的承接為中心〉，謝國興（主編），《邊區歷史與主體性形塑》，頁 105-108、117-134，台北：中央研究院。國民黨政權於戰後接收台灣之後，立刻在教育方面，包括法學教育，進行「去日本化」與「中國化」，亦為眾所周知。參見王泰升（2005），〈台大法學教育與台灣社會〉，氏著，《台灣法的世紀變革》，頁 115，台北：元照。

⁷¹ 民國時期中國從清末起，即仿效明治日本為建構現代國家而完成六法體系之例，引進歐陸式的現代法，而於 1920 年代晚期至 1930 年代前期公布施行各種法典，確立中華民國的六法體系。戰前施行於台灣的日本民法與中華民國民法雖相似之處甚多，但仍有不相同者，國民黨統治之初，乃至後來，從未針對兩者之差異制定過渡性法律以解決之。參見王泰升（2002），〈台灣戰後初期的政權轉替與法律

於是，此後台灣的國家法不但在財產法方面維持 1923 年以來之排斥社會上習慣的態度，且進一步在身分法方面亦不再以習慣法的方式包容漢人的法律傳統。以中華民國民法親屬繼承兩編取代日治後期台灣人親屬繼承習慣法，已附隨地在法規內容上提升了現代性，例如國家法對於傳統觀念上的家產，已不再如日治習慣法那樣排斥女兒的繼承權⁷³。不過這個 1945 年的法制上變革，只透過當時代表盟軍來台接收的臺灣省行政長官公署一紙布告，表示中華民國一切法令均適用於台灣人民⁷⁴，並沒有讓台灣人民經由法律制定的過程，了解到為何關於親屬繼承的法理念應該有所調整。也難怪台灣人民對於源自漢人法律傳統、但與現代法理念相衝突的某些法律觀，不能立即隨著國家法而改變。在日治時期 1923 年那次關於台灣人的民事法制的變革，至少總督還曾諮詢過由他自己挑選的台灣人評議員的意見，當時的《臺灣日日新報》也出現熱烈的討論⁷⁵，而前述鄭松筠和林呈祿亦有機會撰文申述其

體系的承接），氏著，《台灣法的斷裂與連續》頁23-28，台北：元照。

⁷² 最明顯的例子是，在中國執政的國民黨於 1936 年提出了俗稱「五五憲草」的中華民國憲法草案，其第 4 條關於領土採取列舉方式，一一列舉各省名稱，甚至將當時已為日軍占領且成立滿州國的東北各省列入，但是並未列入「台灣省」。參見王泰升（2006），〈台灣歷史上的主權問題〉，氏著，《台灣法律史的建立》，修訂 2 版，頁 273-274，台北：自刊。

⁷³ 根據大正 11 年（1922）上民第 71 號判決，日治時期的國家法認為，女子僅於別無男子且其他親屬無異議時，始得繼承父之遺產。參見臺灣總督府高等法院（編）（1923），《高等法院判例全集：大正十一年》，頁 103，台北：自刊。中華民國民法第 1138 條僅規定「遺產繼承人」並未限男性，中華民國法院（民國）19 年上字第 1501 號「判例」據此條文表示：「現行法令女子有繼承財產之權」。參見最高法院判例編輯委員會（編）（2001），《最高法院判例要旨：民國十六年至八十七年》，頁 603，台北：最高法院。

⁷⁴ 行政長官公署於 1945 年 11 月 3 號的署法字第 36 號布告（署令），宣稱台灣自 1945 年 10 月 25 日起，業經歸入中華民國版圖，並表示「民國一切法令，均通用於台灣，必要時得制頒暫行法規。」此號署令全文，見何鳳嬌（編）（1990），《政府接收臺灣史料彙編（上）》，頁 1-2，台北：國史館。

⁷⁵ 其詳，參見陳昭如（1997），《離婚的權利史：台灣女性離婚權的建立及其意義》，頁 136-139，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。關於總督府評議會的組織，參見王泰升，前揭註 30，頁 157。

法律見解，蓋當時正逢日治時期相對較民主的 1920 年代，凡此皆與 1945 年這次是處於戰勝國的軍事接收，不可同日而語。

基於中國國族主義考量而在台灣即刻全面施行的中華民國民法，承襲了現代歐陸式民法典對習慣的不友善態度。中華民國法與日本法同樣是繼受歐陸現代法的產物，中華民國民法第 1 條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」即相當於日本《法例》第 2 條之以習慣法作為補充性法源。戰後台灣的法院參照中華民國法秩序內既有之民國 17 年(1928) 上字第 613 號判例，也接受當時受日本影響的中國法學界通說，認為「習慣法之成立，須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎」。戰後台灣法學界亦跟隨日本學說而認為，與習慣法有所不同的是「事實上習慣」，其僅是一種慣行、欠缺法之確信，雖可成為解釋或補充當事人法律行為或意思表示之基準，但不能如習慣法作為法律適用之邏輯三段論法上的大前提，亦即不具有法源性，至多由於某些民法條文內規定「另有習慣者，依 / 從其習慣」，故出於該條文的適用而使事實上習慣被納入國家法中⁷⁶。社會上的習慣在民事以外的法領域更得不到關注，刑法事項基於罪刑法定原則而排除了不成文的習慣法，在程序法或行政法規中也鮮少提及習慣。

日治時期在殖民地台灣是透過特別立法（亦即律令，作為法之適用的直接法源）來排除日本民法之適用，讓習慣對於台灣人的親屬繼承事項，不是「補充性」，而是「優先性」的法源，但戰後台灣已無這般應優先於中華民國民法典而適用在地習慣法的特別立法了。在民法典已包山包海地對於各種民事生活關係加以規範的情形下，要能符合「法律所未規定」而補充性的以習慣法為法源，非常困難。以祭祀公業為例，在戰後之初的 1950 年，中華民國法院就表示：「台灣關於祭祀公業之制度，雖有……均得視為法人的習慣，然此種習慣自台灣光復民法施行後，其適用應受民法第一條規定之限制」，

⁷⁶ 法學界最近的見解，參見鄭玉山（2005），〈民事習慣在司法實務上之運用〉，最高法院學術研究會（編），《最高法院學術研究會叢書（十）：法律史與民事司法實務》，頁 87-88、112，台北：最高法院；王澤鑑（2009），《民法概要》，修訂 2 版，頁 16，台北：自刊。

既已有「法人非依民法或其他法律之規定不得成立」之明文規定，則不再適用前揭習慣，從而不承認祭祀公業具有法律上人格⁷⁷。

(二) 就民事事項作為事實上習慣或習慣法

戰後司法機關曾將台灣社會的習慣，視為國家法上作為補充性法源的習慣法者，似乎僅有「祭祀公業派下權以男系子孫為限」一例。戰後的最高法院曾於1971年，參照民國時代中國1931年12月25日做成的司法院20年院字第647號解釋，而就「祭祀公業財產之繼承」判認應「依從習慣，係以享有派下權之男系子孫為限，女子向無派下權，故亦不得繼承公業之財產」⁷⁸。其後有學者針對這項判決（未成為「判例」）表示，祭祀公業財產係設立人在生前所為且生前即生效，與遺產繼承或遺囑之均於死後始生效有別，故不同於民法上所規定的遺產繼承權及繼承人之特留分（第1138、1223-1225條）⁷⁹，以此合理化「祭祀公業財產之繼承」係民法第1條所稱「法律所未規定者」，故可將「以享有派下權之男系子孫為限」的習慣法（作為法源）適用於個案，得出該案女子不得繼承公業之財產的法律上結論。

這項習慣法的認定，毋寧是特定價值判斷底下的產物。以生前或死後生效之差異來特殊化祭祀公業，固然是一種法律解釋，但還有其他的解釋可能性。若從財產本身的性質而論，祭祀公業財產乃是以「祭祀」為目的，而依漢人法律傳統，家產是由繼承祭祀的家屬承繼之，故祭祀與財產繼承密不可分⁸⁰。中華民國1930年公布、1931年5月5日起施行的民法繼承編已在第1138條對「遺產繼承人」有所規定，該「遺產」的意義，若依上揭漢人傳統觀念，則可解釋為係指附隨著祭祀之責的財產。按中國第一次民律草案就

⁷⁷ 39年台上字第364號判例，參見最高法院判例編輯委員會（編），前揭註73，頁3。

⁷⁸ 此判決為60年台再字第79號。參見黃茂榮，前揭註21，頁16-17。

⁷⁹ 參見黃茂榮，前揭註21，頁17-18。

⁸⁰ 參見戴炎輝（1978），《中國繼承法》，修訂8版，頁7，台北：自刊。2007年制定的《祭祀公業條例》第5條規定：「祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」，仍將祭祀與財產繼承緊密結合。

「遺產繼承人」即指承繼被繼承人宗祧之繼承人，且明文限於「男子直系血親卑親屬」⁸¹，相較之下 1930 年公布的民法就「遺產繼承人」刪除「男子」而僅留「直系血親卑親屬」，即是在立法政策上改採兩性平等的理念。對此，一種可能的解釋是，民法對於所有附隨著祭祀之責的財產，均已明白否定漢人法律傳統上的限於男性繼承；既然民法典對「祭祀公業」這種附隨著祭祀之責的財產有所規定，則「僅限男子」的習慣將因屬補充性法源而不得適用之（與日治時期國家法以習慣為台灣人身分事項之優先性法源恰好相反）。不過，戰後台灣法院在進行法的解釋適用時，最終是支持民國時代中國司法行政當局在 1931 年所採取的價值判斷，故不做成如上所述那種法律解釋適用。其結果，戰後台灣國家法上就祭祀公業財產，一直以「法律所未規定者」為由，適用「以享有派下權之男系子孫為限」的習慣法。惟 2007 年針對祭祀公業進行立法並於隔年生效（參見後述）之後，該項習慣法已不能再作為補充性法源而被適用矣（參見《祭祀公業條例》第 5 條）。

戰後台灣的國家法較常見的是，將社會上習慣視為學說所稱的「事實上習慣」，而以之作為解釋或補充當事人法律行為或意思表示的基準。再以祭祀公業為例，戰後的中華民國法院逕將台灣的祭祀公業視為與在中國大陸的「祭田」相同，以方便運用在民國中國的判例中所持之祭田係公同共有物的見解，來處理台灣的祭祀公業法律問題。是以 1951 年最高法院曾於 40 年台上字第 998 號判例稱：「惟該地如有祭產管理人得代表祭產公同共有人全體處分祭產之習慣，可認祭產公同共有人有以此為契約內容之意思者，自不得謂祭產管理人之處分為無效。」⁸²按台灣的祭祀公業曾遭舊的日治時期國家法改造，亦即於土地調查時令各公業選出專任管理人，臺灣總督府法院再以判決例認為縱使祭祀公業內部另有約定，公業管理人對外代表公業所為行為仍有效，以保護交易上善意第三人。因此戰後初期台灣社會上，很可能存在著祭祀公業管理人得代表該祭祀公業處分公業財產之習慣⁸³。上揭判例意味

⁸¹ 參見戴炎輝，前揭註 80，頁 30。

⁸² 最高法院判例編輯委員會（編），前揭註 73，頁 429。

⁸³ 參見司法行政部（編），前揭註 24，頁 730-736。

著國家法將「公業管理人得代表公業處分」的習慣，視為是事實上習慣，並以之解釋或補充當事人關於「共同共有」的法律行為，而非視其為可作為補充性法源的習慣法。

社會上習慣在國家法中能否視為事實上習慣，同樣是一個法的價值判斷。戰後台灣法院於1961年某一判決，亦參照前揭民國中國1931年的20年院字第647號解釋，而謂：「家族中之祭祀公業以男系子孫輪管或分割或分息者，係本於從習慣為家族團體之公共規約，在女子向無此權，苟非另行約定，自不得與男系同論」⁸⁴，同樣是以事實上習慣來解釋或補充當事人間的「公共規約」。不過無論習慣法或事實上習慣，違反公序良俗者，均無適用餘地（民法第2條）⁸⁵。做成於1960年代的這項判決，似認為該有利於男系子孫的習慣可透過「另行約定」而更動其內涵，故不違公序良俗；但倘若該習慣之「解釋或補充當事人法律行為」的效力被否定，女性子孫就根本不必以「另行約定」保護其利益，因此其仍是在價值選擇上偏惠男性。

國家法有時基於特定的考量，寧願較低調地以事實上習慣承認社會的習慣。按有時候社會的習慣若視為國家法上習慣法，會有某些法律上障礙，故轉而以事實上習慣的身分，讓其變成當事人法律行為或意思表示的一部份。例如，作為較強勢之社群的金融業，曾促請國家機關承認其沿襲自日治時期、在戰後仍普遍使用的最高限額抵押權的法律效力，雖最終該項金融業習慣被台灣的法院所承認，但礙於當時法律明定「物權除依法律外，不得創設」，而未直接以最高限額抵押權之設定及相關的運作規則係屬習慣，作為其法律論證上的正當性基礎⁸⁶。

⁸⁴ 此判決為50年台上字第146號。參見黃茂榮，前揭註21，頁16-17。

⁸⁵ 中華民國民法第2條規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」此條所稱「習慣」解釋上應兼指習慣法及事實上習慣。參見王澤鑑，前揭註21，頁28。亦有學者認為該民法第2條所稱的習慣只指習慣法。參見胡長清，前揭註15，頁13。社會上習慣若被國家法採納為事實上習慣，即意味著國家將以權利制度加以保障，故從國家法秩序的形式而言，應以其不違反國家法理念為必要。不過仍應對社會上習慣所蘊含價值觀給予充分理解，勿輕易判定其與國家法理念相矛盾。

⁸⁶ 中華民國民法上未明文規定最高限額抵押，戰後台灣的金融業係沿襲自日治時期，

然而，像台灣社會相當盛行之關於合會的習慣，並不涉及如「物權法定」的法律上障礙，但戰後法院還是不將台灣社會中關於合會之各種規則當作可為補充性法源的習慣法，而是視合會為一種契約關係，按最高法院 49 年台上字第 1935 號判例即稱：「臺灣合會性質乃會員與會首間締結之契約」。在此前提下，再將一般人對合會關係所認知的各種規則當作事實上習慣，透過私法自治原則，以解釋或補充會首與會員之間的契約關係⁸⁷。按最高法院判例編輯委員會並不將前揭關於合會的判例，列入與民法第 1 條（關於習慣法之規定）相關之判例當中⁸⁸。

試觀最高法院判例編輯委員會認為與民法第 1 條有關的判例，可發現當中並無任何台灣社會上的習慣被認為係可作為補充性法源的習慣法，頂多在法律論證上承認基於法律條文內已明定習慣可優先（例如民法第 207 條第 2 項，見 26 年渝上字第 948 號判例）、或足以解釋或補充當事人法律行為或意思表示（如 28 年上字第 1977 號、37 年上字第 6809 號判例）的這種事實上習慣⁸⁹。其實在國家法上被視為事實上習慣之既存於台灣社會的習慣，較常

故仍持續使用含有最高限額抵押權的契約書。國家行政機關因此於 1954 年，以同意辦理登記的行政處分，回應了台灣金融業的需求。為取得具有最終法律解釋權的司法機關的支持，主管金融的財政部請司法行政部向最高法院徵詢意見，最高法院則於 1962 年 1 月間以函覆方式，亦即屬司法行政上解釋，而非司法審判上個案裁判，表示若最高限額抵押權業經依法辦理登記，「裁判上自應承認其效力」。同年 2 月間，屬於行政機關的司法行政部將前述最高法院意見，令飭所屬高等法院「注意辦理」。終於 1973 年作成的最高法院 62 台上字第 776 號判例，在司法裁判上承認最高限額抵押權之效力。參見謝在全（1997），《民法物權論（下）》，修訂 2 版，頁 22、155，台北：自刊；王泰升，前揭註 30，頁 184-186、298。按 2009 年新修正的民法第 757 條規定：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」其修正理由明示應承認物權得依習慣法而創設，則未修正之前即應不准依習慣法創設物權，故前述行政或司法機關在法律論證上，都未基於設定最高限額抵押權係「習慣」而承認其物權法上效力；惟民法學者已指出：「我國實務上所創設最高限額抵押權，在某種意義上可認係依習慣而創設的物權。」參見王澤鑑（2009），《民法物權》，頁 33、41-45，台北：自刊。

⁸⁷ 參見黃茂榮，前揭註 21，頁 18-19。

⁸⁸ 該 49 年台上字第 1935 號判例，被置於民法第 153 條關於契約成立之規定底下，參見最高法院判例編輯委員會（編），前揭註 73，頁 603。

⁸⁹ 當中有承認「信託行為」法律效力的判例，不過該信託行為是英美法的產物，故

見的是基於其足以解釋或補充當事人法律行為或意思表示，而很少是因為法律條文明定「另有習慣者，依／從其習慣」，以致實際上發生規範作用。按這些明定有習慣時依習慣之關於財產法任意事項的法條，基本上都是抄襲自歐陸民法典，原係反映歐陸社會，而非台灣社會的需求；且如後所述，戰後政府部門極少從事與民事財產法相關習慣的調查，故法官難以知悉習慣之存在。

不過，台灣社會的習慣也可能在國家法上，係基於習慣法或事實上習慣以外的法律論證而獲得肯定。因長期適用日治時期習慣法而在戰後猶存於社會之關於親屬繼承的習慣，雖因習慣法已不能優先於民法典而被適用，以致大多數被戰後國家法所否定，然亦有不以「習慣」之地位，而是經過其他法律關係的包裝後被延續者。此作法乃是在戰後國家法秩序斷裂（屬於不同的主權國家）底下，某程度遷就或尊重社會文化的連續性。例如戰後國家法雖沒正面承認童養媳的法律關係，但其實是尊重當時民間常見的童養媳關係。1954年的司法院大法官會議釋字第32號解釋，針對行政院就台灣省政府所詢而提請解釋的「養子女與婚生子女結婚後兼具子婿（或女媳）雙重身分關係」，表示此情形「應先行終止收養關係」⁹⁰。按該號解釋所處理的社會事實即是日治時期習慣法上所承認的養婿與童養媳，因日治時期習慣法以歐陸法的「收養」關係詮釋童養媳與養女（參見前述），故滋生該「雙重身分關係」是否違反了禁止近親婚規定的問題，大法官其實是延續了日治時期的法律上詮釋，故僅要求形式上應先終止該「收養」關係，並未否認依習慣所成立的養婿或童養媳關係。接著，1956年的釋字第58號解釋認為在「養女經養親主持與其婚生子正式結婚」的情形下，若養親還來不及終止收養關係即死亡，則可「聲請法院為終止收養關係之裁定，以資救濟」，顯然大法官為了讓童養媳關係在習慣上的目的：「送作堆」能夠實現，特別指出一條國家

其應非「依習慣」，而是「依法理」。（66年台再字第42號）置於民法第1條之下。參見最高法院判例編輯委員會（編），前揭註73，頁1-3。

⁹⁰ 司法院釋字第32號及所附行政院函，參見司法院大法官網站，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=32&showtype=相關附件（最後瀏覽日：11/11/2013）

法上走得通的路。倘若養親早死，連主持結婚的機會都沒有時怎麼辦？大法官好人做到底，1961 年釋字第 91 號解釋認為只要「養親收養子女時本有使其與婚生子女結婚之真意者」，亦即社會事實上已具有童養媳關係者，該童養媳與被指定為結婚對象者即可合法結婚⁹¹。

總的來說，台灣漢人社會的習慣，在戰後國家法上長期被邊緣化，此除了上述法制上理由外，還有人為的因素。按戰後台灣的法官在受法學教育的過程中，幾乎只知中華民國民法上的條文，對於作為一省的台灣所經歷的日治時期法制以及社會上所存在的習慣，非常的陌生⁹²。此一法學教育內涵又相當程度根源於法學界對於「失根的法學」，亦即法學研究上脫離了本土社會現象及問題⁹³，一直欠缺足夠的反省。在司法審判實務上，法官因此對於涉及習慣的法律議題，只能參考被視為「聖經」的《臺灣民事習慣調查報告》。然而該報告書的內容，卻受到日治後期國家法內涵的制約。按日治後期台灣人財產法事項已不再依習慣法（改依日本民商法典），而該報告書也幾乎均未納入台灣社會關於財產法事項的習慣，如當舖業的運作規則或前述金融業的設定最高限額抵押權等，例外的是採納了關於合會的習慣，但參考文獻上還是仰賴日治時期舊慣調查報告及日本的法學論著⁹⁴。相對的，日治後期國家法上採習慣法模式的親屬繼承事項及祭祀公業，則成為該報告書的主要內容，且如前所述係大量引用日治時期的法院判決例、舊慣調查報告及法學論著。這項作法即易於導致司法實務界，分不清楚係在調查發生於過去的某案

⁹¹ 司法院釋字第 58 號、第 91 號，參見司法院大法官網站，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=58、http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=91（最後瀏覽日：11/11/2013）

⁹² 到1980年代為止，台灣法學教育中的法律史教學，主要講授的是到中國清末為止的「中國法制史」，連中華民國時代法律史都很少討論，而台灣法律史則幾乎一片空白；從1990年代開始，臺大法律學系首度出現關於台灣法律史，包括日治時期法律史的教學，但臺大以外的大學法律科系提供類似教學內容者也不多。參見王泰升，前揭註52，頁122-131。

⁹³ 參見陳忠五（2012），〈戰後台灣財產法學說變遷〉，台灣法學會台灣法學史編輯委員會（編），《戰後台灣法學史（上）》，頁253，台北：元照。

⁹⁴ 參見司法行政部（編），前揭註24，頁519-604。

件事實（日治時期的一項交易或身分行為）依當時的舊國家法（日治時期法律）所生的法律效果，抑或是在探求台灣社會因長期受舊國家法影響而現今仍存在的習慣。在一團混亂當中，戰後台灣的法官通常不喜歡碰上與習慣相關的法律議題，因為不但只有一本「聖經」且內容又難懂，無怪乎社會上習慣能被國家法接納為事實上習慣者很少、為習慣法者更微乎其微。

二、原住民族習慣

在 1945 年這次民事法制變革，受到最大衝擊的是當時稱「山地同胞」的今之原住民族，其幾乎是由日治時期的高山族原住民族所組成⁹⁵。中華民國民法雖繼受歐陸現代法，但對親屬繼承事項仍部分顧及漢族包含男尊女卑在內的法律傳統，故在台漢人對此還算熟悉，尤其是台灣人從 1923 年就開始適用現代的財產法（日本民商法），時間上甚至比中華民國民法公布生效的 1929 年還要早。相對的，原住民族在日治時期極少適用現代法，包括親屬繼承事項在內的習慣亦與漢族不同，例如有些原住民族是被歸類為母系社會，其對民法親屬繼承兩編中男尊女卑的條文一定倍感困惑。戰後來到台灣的中華民國法制，對原住民族而言，實具有現代的與漢族的「雙重外來性」。台灣的漢人在日治時期即曾抗拒過具有現代與日本民族之雙重外來性的日本民法親屬繼承兩編，如今台灣的原住民也遭遇類似問題，卻無從抗拒。新來的國民黨政權基於中國國族主義，在立法上並無規定對涉及原住民的民事事項應以其習慣法取代民法典而適用，更沒有將原住民族習慣轉化為民事法

⁹⁵ 戰後於 1950 年代後期及 1960 年代前期，曾允許日治時期法律上屬於「本島人」的平埔族人經由登記，而與日治時期係居住於普通行政區而非蕃地的高山族原住民一起成為「平地山胞」，即今所稱「平地原住民」。屬於平埔族的噶瑪蘭族之被政府認定為原住民族，係因某些戰後被登記為阿美族的平地原住民，原本是從宜蘭移居到花蓮的噶瑪蘭族人，其要求改以「噶瑪蘭族」作為其族名。但是，還有一些原本未被認定為原住民的噶瑪蘭族人，例如仍居住在宜蘭的噶瑪蘭族後裔，在現行法上並未因此而獲得原住民身分。同屬平埔族的西拉雅族目前仍正在爭取被認定為原住民族。就此議題已另文詳細討論，參見王泰升、陳怡君（2013），〈從「認同」到「認定」：西拉雅族人的原住民身分認定問題〉，《台灣法學雜誌》，217 期，頁 12-25。

律條文的「習慣立法」。而民事以外的法律領域，習慣本來就很難有適用的餘地，故原住民族的習慣也通常不被特別考量。

一切依中華民國民法，也還有被認定為習慣法或事實上習慣的空間；但有別於前述台灣漢人的習慣，台灣原住民族的習慣在司法實踐上不曾得到平等的對待。可能的原因是《臺灣民事習慣調查報告》裡完全沒有的提及關於原住民族的習慣，故只受現代法學教育或僅知漢族法律傳統的法官們，無從知道屬於南島民族的台灣原住民族有什麼樣內涵的習慣，更遑論思考是否「法律所未規定者」而得以依習慣法、習慣是否違反公序良俗、是否以事實上習慣來解釋或補充當事人的法律行為或意思表示、或適用那些已明定有事實上習慣即依之的法律條文。但為什麼該調查報告沒有這些資料呢？若往上溯源，即因日治時期立法上沒有規定關於原住民的民事事項應依習慣，以致日治法院沒有運用現代法學概念建構出習慣法的必要，進而使得戰後進行習慣調查時，沒有日治時期法院判決例或《臺灣私法》關於習慣法的論述可參照。雖然不論日治時期或戰後皆有從人類學角度，對於原住民族文化觀念或生活方式的調查及知識，但是一直都欠缺從現代法的概念來表述的原住民族習慣法或事實上習慣。因此在國家法及法學上，若說漢族法律傳統及現存習慣已相當程度遭邊緣化，那麼原住民族法律傳統及現存習慣已徹底被漠視化。

伍、台灣民主化後以立法規範及整頓習慣

一、財產法接納在地習慣與身分法告別法律傳統

戰後初期所確定的習慣在中華民國法秩序上的地位，在 1980 年代出現改變的契機。由於 1950 年代確立了原有立法委員不必改選的「萬年國會」制度，故戰後台灣的立法活動在 1980 年代之前，相當欠缺來自社會民間的聲音，由社會力所支持的習慣也持續被國家法所邊緣化。惟台灣 1980 年代風起雲湧的政治反對運動及社會運動，釋放了長期被壓抑的社會力，1987

年法制上的解除戒嚴，象徵著國家權威放鬆以往對社會的嚴密掌控。從 1990 年代到 2000 年代，民主化以後的台灣進行了「中華民國法台灣化」的法律變革⁹⁶。於今台灣在中華民國法制上雖仍是個「地區」，但在實際運作上已盡量將台灣當成一個國家，並以現在居住於台灣的人民，作為這個國家的「國民」⁹⁷。由於「民主」係指以「台灣人民」為「主」，故中華民國法應是為台灣人民的利益而服務已成為理所當然，也是大多數台灣法學者的共識所在。

在國家的立法應以台灣人民利益為念的前提下，存在於台灣社會的習慣，終於在國家法上得到翻身的機會。在民事財產法方面，不少過去隱身於民法典上其他法律關係的社會上習慣，經法院不斷在司法個案中，以現代法相關概念認定其習慣規範的內涵後，已整體的作為民法典上一種獨立的法律關係。1999 年中華民國民法債編進行首次但變動幅度達全編三分之一的大修改（2000 年 5 月 5 日施行），將台灣司法實務上，亦即社會上常見的合會，納入債編「各種之債」的一種（第 709 條之 1 至之 9）。這是將司法上所承認的習慣規範（作為事實上習慣），經由立法作用加以整編成法律條文的習慣

⁹⁶ 「中華民國法」與「台灣的法律」是兩個不同的概念。中華民國法體制從其自中國清末開始醞釀，經北洋政府創建而至南京國民政府完成法典化工作，再於甫施行憲法後不久的 1949 年失去在中國實施的機會，可謂是「生在中國」，而嗣後其施行範圍僅限於台灣（台澎金馬），則已是「長在台灣」。不過，中華民國法體制自 1945 年開始施行於台灣，即成為歷史上眾多「台灣的法律」之一。自 1949 年 12 月間中華民國中央政府遷至台灣後，中華民國法由於僅能、也只須規範台灣人民，故其法規範內涵逐漸配合台灣的政經社文而為調整，此即「中華民國法的台灣化」。其詳，參見王泰升（2002），〈中華民國法體制的台灣化〉，氏著，《台灣法的斷裂與連續》，頁 147-192，台北：元照。

⁹⁷ 由於仍維持中華民國憲法上領土包括中國大陸的規範上宣稱，故以「戶籍」來區分中華民國法所稱的「台灣地區人民」或「大陸地區人民」。只有法制上所稱的「台灣地區人民」，才能享有作為國民的權利。若擁有中華人民共和國戶籍或護照，將失去身為國民的權利。因此實際上是將台灣共同體住民，當作是稱為「中華民國」此一國家的國民，以與中華人民共和國國民相區隔。參見李建良（2007），〈人民與國家「身分連結」的法制詮要與法理探索：兼論台灣人國籍的起承斷續問題〉，《臺大法學論叢》，36 卷 4 期，頁 21-23、35-36。

立法。民法物權編在債編之後，亦進行同樣是首次但變幅鉅大的修正⁹⁸。2007 年就擔保物權進行修正時，將台灣金融業經常運用的最高限額抵押權制度，明文納入民法物權編（第 881 條之 1 至之 17），並將屬於漢人法律傳統且在台灣社會依然活躍的當舖所發生「當」的法律關係，以「營業質權」為名納入民法典中（第 899 條之 2）⁹⁹。從其之將存在於社會習慣中的一般性規範轉化成法律條文，應屬習慣立法，惟習慣上所用的「當」的名稱仍被排斥，而須隱身於「質權」關係。

另有在民法典之外，總結向來司法上所承認的習慣規範（作為習慣法或事實上習慣），而以習慣立法的方式單獨成為民事特別法者，亦即 2007 年 12 月 12 日公布（隔年 7 月 1 日施行）的《祭祀公業條例》。該條例以清理祭祀公業土地地籍作為重要的立法目的之一（參見第 1 條），故既有的祭祀公業須向祭祀公業不動產所在地鄉鎮市公所辦理申報，並應訂定其規約（參見第 6、14 條）。不過這些既有祭祀公業為取得法人資格，得登記為在民法上財團法人或社團法人之外、較尊重祭祀公業固有運作方式的「祭祀公業法人」（參見第 21 條）。換言之，過去遭法院否定之沿襲自日治時期的視祭祀公業具有單獨人格的習慣，於今已被國家法接納。惟國家法仍以異樣眼光看待傳統的祭祀公業組織，按新設之祭祀公業只能就民法上財團法人或社團法人擇一（參見第 59 條），不能新設為祭祀公業法人，且既有的祭祀公業被國家法要求最終須以法人的形式存在，不然即解散（其詳參見第 50、59 條）¹⁰⁰。

⁹⁸ 參見王泰升，前揭註 30，頁 286。民法物權編「擔保物權」的部分係於 2007 年 3 月 28 日修正公布並於 6 個月後施行，「通則及所有權」部分於 2009 年 1 月 23 日修正公布並於 6 個月後施行，「用益物權及占有」部分，則於 2010 年 2 月 3 日修正公布並於 6 個月後施行。參見陳榮隆（2009），〈互動而成之新物權通則及所有權〉，《月旦法學雜誌》，168 期，頁 6；謝在全（2010），〈物盡其用與永續利用：民法用益物權之修正〉，《台灣法學雜誌》，第 146 期，頁 2。

⁹⁹ 2007 年修正前的《民法物權編施行法》第 14 條規定：當舖不適用有關質權之規定，而委之《當舖業管理規則》（2001 年 8 月 27 日廢止）及《當舖業法》（2001 年 6 月 6 日公布施行）加以規範。參見陳榮隆（2007），〈擔保物權之新紀元與未來之展望〉，《台灣本土法學雜誌》，93 期，頁 37。

¹⁰⁰ 《祭祀公業條例》第 21 條的立法理由謂：「祭祀公業之性質特殊，其以獨立財產為基礎，而由全體派下員所組成，同時兼具財團及社團之特徵，既需以派下員大

從台灣法律史的角度，上述的習慣立法乃是將近一世紀前的 1914 年台灣民法草案的「敗部復活」。日治之初即開啟的舊慣調查事業，最後於 1914 年在岡松參太郎等日本法學者的主導下，參酌台灣在地司法實踐及外國立法例，而將台灣民事習慣轉化成法律條文。例如 1914 年關於《胎權令》的草案中即有關於「根抵當」，亦即今之最高限額抵押的明文規定，而就祭祀公業也已完成《臺灣祭祀公業令》草案。這樣的類似性來自不同時代與國家的法學者，共享著相同的學識背景與立法方針。按戰後台灣的第一代學者已承襲來自民國中國及日治台灣的歐陸法系國家的法釋義傳統，第二代法學者在該既有基礎底下，再引進戰後德國及日本等國的法學理論，故已可運用一套精緻的歐陸法概念體系來進行法釋義（法律適用），且在立法論上傾向於導入外國立法例或學說，不過同時也開始對本國法院判決進行評釋。延續此學風的第三代法學者不但充分掌握了本國法院眾多的判決，且熱衷於引用外國最新立法例或有力學說以進行「學者立法」¹⁰¹。因此台灣法學界一方面參考法院就習慣所為的判決，另一方面擬以外國的學理或立法例子以填補或修正，以達到立法後可妥當地普遍適用於所有情事的目標。

會為最高意思機關，而其專為祭祀所設立之財產既非以營利為目的，又非盡屬公益性質，不宜逕以法律單純將其歸類為財團法人或社團法人，基於維護並延續其固有宗族傳統特性，解決其與現行法律體系未盡契合之問題，爰明定依本條例申報並完成登記之祭祀公業為特殊性質法人，名稱為祭祀公業法人，俾使其具有當事人能力成為權利義務之主體，以有別於財團法人及社團法人。」2007年祭祀公業條例制定後，前揭否定祭祀公業具單獨人格的39年台上字第364號判例，也於2008年8月12日經最高法院97年度第2次民事庭會議決議宣告不再援用。然而，依該條例第50條之規定，祭祀公業派下全員證明書核發，經選任管理人並報公所備查後，應於三年內依下述三種方式之一，處理其土地或建物，亦即：登記為祭祀公業法人所有、登記為財團法人所有、或登記為派下員分別共有或個別所有。按該條的立法理由謂：「應於三年內由其自行選擇存續之方式或解散，以達土地利用及管理之目的」，意指既有的祭祀公業須轉型為祭祀公業法人或民法上財團法人，不然即解散而將財產歸諸派下員分別共有或個別所有。條文及立法理由，參見立法院法律系統網站，[http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@18:1804289383:f:NO%3DE05146*%20OR%20NO%3DB05146\\$\\$10\\$\\$\\$NO-PD](http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@18:1804289383:f:NO%3DE05146*%20OR%20NO%3DB05146$$10$$$NO-PD)（最後瀏覽日：02/01/2014）

¹⁰¹ 其詳，參見王泰升，前揭註19，頁32-48、51-54。

於 1990 年代，在國會已是由台灣人民直接選出的代表所組成的政治大環境下，立法機關樂於在制定法律時納入社會上習慣以表示對民意的尊重，雖如前述祭祀公業立法所示，社會上習慣似乎無論如何都須被納入現代法的理解架構之內。更重要的是，於今台灣的立法活動只須獲得台灣在地民意支持即可，不必像 1914 年台灣民法草案還須得到域外更高政治權威的同意¹⁰²。

尤要者，台灣最近的立法已傾向於，願意讓習慣在國家法上扮演較重要的角色。2009 年的物權編修正，將民法第 757 條修正為：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」此項修正的意義在於，可避免如過去僅能依制定法創設物權之僵化，還可讓物權法更貼近人民的社會生活¹⁰³。不過在法釋義上，新修正條文上的「習慣」究係習慣法或事實上習慣呢？依向來的通說，事實上習慣僅是一種慣行、不具備法的確信，惟民法第 757 條所規定之由習慣所創設的物權關係，本於「對世性」將令所有人均須遵守該等規範內容，故應屬特定族群或社群對之具有法的確信的習慣法，始能正當化該習慣規範應為國家物權法所接納。雖然如此，當司法或行政機關援引習慣法來創設物權時，仍是以民法第 757 條作為法適用上的直接法源。這種情形就好比日治前期台灣人的民事事項、日治後期台灣人的親屬繼承事項，雖然直接法源是律令或

¹⁰² 岡松參太郎當年在批判明治日本過度重視歐陸法學之概念或理論的同時，所希望的就是擷取西方的法律理念、配合在地社會條件，制定符合在地人需要的民法典。不過，以其身為統治階層的地位、以「他族」的背景來了解台灣人的習慣，倒不一定真能為台灣人民制定出一套符合其理念的民法典，更何況最後受制於日本帝國政策而歸於失敗。相對的，1990 年代以降的習慣立法行動，乃是同樣受過嚴格歐陸法學訓練的台灣學者，不再假手於「他人」，而自己根據當代法學思潮與在地社會環境，為台灣進行習慣立法，且已有眾多的台灣法律人可就這些議題各申己見、相互辯詰；且最終是由具有在地民意基礎的立法機構，將其納入在地化以後的民法典或單獨立法，比起日治時期之僅由外來的統治階層專制地決定，更具有民主正當性。參見王泰升，前揭註 52，頁 212-213。

¹⁰³ 最高法院曾在 1997 年所為的某一判決中，基於當舖質係民間習慣而承認其屬特殊性質之質權（2007 年已立法承認當舖的營業質權），但直到 2009 年此項修正後，始立法上明定可依習慣創設物權。參見謝在全（2009），〈物權法新紀元：物權編通則及所有權之修正〉，《台灣法學雜誌》，122 期，頁 2；陳榮隆，前揭註 98，頁 36。

勅令，但法條上所謂「舊慣」、「習慣」是指可作為間接法源的習慣法。此外，2007年修正後的民法第827條，在依法律規定或法律行為之外，新增了可依習慣，來創設共同共有關係¹⁰⁴，亦使物權法更貼近台灣的真實社會生活。在法律解釋上，民法第827條所稱的「習慣」，只需是可解釋或補充當事人的法律行為或意思表示的事實上習慣即可，以降低社會上習慣被國家法承認的門檻。

或有論者對習慣僅具「地方性」有所疑慮。如前所述，社會上習慣來自特定族群或社群內對之有應遵守的共識，不免具有地方性，此所以強調全國一致性的法典經常排斥習慣。惟一旦具有民主正當性的民意機關，在立法上承認可依習慣，即表示接納其可能蘊含的地方性。縱令是欠缺在地民意參與的日治前期法制，由於民商事立法上已規定「依舊慣」，在司法上就解釋為係指台灣的「地方」習慣，而非整個日本帝國的習慣。

從應然的角度而論，民事財產法上接納在地社會習慣的作法應被肯定，此有助台灣現代法的多元化，且不妨害台灣之與國際社會接軌。透過民法債編和物權編的修正所擁抱的上述在地社會的習慣，其實是以百年前外來的、於今仍是世界主流之一的歐陸法概念為基盤，且在內涵上都經若干改造，此符合習慣之具流動性的特質。按人類社會的法規範固然有其一定的共通性，但仍因地理或人文條件而有若干差異性，故前揭擁抱在地習慣的民事財產法修正方向，只是適度地拉回以往之過於向西方傾斜爾。詳言之，台灣自日治初期，尤其是1923年之後，民事財產法的規範內容基本上均以西方法為尊，台灣人民總須以「自我否定」（例如不能依從關於合股的習慣）為代價，方可使用現代法制。往者已矣，來者猶可追。於今以台灣人民為主體來思考國家法的內涵，若能讓傳統與現代併存不是更好嗎？何況基於自主的選擇，本應省思包括資本主義經濟在內的現代性，是否全然都是值得台灣社會追求的

¹⁰⁴ 修正後的民法第827條規定：「依法律規定、習慣或法律行為，成一共同關係之數人，基於其共同關係，而共有一物者，為共同共有人。（第1項）前項依法律行為成立之共同關係，以有法律規定或習慣者為限。（第2項）各共同共有人之權利，及於共同共有物之全部。（第3項）」。

法律上價值？就算可以肯定該等法理念，在台灣社會的實踐方式也不必然須與西方社會一模一樣。因此實不宜再一味追逐歐美最新的立法例或判決例，倒是應該先深入了解在地社會的實況及需求，再據以決定應否引進外國法或其相關學說¹⁰⁵。

不過，若僅以「固有習慣」為由，還不足以正當化其之應作為民法典的一部份。例如，由於戰後台灣社會已極少人設定典權，故民法修正時曾有將其廢止的提議，但最終卻以典權乃「唯一純出於固有法」為理由之一予以保留。關於典權制度之應否廢止，可以有許多不同的考量，譬如保留典權之規定可讓人民多一種對物權類型的選擇等等，但不宜僅因係所謂的「固有法」就應保留。況且在台灣漢人社會，典之關係已因日治後期被轉化成不動產質權而消逝，故除未經歷日治時期的金門馬祖之外，今之台灣已不存在此習慣。若欲「重建」該失落的法律傳統，仍應賦予其當代的新意義，按法律傳統或習慣之應被延續，不是出於義務，而是出於需要¹⁰⁶。

與財產法不同的是，在身分法上許多漢人法律傳統，縱令仍某程度在台灣社會中存續，晚近都遭到國家法的斷然否決。1914 年台灣民法草案也曾藉著習慣立法，欲否定許多台灣人親屬繼承方面不合現代法理念的習慣¹⁰⁷，但晚近由台灣人民自己主導的民事立法活動，在沒有「外來者否定在地人」的顧忌下，對於過時的法律傳統已更加大刀闊斧地予以否定。其詳如下。

中華民國民法親屬繼承兩編，自 1980 年代後期及 1990 年代起，即透過大法官釋憲與立法修正，以具有某程度的「超前」性，革除過去傳統上的性別或尊卑不平等¹⁰⁸。2000 年代對這兩編所為的大幅修正，更顯示已走向告別漢人法律傳統的不歸路，不問社會中對這些傳統還有多少依戀。按 2007

¹⁰⁵ 具體的研究步驟，參見王泰升，前揭註 52，頁 34-38。

¹⁰⁶ 依據台灣近 10 年來用益物權登記件數統計，設定典權者僅 223 件，與設定永佃權者 267 件，同屬極少數，甚至件數上更少。物權編修正時已刪除了關於永佃權之規定，為何典權就不必刪除？若因仍有使用者，故為了提供更多的物權種類而保存了典權，則為何不基於同樣的理由保存永佃權？可見差別待遇的理由在於典權是所謂的「固有法」。參見王泰升，前揭註 52，頁 214，註 104-105。

¹⁰⁷ 其詳，參見王泰升，前揭註 52，頁 186-193。

¹⁰⁸ 參見王泰升，前揭註 30，頁 287。

年 5 月 23 日修正公布的民法親屬編，首先在結婚之形式要件，改變了在台灣國家法中已延續數百年的「儀式婚」主義¹⁰⁹，改為登記婚（第 983 條），不再認為依一定的社會儀式即足以公示具有法律上婚姻關係，非得向現代國家辦理登記不可¹¹⁰。同時放寬了裁判離婚事由，允許夫妻之一方以具有其他重大事由、難以維持婚姻為由請求法院准予離婚（第 1052 條）¹¹¹，進一步背離強調「合兩姓」（亦即「合兩家」）之好、「勸合不勸離」的漢人傳統觀念，轉而重視現代婚姻之合「兩性」及「兩人」之好。再者，漢人法律傳統同樣視收養為兩個「家」之間的事，雖日治時期已在法律論證上導入個人主義民法的思維，但須至戰後 1985 年的修正，才調整為以現代收養制度所強調的保障養子女之利益為宗旨，此時再沿襲該基本精神進行收養法的修正¹¹²。

民法繼承編關於概括繼承之修正，再次重創過去以「家」作為一個單位的「父債子還」漢人法律傳統。日治晚期及戰後的國家法已有限定繼承或拋棄繼承等「父債子可不還」的制度，但繼承人須遵守相當嚴格的程序規定始能限定或拋棄繼承。於 2000 年代晚期，關於繼承人對被繼承人債務之清償責任，尤其是許多弱勢家庭或是未成年人繼承巨額債務等案件不斷發生，立法委員紛紛提案要求修改繼承編以免除該等債務，甚至成為總統大選的競選政見¹¹³。故民法繼承編於 2008 年 1 月先修正為：對於保證債務、以及無行

¹⁰⁹ 參見王泰升，前揭註 30，頁 92、299。

¹¹⁰ 參見黃雅琴（2008），〈民法親屬編修正後法律婚主義之探討：從實務看法律婚主義修法之必要性〉，《月旦法學雜誌》，161 期，頁 37。

¹¹¹ 參見簡良育（2009），〈離婚法制沿革及國際發展趨勢之研究〉，《月旦法學雜誌》，175 期，頁 190；戴瑀如（2009），〈由離婚之本質論新修之離婚方式〉，《月旦法學雜誌》，173 期，頁 234。另有民法第 1052 條之 1 的修正，在此省略。

¹¹² 修正重點包括：區分未成年人與成年人之收養，強調未成年人養子女之最佳利益；放寬近親收養之範圍；收養一概須做成書面等等。參見林秀雄（2007），〈論我國收養法之修正〉，《月旦法學雜誌》，151 期，頁 169-170。另外，尚有與告別漢人法律傳統較無關的修正，例如放寬否認子女之訴的訴訟要件（民法第 1063 條），係反映醫學技術的進步，向血緣真實主義靠攏，其實漢人傳統對親子關係尚有由來於「恩義名分」者，似乎不那麼在乎血緣。

¹¹³ 參見劉宏恩（2009），〈繼承人對被繼承人債務之清償責任：民法繼承編規定的

為能力或限制行為能力人，改採法定限定繼承制度，再於同年 5 月修正其施行法，將上開新規定為溯及既往之適用¹¹⁴。再以回應民意為由，在無學者參與下，快速地於 2009 年 6 月 10 日修正公布民法第 1148 條第 2 項為：「繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負清償責任。」使繼承人在概括繼承之後，全面性地一律負法定的有限責任，但仍得拋棄繼承¹¹⁵。換言之，子可與所有的「父債」劃清界限。

不過，有些歸類上偏向現代法上所稱身分法的漢人法律傳統，在這一波立法修正中還是安然過關。如前所述，既有的祭祀公業仍可存續但將來須成為祭祀公業法人或財團法人，若屬祭祀公業或祭祀公業法人，即有女性子孫能否成為派下員的問題。戰後台灣法院一直跟隨民國時代中國的實務見解，承認限男系子孫始得為派下員之傳統為習慣法，無視於 1947 年憲法第 7 條已有性別平等之規定。在中華民國法施行於台灣 60 餘年後所制定的《祭祀公業條例》，於第 4 條就派下員之資格，猶以「尊重傳統習俗」為由，原則上維持限男系子孫始得為派下員的傳統，僅例外地允許原本在國家法上不能取得派下員資格的女性，於獲得派下成員高比例之同意時可成為派下員¹¹⁶。

三階段變遷與新法評釋》，《台灣法學雜誌》，133期，頁1。按2008年預估未成年之「背債兒」即達上萬人。參見聯合晚報（01/04/2008），〈限定繼承 全面回溯 今天上路 除債 上萬背債兒快向法院辦理〉，4版。

¹¹⁴ 2008年1月2日修正公布增訂民法第1148條第2項：「繼承人對於繼承開始後，始發生代負履行責任之保證契約債務，以因繼承所得之遺產為限，負清償責任。」，以及第1153條第2項：「繼承人為無行為能力人或限制行為能力人對於被繼承人之債務，以所得遺產為限，負清償責任。」於2008年5月7日增訂公布繼承編施行法第1條之2，將上開條文為溯及既往之適用。參見郭振恭（2009），〈民法繼承編修正後之問題〉，《月旦法學雜誌》，169期，頁248。

¹¹⁵ 參見林秀雄（2009），〈評析二〇〇九年繼承法之修正〉，《月旦法學雜誌》，171期，頁70；戴瑀如（2009），〈論全面法定限定繼承之修法〉，《月旦法學雜誌》，171期，頁91、105。

¹¹⁶ 該條例第4條規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。（第1項）派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。（第2項）派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員：一、經派下現員三分之二以上書面同

不過該條例第 5 條已跳脫原有的司法實務見解，而規定：「祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員」，並不限於男性子孫。在該條的立法理由中，還強調「基於民法規定男女繼承權平等，本條例施行後之祭祀公業即不宜再依宗祧繼承之習俗排除女性繼承派下之權利」¹¹⁷。惟社會上受漢人傳統影響，女性經常被排除於「共同承擔祭祀」之外，依此規定將不能繼承祭祀公業派下之權利。是以該條例第 5 條，似不欲主動的基於國家法上價值而否定社會上傳統，寧願被動的留待社會本身的變遷來翻轉祭祀傳統，例如在性別意識有所改變或少子化之後，將性別或姓氏與祭祀脫勾。

二、原住民族習慣的國家法化

如前所述，戰後國民黨政府所為規模與深度均不及日治時期的習慣調查，根本未觸及屬於南島民族的原住民族的習慣，顯示其漠視原住民族之擁有不同於漢族的文化。直到 1990 年代李登輝主政下的國民黨政權統治晚期，國

意。二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。（第 3 項）」而在立法理由的第二點調：「基於尊重傳統習俗及法律不溯既往之原則，對於已存在之祭祀公業明定其派下員依規約定之，無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。除上揭臺灣傳統習慣當然取得派下員資格外，其餘派下之女子、養女、贅婿等例外情形取得派下員資格應經派下現員三分之二以上書面同意或經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。」立法院法律系統網站，
[http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@18:1804289383:f:NO%3DE05146*%20OR%20NO%3DB05146\\$\\$10\\$\\$\\$NO-PD](http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@18:1804289383:f:NO%3DE05146*%20OR%20NO%3DB05146$$10$$$NO-PD)（最後瀏覽日：02/01/2014）

¹¹⁷ 參見立法院法律系統網站，
[http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@18:1804289383:f:NO%3DE05146*%20OR%20NO%3DB05146\\$\\$10\\$\\$\\$NO-PD](http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@18:1804289383:f:NO%3DE05146*%20OR%20NO%3DB05146$$10$$$NO-PD)（最後瀏覽日：02/01/2014）。如前所述，司法上以「祭祀公業派下權以男系子孫為限」為習慣法而適用於個案，乃特定價值判斷的結果。按另一種可能的法律解釋是，民法對於像祭祀公業這樣附隨著祭祀之責的財產，已明白否定漢人法律傳統上的限於男性繼承，故不能再以此項習慣法為補充法源。此一立法理由等於是，支持該另一種法律解釋所立基的價值判斷。

家法終於透過包括憲法上改稱「原住民族」等方式，表達對原住民族的尊重態度¹¹⁸。再因 2003 年「鄒族頭目搶奪蜂蜜案」引發原住民社會（族群）批判漢人的國家不尊重原住民族習慣，而由當時的民進黨政府開啟了對原住民族習慣的調查¹¹⁹，2008 年國民黨再次執政後仍持續為之。雖然目前其調查報告還未能完全符合法院將原住民族習慣認定為習慣法或事實上習慣時之所需，但法院就司法個案依職權調查習慣時，至少有一個起碼的參考資料。例如 2010 年臺灣高等法院在後述「司馬庫斯倒木案」，即引用這項政府調查而為有利於原住民被告之判決。當然在司法個案的審理程序上，尚有舉證責任問題。按現行民事訴訟法第 283 條所規定之「習慣」，由當事人負舉證責任，但法院得依職權調查，係指具有法源性格的習慣法而言；至於事實上習慣，則以其屬於事實之問題而為舉證及調查¹²⁰。惟從司法為民的角度，法院在程序法所允許的範圍內，宜盡量發現習慣法及事實上習慣。

在中央政府由民進黨執政的期間（2000-2008），國家法中已增加不少與原住民族法律傳統有密切關係的法律條文¹²¹。於 2000 年民進黨執政之前，中華民國原住民族法制係以「國家中心」的觀點，從國家發展的角度思考原住民族事務，之後則轉為奠基於國家與原住民族的「新夥伴關係」，形塑原

¹¹⁸ 1991年及1992年憲法修正時明文保障時稱「山胞」之原住民的公民與政治權利，1994年於憲法增修條文中將「山胞」正名為「原住民」，以彰顯原住民族係台灣土地上原本的主人，1997年憲法修正時確立原住民族條款（憲法增修條文第10條第11、12項）的集體權地位，並於1998年公布施行了第一部原住民族專屬法律－《原住民族教育法》。參見蔡志偉（Awi Mona）（2011），〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，《臺大法學論叢》，40卷特刊，頁1504、1512、1525、1528-1529。

¹¹⁹ 在因該案而舉辦的座談會上，筆者主張政府應對原住民族習慣進行調查，以方便司法機關於處理個案時可參酌之，其後時任行政院原民會副主委的浦忠成教授即推動此項調查工作。亦參見聯合報（04/21/2003），〈抓盜採變強盜 鄒族頭目喊冤 學者建議調查原住民習慣 設置專業法庭〉，B6版。

¹²⁰ 鄭玉山法官已對此議題為詳盡的討論。參見鄭玉山，前揭註76，頁133、154。

¹²¹ 國家法所認定的原住民族，已從原來的9族，到2008年擴充至14族。按2001年增邵族，2002年增噶瑪蘭族，2004年增太魯閣族，2007年增撒奇萊雅族，2008年4月23日再增列賽德克族。

住民族的集體性權利¹²²。成為「夥伴」後的原住民族的法律傳統（或稱「原住民族法」）¹²³，已被國家法「看見」了。自 2001 年 1 月 1 日起施行的《原住民身分法》，明定原住民所生子女之稱姓，不受中華民國民法相關規定之限制¹²⁴，這是戰後首次出現以特別立法，排除民法典對原住民的適用。雖法律條文上未言「習慣」，但實質上等於是就該特定事項，原住民族的法律傳統優先於國家的民法上規定。按台灣漢人在來自日本的異族政權統治下，自始至終 50 年來，關於親屬繼承事項都是得到這樣的對待；台灣原住民卻在漢人為主的異族政權統治 50 餘年之後，才僅就姓名獲得類似的待遇。惟在原漢一體對待的觀念被突破後，不少刑罰法規也開始顧及原住民族的固有文化而制定例外性規定，將原住民某些行為予以「除罪化」（但仍為行政管制）。2001 年之後，原住民族因狩獵文化而製造或持有獵槍、魚槍「供作生活工具之用」，已不再觸犯《槍砲彈藥刀械管制條例》所規定之罪；2004 年《野生動物保育法》修正後，原住民族「基於其傳統文化、祭儀」之用，得「獵捕、宰殺或利用」一般野生動物（不含保育類）；2004 年《森林法》修正後，就「森林位於原住民族傳統領域土地者，原住民族得依其生活慣俗需要，採取森林產物」¹²⁵。2005 年公布施行的《原住民族基本法》，依憲法增修條文而在法制上具體實踐原住民族主體性¹²⁶，明定將保障原住民族的語言文化、傳統的狩獵或採集等行為、傳統的生活方式及社會結構，以及在司法或其他紛爭解決程序上尊重其族語與傳統習俗文化及價值觀（參見第 9-10、12、19、23、30 條）。2007 年公布的《原住民族傳統智慧創作保護條例》，則被

¹²² 參見蔡志偉（Awi Mona），前揭註 118，頁 1513-1514、1526。

¹²³ 就像本文一再出現的「漢人法律傳統」，在學界亦被視為是一種「法」，而稱之為「傳統中國法」。

¹²⁴ 原住民身分法第 4 條第 2 項揭示：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」並在第 7 條明定可「不受民法第一千零五十九條及姓名條例第一條第二項規定之限制」，展現其之作為民法的特別法。

¹²⁵ 其詳細的規定及發展經過，參見蔡志偉（Awi Mona），前揭註 118，頁 1530-1533。

¹²⁶ 參見蔡志偉（Awi Mona），前揭註 118，頁 1512、1529。

學者認為是確認了一種堪稱「原住民族傳統智慧創作專用權利」的集體性權利，乃「平行」於以個人主義為基盤的民法體系的「特殊權利」¹²⁷。

上述這些立法目前並未被行政或司法部門所積極執行，此誠然源自國家機關未能理解並尊重在歷史上長期被忽略甚至被污名化的原住民族文化¹²⁸，但從法學的角度而論，亦導因於原住民族的法律傳統，極少被當成可作為法源的習慣法，或在法律條文中明定若有習慣即依習慣（學說上視此為事實上習慣），更不用說進行習慣立法，故難以獲得現代法上包括權利制度等機制的保障。按這些號稱保障原住民族的立法條文，對於源自法律傳統的原住民族社會的習慣，頂多稱之為「生活慣俗」，僅著重於被動的排除刑法上的違法性，仍不能主動的據以規範人民之間、或人民與包括國家的公法上團體之間的權利義務關係。是以迄今最佳的範例，只不過是 2009、2010 年有關「司馬庫斯倒木案」的司法判決，依從《原住民族基本法》上尊重原住民族文化的誠命，以《森林法》中允許「依其生活慣俗需要，採取森林產物」之規定，引用政府所為習慣調查所載「泰雅族生活習慣會對山中資源視為財產的一種」，而認定搬運倒木之行為係正當的，宣告涉案之原住民無罪¹²⁹。然而，未來此是否成為行政或司法機關普遍的作法尚待觀察，且原住民族在民事法上也未因此被賦予取得山中資源的權利。換言之，原住民社會中就使用自然資源所形成之族人具有「法的確信」的規則，並未被國家法化、權利化。

¹²⁷ 參見黃居正（2009），〈特殊權利概念的重建：評析原住民族傳統智慧創作保護條例〉，劉靜怡、黃居正、邱澎生（編），《傳統智慧與公共領域：原住民族傳統智慧創作保護論文集》，頁121-160，台北：數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計畫、數位典藏與數位學習國家型科技計畫拓展台灣數位典藏計畫。

¹²⁸ 參見蔡志偉（Awi Mona），前揭註118，頁1531-1534。

¹²⁹ 關於本案的內容及分析與探究已有其他論著詳述，請參見蔡志偉（Awi Mona），前揭註118，頁1529-1530、1533-1534；王泰升（2010），〈法律史：臺灣法律發展的「輪替」、轉機與在地化（2007-2009）〉，《臺大法學論叢》，39卷2期，頁195-196。對於司法機關原本對該案所持見解的批判，參見王皇玉（2009），《刑罰與社會規訓：台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，台北：自刊，頁255-279。

在以各種法學或文化理論批判國家法的同時，以「夥伴」的立場要求國家的「國家法」接納原住民族的「原住民族法」的內涵，亦即將原住民族習慣法律化／法制化或權利化，仍是確保原住民族生存發展最務實的作法¹³⁰。如前所述，近年來台灣漢人社會的習慣，有民事財產法上被接納、民事身分法上被否定的現象，此一兼顧傳統與現代、人民自主決定的進程，理應同樣為台灣原住民所享有。詳言之，依民法第 1 條認定作為補充性法源的習慣法，或依民法第 757 條認定物權習慣法時，別忘了原住民族社會（各族群）裡，或源自固有的法律傳統，或因長期施行中華民國法而為當今一般人認為均應遵守的習慣。尤其是民法第 827 條已新增可依習慣來創設共同共有關係，按於今某些原住民部落仍有一些屬於集體擁有的利益，並有其共同遵守的行事規則，故可將其解釋為係民法第 827 條的「習慣」，讓族人據以成立國家法上共同共有關係，俾能運用包括法院在內的現代國家機制來維護其共同生活秩序。

就像漢人的祭祀公業之例所示，在法院就原住民社會上所發生的具體爭議，累積了許多運用現代法的概念、審酌現代法的理念所做成的法律適用（判決）之後，就可以考慮進行習慣立法。為習慣立法時還可整體關照到各種法律關係的衡平性，參考外國的學理或立法例，制定成具有可預測性、兼顧各方利益的條文，以作為「法的統治」中的「法」，避免再發生原住民族在戰後的依法統治下，卻比不依法統治的日治時期更加失去族群認同的歷史反諷。不過，就如日治時期漢人傳統曾在殖民地立法上，被轉化為保甲、笞刑、犯罪即決、民事爭訟調停等悖於現代性的制度並招來罵名，於今宜以批判的態度思考應否以習慣立法延續固有法律生活方式，並由原住民族自己為價值選擇。

此外，向來欠缺有關原住民族法律傳統的法學知識，亦是原住民族習慣難以進入國家的司法體系或被行政、立法部門所考量的重要原因之一。按司

¹³⁰ 以此為探究重點的論文，例如林佳陵（2012），〈原住民族神聖文化之法律化及其內涵〉，國立臺灣大學法律學系博士班博士論文。

法院已自 2013 年開始讓地方法院以專庭或專股的方式審理原住民案件¹³¹，在國家法正式承認原住民司法案件具有特殊性後，原住民族法學也較有機會成為法學教育課程的一部份，並因此刺激原住民族法學之發展。經法院逐案地依現代的法律概念，於民事事件中認定或適用習慣規範，或於刑事案中以原住民擁有可被接受的固有法律觀而免除刑責¹³²，就能累積更多的能量以進行更高層次的習慣立法，包括制定出專以原住民為適用對象、納入其文化觀念的法律。

三、國家法應與社會中的法對話

展望未來，在民主的台灣，可讓仍保有一部份法律傳統的原住民族，不受限於東亞從日本明治維新以來一直採行之跟從西方現代法制的法律發展模式，嘗試將更多固有法規納入現代法的法律生活中。這恐怕是法律傳統「已經回不去」的台灣漢人（例如台灣漢人關於典的傳統），所沒有的機會。換言之，在理解原住民族的法律傳統的內涵及理念後，可與現代法相關的內涵及理念相比較，若原住民族自主決定較喜好傳統的內涵與理念，則可以用現代的法律概念將其轉譯進入現代法制度中，且不只是民事法，還應包括民事法、程序法、行政法等，或者以各種法學理論避免遵從法律傳統者遭受國家法的制裁。雖然在民事以外的法領域，日治初期日本統治者原則上不願向台灣漢人開放讓固有法進入，日本、韓國或民國時代乃至今之中國在法律現

¹³¹ 司法院於 2012 年 5 月 15 日曾召開「評估設置原住民族專業法庭之可行性」座談會，筆者亦參與其中，該會議的結論肯定原住民族專業法庭在國家法上的意義及司法實務運作上的必要性。會後司法院決定在幾個地方法院中設置原住民族專庭或專股，以辦理原住民相關司法案件，並已從 2013 年 1 月 1 日起實施此創舉。

¹³² 以前舉「司馬庫斯倒木案」為例，依部落決議將倒木運回以做部落造景，係依從原住民社會的法律傳統，但在國家法上卻違反國有林之林產物屬於國家的規定。有刑法學者指出，可引用刑法第 16 條：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑」之規定，以原住民可能受到固有法律傳統的影響，而不認同奠基於現代法觀念的國家法上規定，故要求其遵守國家法實欠缺期待可能性，從而其之「不知法律」，乃是「有正當理由而無法避免」，應免除刑事責任。參見王皇玉，前揭註 129，頁 273-278。

代化過程中也大體上如此做，但在今日多元文化主義的思考下，台灣可以不拘泥於過去那種以單一法制來建構國族國家的老路，而催生出更多的原住民族特別立法。

總之，於今國家法應謙虛地面對被其稱為「習慣」、但實為在歷史實踐中所形成的「社會中的法」(law in society)¹³³，亦即本文一開始曾提及的「民間法」。在 19 世紀後期日本明治國家仿效當時的普魯士，乃是為了形塑國族國家 / 主權國家而建構以憲法為最高規範的國家法律體制，非為自由憲政秩序而建立國家，前述國家法對待習慣的方式即是基於這種為國家而制法的思維。戰後的德國係以自然法，批判戰前基於前揭目的地所做成的實證的國家法。不過，德國乃至整個西方社會所稱自然法之內涵，終究是其特定歷史文化(含宗教)底下的正義觀，欲將之普及於全世界的人類，不免滋生爭議。是以，不妨面對人類社會在歷史文化上的差異性，另以「社會中的法」的概念來表徵某特定社會的正義觀，進而要求自居於社會之上、欲改造社會的現代型國家必須與社會對話。且不同於自然法論者之認為自然法優位於實證的國家法，在此所主張的是：社會中的法與國家法的平等對話及協商，雙方都應有相互退讓的準備和空間。具體而言，在一個為維護自由民主憲政生活方式而建立的國家，應包容由於歷史文化上差異而存在的複數的法律觀。就像美國的憲政秩序可包容路易斯安那州施行傳承自法國的歐陸式法律體系，台灣的憲政秩序也應該可包容原住民族施行具有其文化傳統的法律體系¹³⁴。正是為了維護這樣一個多元尊重的憲政生活方式，台灣人民始需要爭取以國家的地位立足於今之國際社會。這樣的國家，才能被更多的台灣人民所支持¹³⁵。

¹³³ 此一用語可能令人聯想到「law in book」、「law in action」的說法。由於本文強調的是相對於國家的社會，所觀察的是國家經常係「外來」的台灣社會，故改稱為「law in society」以顯現社會之作為與國家相對的主體。

¹³⁴ 筆者於另文中亦主張，台灣的憲政秩序應包容社會上因歷史文化經驗及現實利益等差異而生的國族認同。參見王泰升(2007)，〈台灣近代憲政文化的形成：以文本分析為中心〉，《臺大法學論叢》，36卷3期，頁37。

¹³⁵ 這一段論述是在西雅圖Burke-Gilman Trail自在地騎單車時想到的，一個城市或一個國家存在的意義，就在於讓其成員能悠游自在地過生活，而不在其有多少人口、多少資源，或多麼「偉大」。

六、結論

台灣從 19 世紀末進入現代型國家的統治後，存在於社會的習慣規範主要係透過三種模式被國家法所吸納。第一種模式是由立法機關將社會上習慣的內涵制定成法律條文的「習慣立法」，這些法律又被稱的「固有法」，在條文上雖無「習慣」兩字卻蘊含著習慣的實質。惟在台灣的第一個現代型國家乃是日本帝國，日本的國家法在法律西方化 / 現代化的方針下，至多僅會將少數日本社會的習慣內涵制定法化（如民法上的家制）。不過日本在將這部貶抑東亞法律傳統的現代法制帶入台灣時，出於殖民統治上需要，曾在刑法及程序法上採取保甲、笞刑、犯罪即決與民事爭訟調停等習慣立法，卻因惟恐台灣殖民地走向自治乃至獨立，而拒絕施行融合台灣人習慣與現代民商法的 1914 年台灣民法草案，扼殺了在與人民日常生活關係密切的民商事項上採行習慣立法的可能。於是台灣在地的習慣，在日治後期幾乎無從透過習慣立法而成為國家法的一部分（依其他方式待後述）。二次大戰後，台灣全面施行作為民國時代中國法律現代化成品的中華民國法制，其當初在中國制定時當然不會將非屬領土的日治台灣的習慣轉化成法律條文。直到 1990 年代，事實上係由台灣社會所組成的這個仍稱「中華民國」的國家，才從民法債編和物權編的修正到制定祭祀公業專法等，展現了習慣立法的「敗部復活」，對台灣民事財產法制之過度向西方傾斜為必要的調整，但亦在民事身分法制上對固有法律傳統做進一步的否定。然而，在民事法以外的法領域仍幾乎不見習慣立法的蹤跡。下一個課題將是，仍保有部分法律傳統的原住民族，應否先經下述習慣法的階段後，透過習慣立法落實其在台灣這個自由憲政國家內的自治。

第二種模式是在歐陸法系底下，由司法或行政機關依據法律之規定（條文上載明「習慣」兩字，以作為直接法源），將社會上習慣認定為屬於間接法源的「習慣法」，意指社會一般人確信某些「事實上習慣」如同法律一樣應被普遍地遵守，亦即已有「法的確信」。日治前期僅涉及台灣人的民商事項以及日治後期僅涉及台灣人的親屬繼承及祭祀公業事項，由於律令或勅令

明定「依舊慣」或「依習慣」，故依日本《法例》第2條之規定，應以最終係由法院依現代法律概念所認定的台灣人習慣法，而非日本現代民商法，來作為準據法。臺灣總督府法院亦因而將台灣人固有的習慣規範改造為一套類似「普通法」的規範體系，此曾被作為前述1914年台灣民法草案的底本。惟日治後期民事習慣法可適用的範圍，限縮至僅涉及台灣人的親屬繼承事項，意味著台灣社會習慣在國家法上地位的倒退。戰後改行原本就相當排斥習慣法模式的中華民國法制後，民事習慣法更大幅被限縮至僅在法律無明文規定時，始能作為「補充性法源」；且在司法實踐上曾被認係習慣法者，亦僅有關於祭祀公業派下權一例。另一方面，高山族原住民族的民刑事項、程序法乃至行政法事項，於日治時期由於原則上不適用現代型法制，故原住民族習慣有機會成為理蕃警察個案裁量時的重要考量，於戰後反因一律適用中華民國現代法制，導致其民族的習慣被排除於國家法之外。其實不論日治時期或戰後，強調單一國族國家、單一法制的台灣國家法，除了民事實體法在極其有限的範圍之外，就刑法、程序法、行政法等事項幾乎都不承認源自特定種族或社群的習慣法可作為間接法源。此一態度在國家肯認族群多元文化的價值後，可能將遭到挑戰。

第三種模式與第二種模式同樣是經由司法或行政機關，認定社會上習慣係欠缺「法的確信」、不具有法源性格的「事實上習慣」，而在依附於法律規定（「習慣」兩字為條文的構成部分）或私法自治原則（不得違反強行規定）的情形下，實質上讓社會的習慣發揮規範作用。日治時期國家法較重視的是第二種（習慣法）模式，但戰後在不同的法制底下，國家法主要是在司法實踐上本於特定的價值判斷，而以「事實上習慣」的方式接納社會的習慣。且這些被法院認為是「事實上習慣」者，較常被使用於解釋或補充當事人法律行為或意思表示，例如關於祭祀公業、最高限額抵押、合會等習慣即因此被納入國家法，而極少是依據民法典內就財產法任意規定所明定之「另有習慣者，依／從其習慣」。不過亦有在國家法上不以習慣之名，而依據其他法律關係以實質承認社會上之習慣者，如童養媳的習慣。台灣社會的習慣規範於戰後難以進入國家法之內，除了法制本身的原因之外，還由於欠缺全面性

的習慣調查報告。尤有甚者，原住民族習慣迄今不曾被法院認定為民事法上的習慣法或事實上習慣，且一直到最近才有關於原住民族習慣的初步調查，迄今國家法頂多參酌原住民族習慣而免除原住民的刑法上違法性，很少根據習慣賦予原住民在民法或其他法領域上的權利。整體而言，如何在民事實體法領域之外，讓存在於台灣社會的習慣，在國家法的形塑上扮演更重要的角色，尚有待未來進一步研究與省思。

若將上述有關台灣法律社會史的經驗事實運用於法律論證¹³⁶，則法制定（立法論）上，基於當今尊重多元文化的法理念，前揭「財產法接納在地習慣與身分法告別法律傳統」的民法修正趨勢，允為未來的立法方針。甚至不論公法私法、實體法程序法，均不必汲汲於追逐外國最新立法或盲從固有的法律傳統，悉應以社會有無需要或法價值觀於今應否調整為斷。本於各民族應平等之原則，亦宜對原住民族採取在台漢族曾經歷過的「從習慣法到習慣立法」模式。而法適用（司法論）上，可承襲百餘年前從明治民法所衍生的習慣法與事實上習慣的概念，盡可能接納具有正當性的社會上習慣。晚近台灣民法物權編新增之可創設物權的習慣，應指包括原住民族法律傳統在內的習慣法，民法物權編新增之可創設共同共有關係的習慣，則指事實上習慣。且既然司法實踐上可相當程度接受漢族有關祭祀公業的習慣，則原住民族的法律傳統也應得到較為寬容的對待。

經由「傳統與現代對話、人民自主決定」，今之台灣，應成為一個可看見多元之美的自由民主憲政國家。

¹³⁶ 這是本文整個論述的方法論上基礎，參見王泰升，前揭註52，頁30-38。

參考文獻

一、中文部分

- 王皇玉(2009)。《刑罰與社會規訓：台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》。
台北：自刊。
- 王泰升(1999)。《台灣日治時期的法律改革》。台北：聯經。
- (2002)。《台灣法的斷裂與連續》。台北：元照。
- (2005)。《台灣法的世紀變革》。台北：元照。
- (2006)。《台灣法律史的建立》，修訂2版。台北：自刊。
- (2007)。〈台灣近代憲政文化的形成：以文本分析為中心〉，《臺大法學論叢》，36卷3期，頁1-49。
- (2010)。〈法律史：臺灣法律發展的「輪替」、轉機與在地化(2007-2009)〉，《臺大法學論叢》，39卷2期，頁165-198。
- (2010)。《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：自刊。
- (2011)。〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心〉，《臺大法學論叢》，40卷1期，頁1-98。
- (2012)。〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉，收於：台灣法學會台灣法學史編輯委員會(編)，《戰後台灣法學史(上)》，頁1-66。
台北：元照。
- (2012)。〈殖民現代性法學：日本殖民統治下台灣現代法學知識的發展(1895-1945)〉，《政大法學評論》，130期，頁199-256。
- (2012)。《台灣法律史概論》，修訂4版。台北：元照。
- (2013)。〈法律現代化與「內地延長」的再延長：以日治後期與戰後初期的承接為中心〉，收於：謝國興(主編)，《邊區歷史與主體性形塑》，頁89-155。台北：中央研究院。

- 王泰升、陳怡君（2013）。〈從「認同」到「認定」：西拉雅族人的原住民身分認定問題〉，《台灣法學雜誌》，217 期，頁 12-25。
- 王澤鑑（1990）。《民法實例研習：民法總則》，修訂 8 版。台北：自刊。
- （1999）。《法律思維與民法實例》。台北：自刊。
- （2009）。《民法物權》。台北：自刊。
- （2009）。《民法概要》，修訂 2 版。台北：自刊。
- 史尚寬（1936）。《民法總則釋義》。上海：會文堂新記書局。
- 司法行政部（編）（1969）。《中國民事習慣調查報告錄》。台北：進學書局。
- （編）（1969）。《臺灣民事習慣調查報告》。台北：自刊。
- 何鳳嬌（編）（1990）。《政府接收臺灣史料彙編（上）》。台北：國史館。
- 余榮昌（1931）。《民法要論總則》。北京：朝陽學院。
- 李建良（2007）。〈人民與國家「身分連結」的法制詮要與法理探索：兼論台灣人國籍的起承斷續問題〉，《臺大法學論叢》，36 卷 4 期，頁 1-60。
- 林呈祿（署名：「記者」）（1921）。〈施行民法商法宜置除外例〉，《臺灣青年》，漢文之部，3 卷 4 號，頁 21-26。
- 林秀雄（2007）。〈論我國收養法之修正〉，《月旦法學雜誌》，151 期，頁 169-196。
- （2009）。〈評析二〇〇九年繼承法之修正〉，《月旦法學雜誌》，171 期，頁 69-89。
- 林佳陵（2012）。《原住民族神聖文化之法律化及其內涵》，國立臺灣大學法律學系博士班博士論文（未出版），台北。
- 施啟揚（1987）。《民法總則》，修訂 4 版。台北：三民。
- 胡長清（1935）。《民法總則》。上海：商務印書館。
- 高其才（2008）。《中國習慣法論》，修訂 2 版。北京：中國法制出版社。
- （編）（2010）。《當代中國少數民族習慣法》。北京：法律出版社。
- 張正學、曹傑（1938）。《民法總則註釋》。長沙：商務印書館。
- 張曉萍（2010）。《論民間法的司法運用》。北京：中國政法大學出版社。

- 郭振恭（2009）。〈民法繼承編修正後之問題〉，《月旦法學雜誌》，169期，頁 244-253。
- 陳忠五，（2012）〈戰後台灣財產法學說變遷〉，收於：台灣法學會台灣法學史編輯委員會（編），《戰後台灣法學史（上）》，頁 191-254。台北：元照。
- 陳昭如（1997）。《離婚的權利史：台灣女性離婚權的建立及其意義》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），台北。
- 陳榮隆（2007）。〈擔保物權之新紀元與未來之展望〉，《台灣本土法學雜誌》，93期，頁 21-63。
- （2009）。〈互動而成之新物權通則及所有權〉，《月旦法學雜誌》，168期，頁 5-41。
- 陳瑾昆（1931）。《民法通義總則》。北平：朝陽學院。
- 曾文亮（2010）。〈全新的「舊慣」：總督府法院對臺灣人家族習慣的改造（1898-1943）〉，《臺灣史研究》，17卷1期，頁 125-174。
- 最高法院判例編輯委員會（編）（2001）。《最高法院判例要旨：民國十六年至八十七年》。台北：最高法院。
- 黃居正（2009）。〈特殊權利概念的重建：評析原住民族傳統智慧創作保護條例〉，收於：劉靜怡、黃居正、邱澎生（編），《傳統智慧與公共領域：原住民族傳統智慧創作保護論文集》，頁 121-160。台北：數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計畫、數位典藏與數位學習國家型科技計畫拓展台灣數位典藏計畫。
- 黃茂榮（1982）。《民法總則》，修訂2版。台北：自刊。
- 黃雅琴（2008）。〈民法親屬編修正後法律婚主義之探討：從實務看法律婚主義修法之必要性〉，《月旦法學雜誌》，161期，頁 36-48。
- 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。
- 劉宏恩（2009）。〈繼承人對被繼承人債務之清償責任：民法繼承編規定的三階段變遷與新法評釋〉，《台灣法學雜誌》，133期，頁 1-19。

- 歐陽谿（1933）。《法學通論（上）》。上海：會文堂新記書局。
- 蔡志偉（Awi Mona）（2011）。〈從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展〉，《臺大法學論叢》，40 卷特刊，頁 1499-1550。
- 蔡桓文（2007）。《國家法與原住民族習慣規範之衝突與解決》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），台北。
- 鄭玉山（2005）。〈民事習慣在司法實務上之運用〉，收於：最高法院學術研究會（編），《最高法院學術研究會叢書（十）：法律史與民事司法實務》，頁 59-167。台北：最高法院。
- 鄭松筠（署名「鄭雪嶺」）（1921）。〈就民商法施行而言〉，《臺灣青年》，漢文之部，3 卷 4 號，頁 17-21。
- 鄭政誠（2005）。《臺灣大調查：臨時臺灣舊慣調查會之研究》。台北：博揚。
- 戴炎輝（1978）。《中國繼承法》，修訂 8 版。台北：自刊。
- 戴瑀如（2009）。〈由離婚之本質論新修之離婚方式〉，《月旦法學雜誌》，173 期，頁 232-240。
- （2009）。〈論全面法定限定繼承之修法〉，《月旦法學雜誌》，171 期，頁 90-105。
- 謝在全（1997）。《民法物權論（下）》，修訂 2 版。台北：自刊。
- （2009）。〈物權法新紀元：物權編通則及所有權之修正〉，《台灣法學雜誌》，122 期，頁 1-14。
- （2010）。〈物盡其用與永續利用：民法用益物權之修正〉，《台灣法學雜誌》，146 期，頁 1-22。
- 韓忠謨（1977）。《法學緒論》，修訂 6 版。台北：自刊。
- 簡良育（2009）。〈離婚法制沿革及國際發展趨勢之研究〉，《月旦法學雜誌》，175 期，頁 182-202。

二、日文部分

- 三瀨信三（1931）。《民法總則提要：上卷》，全訂改版 12 版。東京：有斐閣。
- 千種達夫（1964）。《滿洲家族制度の慣習》。東京：一粒社。
- 大村敦志（2009）。《民法読解：総則編》。東京：有斐閣。
- 山中永之佑（編）（2002）。《新・日本近代法論》。京都：法律文化社。
- 山根幸夫（1976）。《論集近代中国と日本》。東京：山川。
- 中生勝美（2000）。〈ドイツ比較法学派と台湾旧慣調査〉，收於：宮良高弘、森謙二（編），《歴史と民族における結婚と家族：江守五夫先生古稀紀念論文集一》，頁 373-400。東京：第一書房。
- 広中俊雄（1997）。《民法解釈方法に関する十二講》。東京：有斐閣。
- 団藤重光（1988）。《現代法学全集（1）：法学入門》，増補版。東京：筑摩書房。
- 岡松參太郎（1903）。〈臺灣現時の法律〉，《臺灣慣習記事》，3 卷 1 號，頁 7-9。
- 拓務大臣官房文書課（1941）。《内外地法令對照表》。東京：自刊。
- 林呈祿（1922）。〈民法の親族規定を臺灣人に適用する法案の疑義〉，《臺灣青年》，和文之部，3 卷 6 號，頁 21-35。
- 柳澤義男（1977）。《実定法の体系と原理》。東京：八千代。
- 梅謙次郎（1908）。《民法要義卷之一：總則編》，訂正増補 29 版。東京：有斐閣。
- 福島正夫（1995）。〈岡松參太郎博士の台湾旧慣調査と、華北農村慣行調査における末弘巖太郎博士〉，收於：戒能通厚（編），《福島正夫著作集（第 6 卷：比較法）》，頁 389-424。東京：勁草書房。
- 臺灣總督府高等法院（編）（1923）。《高等法院判例全集：大正十一年》。台北：自刊。
- 臨時臺灣舊慣調査會（編）（1909）。《臺灣私法（第一卷，上）》。台北：自刊。

三、英文部分

- Henderson, D. F. (1968). Law and Political Modernization in Japan. In R. E. Ward (Ed.), *Political Development in Modern Japan* (pp.387-456). Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Robinson, O. F., Fergus, T. D., & Gordon, W. M. (1994). *European Legal History : Sources and Institutions* (2nd ed). London, England: Butterworths.
- Takayanagi, K. (1969). John Henry Wigmore. In J. H. Wigmore (Ed.), *Law and Justice in Tokugawa Japan, Part I: Introduction* (pp.xvii-xxiv). Tokyo: University of Tokyo Press.

Legalization of Societal Customs in Taiwan

Tay-Sheng Wang^{*}

Abstract

The attitude of Taiwan's state law toward societal customs came from Meiji Japan, the first country who tried to modernize its legal system in East Asia. In Meiji Japan, because the statute basically adopted Continental European law, societal customs were not parts of the state law unless they were recognized as "customary law" or "factual customs" in the positive law, although few of customs had been incorporated into the Japanese Civil Code. Such an attitude toward customs was received by China during the late Qing and Republican era, and then came Taiwan, a former Japanese colony, after the end of the World War II. It is difficult for customs to meet the needs of clarity and predictability required by the modern law, but customs indeed influence human behaviors in a society. Partly because of lacking knowledge about legal development of Taiwan in the past hundred year, Taiwanese legal scholars pay little attention to what kind of role custom has played in the state law of Taiwan.

During the former period of Japanese administration, Taiwanese civil matters and land relationship in Taiwan were determined by customary law, rather than Japanese modern-style Civil Code. Those old customs of Han Chinese in Taiwan were thus interpreted by legal terminology of Continental European law and selected to be rules in the customary law mentioned above. This kind of combination of customs and modern law in Taiwan was different from that in Meiji Japan or in Republican China. On the other hand, it was not required to rule mountain indigenous peoples by law during the Japanese period, and therefore their customs were not necessarily interpreted as rules in the customary law. The policemen who were in charge of dealing with legal affairs

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

of mountain indigenous peoples actually took customs into considerations when they made judgment on the cases involving with mountain indigenous peoples. During the latter period of Japanese administration, due to Japanese nationalism, the policy of “extension of homeland” prevailed in colonial Taiwan; not surprisingly, those drafts specifically designed for civil law in Taiwan were never approved by the authorities in metropolitan Japan. Since 1923, the customary law was applicable merely for Taiwanese family and succession matters and ancestor worship. In fact, the colonial court frequently revised Taiwanese customary law, but brought only a few modern elements to Taiwanese law. The succession system in the Japanese modern-style Civil Code was far different from that of Han Chinese so that this code was not suitable for the Taiwanese. The first generation Taiwanese legal professionals discussed the role of customs in the state law from the viewpoint of the Taiwanese; however, they did not reach the consensus and could not promote legislation in a colonial parliament.

In post-war Taiwan, the KMT regime ignored the uniqueness of Taiwan on the basis of Chinese nationalism, and did not allow customary law to be governing law in civil and commercial matters in Taiwan. The societal custom relating to the membership of ancestor worship was the only one which was recognized as “customary law” in the state law. A few customs were regarded as “factual customs” and therefore became parts of agreement of parties. By contrast, the customs of indigenous peoples were never recognized as “customary law” or “factual customs” in the post-war state law. Nevertheless, since the democratization of Taiwan in the 1990s, those legislators who are elected by people in Taiwan have been happy to codify local customs so that the customary legislation has re-emerged in Taiwan again after its failure in the 1910s. The current legislature in Taiwan is more confident in overthrowing Han Chinese legal traditions which have become out of date, although it does not completely invalidate the custom relating to the membership of ancestor worship. More importantly, the state law has changed its attitude toward the customs of indigenous peoples. There has been a special legislation to allow indigenous peoples to name themselves by their own customs, and indigenous people could

be exempted from criminal sanction on the ground of their customs. East Asian countries have always tried to establish a nation-state with a single legal system for a single value, modernity. It is a possible for Taiwan, however, to shape a state law with legal pluralism now.

Keywords: customs, old customs, civil law, property law, status law, Han Chinese, indigenous peoples, nationalism