

## 人的歷史、法的歷史？

### — 多元法律在地匯合

王泰升

台大講座教授、中研院台史所法律所合聘研究員

#### 摘要

日治初期台中地方法院刑事事件簿，載有被告張某 1896 年 11 月間繫屬該院。此一從 1896 年 7 月 15 日起開始運作的地方法院，適用的是日本 1880 年刑法典、日本 1890 年刑事訴訟法典，但如張某等在台漢人原本僅知衙門內審案的大老爺。惟台灣法學界所談的「我國」第一部刑事訴訟法，係 1921 年出現於民初中國，顯然未考慮及張某等這群人的法律生活經驗。此由來於「中華民國」的「法」，與「我們台灣」的「人」，在歷史上曾經是沒有交集的，故本文擬「以人為主而結合法」，闡釋台灣社會「多元法律在地匯合」的歷史。首先是 17 世紀第一個外來政權帶入的羅馬—荷蘭法，與在地人的原住民法，以及與漢人移民的傳統中國法之間的折衝和併存。再來是鄭治到清治的 230 餘年，在台的漢族法律傳統與原住民族法律傳統之間的此長彼消，前者取得絕對優勢，但兩者卻從 19 世紀末迄今，同樣遇到外來的現代法衝擊，且一先一後、全部或一部分被併入現代國家實證法中。而今之台灣實證法，實乃台灣共同體繼受外來中華民國法的產物。凡此均提醒台灣法律人，應以「多元匯合」思考當今的法律議題。

關鍵詞：原住民族、法律傳統、羅馬—荷蘭法、傳統中國法、現代法、日治法制、繼受、中華民國法、多元

#### 壹、人的歷史或法的歷史？

- 一、從台中地院 1896 年的刑案記錄談起
- 二、中華民國「法」的歷史
- 三、台灣「人」的法律經驗

#### 貳、在地人與外來政權及移民不同法律之間的折衝併存

- 一、早已存在於台灣的原住民族法律
- 二、第一個外來政權帶入羅馬—荷蘭法
- 三、漢人移民所持傳統中國法與羅馬—荷蘭法的相遇
- 四、有歷史經驗卻無歷史記憶

參、外來「現代」法制與在地「傳統」法制的交會融合

- 一、鄭治及清治時期：漢族法律 vs. 原住民族法律
- 二、日治及戰後初期：現代法 vs. 漢族與原住民族法律傳統

肆、台灣與中華民國合一後的法律展望

- 一、台灣的繼受中華民國法
- 二、以「多元匯合」思考當今的法律議題

## 壹、人的歷史或法的歷史？

### 一、從台中地院 1896 年的刑案記錄談起

在《日治法院檔案》內的台中地方法院「刑事事件簿」，如圖 1 所示，載有：被告張某務農、住在「台中縣溪州堡油車庄」，因「毆打創傷」於「明治廿九年十一月十六日」收案，由「川上判官」承審。<sup>1</sup> 這位張某從明治 29 年，即 1896 年，在他以前不曾聽過之稱「法院」的處所受審的經驗，可能已傳播至其周遭的親友，

或多或少構成日治初期台灣漢人對於新出現的「法院」這個機構的認知。該等認知雖二戰後幾乎未為國家的歷史所正視，但在社會及家庭內，仍一代接一代地傳遞至當今的台灣。<sup>1</sup>

從法官的日本姓氏及使用「明治」年號可知，若欲探究張某該項法律經驗的內涵，須了解台灣的主權依國際條約於 1895 年 5 月 8 日移轉給日本帝國後，日本在台灣所施行的國家法 / 實證法規範是什麼。首先要指出的是，受理張某該案的地方法院，係依照明治憲法下經日本帝國議會協贊而制定的明治 29 年（1896）法律第 63 號（俗稱「六三法」）內，關於「律令」之規定，由台灣總督府於同年 5 月公布施行《台灣總督府法院條例》之後，自 1896 年 7 月 15 日開始運作。按該日設在台北的高等法院、覆審法院，以及設在台北、宜蘭、新竹、苗栗、台中、彰化、雲林、埔里社、嘉義、台南、鳳山、恆春、澎湖

| 受 審 部 門                       |                               |                               |                               | 手 續                           |                               |
|-------------------------------|-------------------------------|-------------------------------|-------------------------------|-------------------------------|-------------------------------|
| 案 號                           | 罪 名                           | 刑 罰                           | 件 名                           | 收 受                           | 掛 號                           |
|                               |                               |                               | 明治廿九年九月二十九日<br>毆打創傷           | 川上判官                          |                               |
| 考 備 名 所 任 人 名 被               |                               |                               |                               | 手 續                           |                               |
| 三十九年九月二十九日<br>台中縣溪州堡油車庄<br>張某 | 三十九年九月二十九日<br>台中縣溪州堡油車庄<br>張某 | 三十九年九月二十九日<br>台中縣溪州堡油車庄<br>張某 | 三十九年九月二十九日<br>台中縣溪州堡油車庄<br>張某 | 三十九年九月二十九日<br>台中縣溪州堡油車庄<br>張某 | 三十九年九月二十九日<br>台中縣溪州堡油車庄<br>張某 |

圖 1：日治初期台中地方法院刑事事件簿。

資料來源：《日治法院檔案》，王泰升提供。

1 本件是筆者 2002 年著手整編日治台灣的法院檔案，而至台中地院庫房履勘時，隨機拍攝者，目的在呈現一般人民的法律經驗，非關注於特定的人物或法律見解。「日治法院檔案」的介紹及研究上運用，參見王泰升，日治法院檔案的整編與研究，臺灣史研究，16 卷 1 期，2009 年 3 月，頁 169-201；筆者個人網頁：<http://homepage.ntu.edu.tw/~tswang/05-02.html>。

共計 13 所地方法院同步啟用，<sup>2</sup> 實為台灣人民近用擁有司法審判權的**現代型法院之開端**。

張某或許發覺，但亦可能未注意到，川上判官專職於審判事務，跟管理地方的「大老爺」（清治時期以此稱呼府廳縣衙門正印官），非同一個人。他可能也沒清楚意識及，法院內起初是由另一位稱「檢察官」者處理他的案子。他更可能**不知道**，但確實**存在**的是，在國家法所採罪刑法定主義要求下，檢察官和判官都須依照刑事法律，也就是依六三法所發布的 1896 年第 4 號律令，論斷其犯罪與否。然而，這號律令的文字只有：「在台灣之犯罪依帝國刑法處斷之，但其條項中對於台灣住民難以適用者，依特別之規定。」因此需做進一步解釋，所謂「依」帝國刑法，意指經由今日所稱的「準用」，仿效法國現代意義刑法的日本 1880 年刑法典上所有條文，已成為這號律令的一部份，以知悉犯罪構成要件等等之規定是什麼。至於如事件簿所示，訴訟程序上出現「勾留」、「責付」等用語，則表示其審案流程係參照同樣仿效法國法的日本 1890 年刑事訴訟法典；惟在相關的律令上，卻直到 1899 年律令第 8 號才明文規定應「依」日本 1890 年刑事訴訟法典。<sup>3</sup>

張某對此事之**陌生**，來自前揭日本 1880 年刑法典、日本 1890 年刑事訴訟法典，實為**第一部**施行於台灣的**現代意義刑法典、刑事訴訟法典**。可在《日治法院檔案》中看到的這些現代式法律，絕不會出現在記錄以 19 世紀後半葉為主、清治下

淡水廳及新竹縣衙門審案經過的《淡新檔案》，<sup>4</sup> 因清治時期係施行非現代的「傳統中國法」，即漢族之法，指從秦朝至清朝等接續統治漢族居住的中原地帶所施行之法律。<sup>5</sup> 但張某住所位於某某「堡」，依清治時期的行政區劃係漢人居住地域。<sup>6</sup> 故可推定其為漢人。因此張某之例，**不能**用以說明當時稱「蕃人」的現行法上原住民，在日本統治下的法律經驗，蓋當時對「蕃地」或「蕃人」惡行之制裁很少交由現代法院處理。<sup>7</sup>

## 二、中華民國「法」的歷史

當今台灣的刑事法學界，如何看待過去的歷史呢？在 20 與 21 世紀交替的 2001 年，曾有學者在論及「刑事訴訟法百年的回顧與前瞻」時，表示：「我國現行刑事訴訟法（以下簡稱「刑訴法」）的骨架，基本上承襲百年前清末的刑訴法」。其因此先談 1906 年（光緒 32 年）的「刑事民事訴訟法草案」、1910 年的「刑事訴訟律草案」，接著就 1921 年廣州軍政府公布的《刑事訴訟律》，稱之為「我國之

2 參見司法院司法行政廳編，百年司法：司法、歷史的人文對話，司法院，2006 年，36-37 頁。

3 參見王泰升，台灣法律史概論，元照，6 版，2020 年，249-250、260-262 頁。

4 參見王泰升、曾文亮、吳俊瑩，論清朝地方衙門審案機制的運作：以《淡新檔案》為中心，中央研究院歷史語言研究所集刊，86 本 2 分，2015 年 6 月，421-469 頁。

5 參見王泰升，同註 3，35 頁。

6 王泰升，同上註，58 頁。

7 參見王泰升，日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心，臺大法學論叢，40 卷 1 期，2011 年 3 月，1-98 頁。

有正式刑訴法，蓋自此始」。<sup>8</sup>其所稱之「我國」，係指國名為「中華民國」的國家組織體，但**歷史上**其在1949年之前**不等於「台灣」**（金馬為例外）。在戰後「中國化」的歷史教育灌輸下，台灣刑事法學者通常對日治時期台灣史極為陌生，故就刑事法律的歷史，只與「中華民國史」做連結。1990年代國史館所編《中華民國史法律志（初稿）》，在「刑法」部分，同樣從1910年公布（宣統2年）《大清新刑律》、1912年（民國元年）公布施行的《中華民國暫行新刑律》談起，再論及分別於1928年、1935年公布施行的《中華民國刑法》。<sup>9</sup>

但是，上述有關刑事法律的歷史考察，**沒辦法**讓我們了解1896年台中地院的刑案記錄中的**張某**，到底發生了什麼事，因為經歷台灣「清末日初」（分界為1895年）的張某，所適用的**不是**前揭法學者所談中國「清末民初」（分界為1911年）法律。按該法學者所稱「我國」第一部正式的刑事訴訟法典（刑事訴訟律），在**歷史上**不是「我們台灣」第一部刑事訴訟法典；若言**台灣**歷史上的第一部，應是適用於審理張某的日本1890年刑法訴訟典。同樣的，歷史上台灣第一部現代意義刑法典，是適用於張某的日本1880年刑法典，而非清末中國的《大清新刑律》。至於中國1935年《中華民國刑法》，則須待二戰結束後，從1945年10月25日起始施行於台灣。類似的現象亦發生在民事法，乃至其他法律領域的法學研究上。歷史上作為**台灣第一部現代意義民法典**的日本明

治民法，分次施行於1898年與1923年，而現行的中華民國民法典，雖從1929至1931年間施行於中國，但1945年10月25日起才施行於台灣，故為台灣的**第二部現代民法典**。<sup>10</sup>上述法學論述與人民歷史經驗之間的落差，歸因於台灣法學界向來僅承認中華民國法規本身之變遷，**無視**其他曾經施行於台灣**社會**，如本件張某之法規範，某程度「去社會脈絡」地討論法律發展。

或許有人會說，法學本是研究法規範之學；設若如此，則對於中華民國法制內這些法規範，更不應僅僅回溯到清末民初的中國或只談中國史。眾所周知，中華民國六法體制乃「繼受」近代歐陸的法規範而成，<sup>11</sup>因此就法規範本身的考察，務須觀察進行繼受之**來源**。其在時序上，首先是中國在清末所引進的明治日本法制及法學，接著在完成該六法體制的民國時代中

8 張麗卿，刑事訴訟法百年的回顧與前瞻，月旦法學雜誌，75期，2001年8月，41頁。

9 參見國史館中華民國史法律志編纂委員會編，中華民國史法律志（初稿），國史館，1994年，418-482、491頁。「刑法」部分由林山田教授撰寫。

10 中華民國民法的總則編1929年公布及施行、債編與物權編1929年公布但1930年施行、親屬編與繼承編1930年公布但1931年施行，然1945年10月25日起始施行於台灣。日本明治民商法典自1898年7月16日起，經由律令的「依用」而規範在台灣涉及日本人且無關土地權利的民商事事項（按涉及台灣土地權利者須依舊慣），故台灣人若與日本人發生不涉及土地權利的民商事法律關係，仍適用明治民商法典。接著，該民商法典除民法親屬與繼承兩編外，自1923年1月1日起直接施行於台灣，僅涉及台灣人的親屬繼承事項則依習慣。參見王泰升，同註3，285-293頁。

11 關於「繼受」概念的討論，參見吳從周，法律漢字譯語與法律繼受，收於吳從周，法理、集中審理與失權，元照，2007年，235-245頁。

國（1911-1949），雖亦繼受德、瑞等國法律，但猶深受戰前日本法學影響。該等戰前日本法向前溯，即法國大革命以後的近代歐陸法律，先是法國法、繼以德國法。<sup>12</sup> 德國所稱「法制史」經常指向羅馬法，正因德國法係繼受羅馬法，即中世紀義大利法學所復興／註釋的羅馬法。<sup>13</sup> 論羅馬法之由來，又須追溯古典希臘法律文明。<sup>14</sup> 對戰後漸次影響台灣的美國法，同樣須回顧英國普通法、希臘羅馬法律思想。換言之，若要探究「法」的歷史，將一路溯源至古代西方文明。

### 三、台灣「人」的法律經驗

只有將歷史的視角，調到觀察「人」，才能看見以本件張某為例，在清末日初台灣社會存在的法律經驗是什麼。人們的歷史經驗有文化、經濟、產業等等多個面向，就現在稱為「法律」的面向，為探究張某等這群人過去的法律經驗是什麼，還是需要知悉與「法」相關的歷史。由於張某等人已進入台灣歷史上 1895 年起的「日初」，故已與俗稱明治憲法的《大日本帝國憲法》發生關連。今之研究者須了解該部憲法，方知為何日治台灣有六三法，再從六三法了解為何當時民刑事法律有如前所述的規定。

且處於日治之初的張某等這群人，經歷過台灣到 1895 年為止的「清末」，故承襲了傳統中國法所形塑之今稱「漢族／華人法律傳統」的法文化觀念。此項認知有助於理解張某等人，面對法律上源自「（法國）革命之子」的檢察官制度，在

政府又沒宣導底下，不由得的茫然。蓋傳統中國法只有父母官上對下糾問式審案，欠缺控訴制的審檢辯三面訴訟關係，只有將審、檢、辯的角色全包的「包青天」，並無僅僅負責偵查、起訴（控訴）還監督另一位審判官員的「檢察官」。<sup>15</sup> 人們的法律觀來自過去歷史的形塑，但現在可本於價值理念上的抉擇而改變之，勿將現今的「應然」與過往的「實然」混為一談。筆者一貫的學術立場是，承認「差異」之存在（包括前述的「欠缺」，但係中性的描述），以肯定「多元」，但其「匯合」之後將可能有所變化，或出於一方強制性的同化，或為相互對話後的融合，然不應以各種話術粉飾為「無差異」，遮掩實際上所為的抉擇。「托古改制」就是一個不誠實的作法，其結果造成「制改、心不改」，仍然活在「古」的醬缸中。

如張某之例的日治時期法律經驗，對於今之法學研究，實具有一定的意義。日本殖民統治當局遺留於台灣社會的如地籍、戶籍等法律上建置，日治時期人民對現代法的認知或運作經驗，亦透過社會或家族內的文化傳遞而影響當代人們觀念，

12 參見王泰升，同註 3，103-108、112、117-118 頁；王泰升，中華民國百年法學發展史，收於王汎森等著，中華民國發展史：學術發展，國立政治大學、聯經，2011 年，上冊，287-291 頁。

13 參見戴東雄，中世紀意大利法學與德國的繼受羅馬法，自刊，1981 年，25-89、119-238 頁。

14 參見韓忠謨，法學緒論，自刊，6 版，1977 年，185、199-202 頁。

15 其詳，參見王泰升，去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型，臺大出版中心，修訂版，2017 年，11-19、29-31、43-47 頁。

凡此均涉及現行中華民國法所適用的台灣社會。因此，除非主張法之制訂及適用純然是法概念操作的產物，與法所適用之社會無關，否則這些有助於理解當下法社會，乃至思考法之定位及應有內涵的法律史研究，當然有其實用性及學術上價值。筆者亦為了強調非僅僅談「法」，而不採沿襲自日本、民國中國的「法制史」之稱呼。以下將本於「以人為主而結合法」的研究上設定，闡述台灣社會可稱為「多元法律在地匯合」的歷史。<sup>16</sup>

## 貳、在地人與外來政權及移民不同法律之間的折衝併存

### 一、早已存在於台灣的原住民族法律

「台灣」於今係指稱由該地域的人民所組成的共同體（community），而非僅是地理名詞。西方從其大航海時代起即以 Formosa 稱呼台灣，以 Formosan 稱呼台灣人。在昔日以中原政權為核心的中國天朝觀念下，位於「海外」（疆界之外）的台灣，居住著「番人」（野蠻人），至清朝始「入版圖」。<sup>17</sup>如後所述，起初由眾多原住民族部落散居各處的台灣本島，從17世紀起陸續出現數個全島性政權，使受其統轄的人民凝聚成特定的共同生活體，至20世紀已以全地域為單一的殖民地政治共同體，進而成為一個「事實上國家」的政治共同體。

「台灣法律史」作為一個學科，凡以過去曾發生在今之台灣（台澎金馬）這塊土地上，與今之法律相關（包括不具現代性的法制）的人、事、地、物，作為主要

的觀察或論述的對象均屬之，不問觀察／研究者的國籍、族群、職業、學科訓練，不問以什麼意識形態、理論、學說等詮釋歷史。其中，筆者著眼於法與社會之互動，以台灣共同體為中心／主體進行法律史研究，故與戰後台灣學界長期存在的「中國法制史」的差異，不在於談中國法與否，而是視中國法為構成台灣法的一部分，並從法社會史的研究取徑，探討傳統中國法（尤重曾施行於台灣斯土的清朝法律）、民國時代中國法（1911-1949）等。<sup>18</sup>按地理上居東亞大陸與太平洋鄰接地帶的台灣，承受多股人群及政治勢力帶入不同的法系（legal family）及國家實證法（the positive law），非從世界史的眼光，不足以完整了解台灣歷史。因此論及東、西方法律文明的初次交鋒，長期受中國史觀薰陶的戰後台灣法學界，很多人會聯想到近代西方法與傳統中國法的相遇，但是以台灣為中心觀之，須從原住民族於17世紀遭逢來自歐洲基督教世界的荷蘭法律講起。

原住民族基於社會共識所形成相當於現今法律之規範，即是簡稱「原住民法」的原住民族法律。當今台灣的法學緒論教

16 就此已彙整相關論文而成一本教科書，參見王泰升編，多元法律在地匯合，臺大出版中心，台灣史論叢法律篇，2019年。

17 參見鄧津華著，楊雅婷譯，臺灣的想像地理：中國殖民旅遊書寫與圖像（1683-1895），臺大出版中心，2018年，45-55、66-71、74-76、129-131、142-143頁。

18 參見王泰升，再論臺灣法律史：對評論人的回應，中研院法學期刊，2019特刊1，2019年10月，155-164頁。

科書，在定義上，有限於現代型國家以強制力加以執行的規範方為「法律」，亦有限於現代國家的強制力，凡社會規範中，可透過該社會共同承認的權威機關的強制力，加以貫徹執行者均為「法律」。定義無本質上的對錯，端視認識目的而擇其適當者。若採前說，則東亞社會在 19 世紀引進現代型國家之前等於「無法律」，漢族的傳統中國社會也將因欠缺現代型國家而「無法律」，顯然不符合法律史研究之需。若依後者，原住民族自古以來，社會中公認的權威以強制力所執行的規範，即相當於今所稱「法律」；特別是於今若承認原住民族與現代型國家應互為主體以進行協商，更需要對「法律」採這樣的定義方式。

從現存於當今社會者而言，由於傳統中國法的規範內涵今稱「漢族／華人法律傳統」，故自古以來的原住民法亦可稱「原住民族**法律傳統**」，藉以思辨這些法律傳統（規範內涵）應否納入國家實證法。<sup>19</sup>目前台灣學界普遍地稱呼原住民族法律傳統為「習慣」，實受制於「僅現代型國家以強制力執行者方是法律」的觀念，認為原住民族只能有「習慣」（或承襲日文漢字而稱「慣習」）。在此「習慣說」底下，須待其規範內涵為國家立法機關採納為法律條文，或司法及行政機關在法律許可下承認為習慣法，才成為「法律」一部份，但現行法制上習慣法僅為補充性法源，且在刑法等領域不可為法源，以致實際上倍受矮化或排斥。

由於性質上為不用文字的口傳式法

律，故於今僅能用後代的他族記載，推知自古以來、包括 17 世紀時，原住民族法律的內涵。於 20 世紀前半葉的日治時期，日本人曾對當時尚未受外來統治者法律干擾的「高山族」原住民族（參見後述），以日文書寫其與法律事項相關的「習慣」，<sup>20</sup>這些規範可推定為係自古以來的原住民法。

原住民法的思想淵源是「崇祖」觀念，相信祖靈或神靈與族人一起生活，族人若違反固有習俗或禁忌，祖靈必降災禍，故須探求祖靈意志，祈求其冥護。這些習俗或禁忌實為在台灣山林原野生活中，依世代經驗累積而得的**規矩**，雖可能只不過是一次偶然的結果就成了禁忌，但以祖靈之說訓誡族人遵守，恰可維繫既有的生活秩序。經驗豐富的長者成為社會中權威，在個案中具體化祖靈的意志，扮演相當於執法者的角色。固然也有像於今觀之不合理者，如「狩獵審」之認定先獲得獵物者所言為真；然而原住民族將此合理化為祖靈知悉真實，故藉由引導特定人先獲獵物而揭露之，恐怕是沒其他可行辦法或足夠資源可平息紛爭下，不得不然者。族內之人若違反習俗或禁忌，可能遭受逐出族外、絕交、林野間獨居一段時間再返家、鞭打、斥責等制裁，但極少處死，然「對外」則不乏殺戮行為。對於誰可使用哪些自然資

19 其詳，參見王泰升，在法學與國家法中看見原住民族法律，政大法學評論，134 期，2013 年 9 月，3-10 頁。

20 主要有兩份文獻：臨時臺灣舊慣調查會編，臺灣番族慣習研究，自刊，1921 年，共 8 冊；增田福太郎，未開社會における法の成立，岡山大学法経学会，1957 年。

源，亦有一套內部成員共守的準則，例如結茅草對準其發現的蜜蜂巢表示已占有將享用，或以小溪、樹幹等為各氏族領地之界線。<sup>21</sup> 凡此，均反映其為人口不多、緊密度高的村社組織型態，以及整個外在的生活環境。

## 二、第一個外來政權帶入羅馬—荷蘭法

台灣原本一直由原住民族以村社型態自治，17 世紀 20 年代突然闖進一群來自遙遠的歐洲基督教世界、擁有龐大組織及精良武器的荷蘭人，以他們自己的法律詮釋其在台灣的作為。經荷蘭聯邦共和國授與而得行使國家主權的荷蘭東印度公司，1624 年登陸大員（今安平）築熱蘭遮城堡，翌年給予平埔族新港社人一些布匹而在赤崁（今台南市區）興建房舍，並依歐洲的國際法上「無主地先占」理論，主張對統治之地擁有「主權」；且在 1635 年後，以武力征服，迫使原住民村社簽署國際法上「條約」，將其土地的「主權」讓予荷蘭國、成為荷蘭國領土。同樣來自歐洲的西班牙，亦自 1626 年起依先占理論，主張對今之基隆、淡水一帶擁有主權，但嗣後於 1642 年因戰敗而將其讓與荷蘭國。<sup>22</sup> 這些與荷蘭人接觸、後來被稱為「熟番」或「平埔族」的原住民族，當時對前揭歐洲國際法上概念，亦十分陌生。從此在台灣展開綿延至今約 400 年，外來者法律與在地人法律之間的相互抗衡與融合。

荷蘭人當時係施行歐洲從中世紀封建制度演變至近代早期（early modern period，指近代之前的時期）、盛行於 15

至 18 世紀的**等級制政體**，來台後即依循該政體建立統治秩序。基於代表主權的荷蘭聯邦議會已以特許狀授權荷蘭東印度公司行使政府職能，公司最高機關的 17 人董事會將該權力授與在巴達維亞（今雅加達）以總督為首的東印度評議會，作為公司在亞洲各駐地的統治機關，再由其授與在熱蘭遮城以長官為首的台灣評議會，作為台灣領邦的統治機關，並將公司與受其統治之原住民村社的長老，定位為領主與**封臣**之關係（先前並不存在於原住民法中）。1644 年後荷蘭治台當局每年召開的地方會議，考察長老治理屬民的績效以決定是否續為封臣，亦屬一種等級會議。東印度總督因此本於立法之權（無近代以後立法、行政、司法三權分立的觀念），援引荷蘭母國的法令及具法效力的習慣，建立東印度地區的法制，亦即在特許狀等規範下，以荷蘭聯邦的「**羅馬—荷蘭法**」為主體，按現實的需要、不同民族的習慣、歷任總督與評議員的見解，制訂成**法律條文**，以「告令」的形式頒布，且曾編纂成《巴達維亞法典》等，在台灣領邦／殖民地則有按照編年輯成的《台灣告令集》。<sup>23</sup>

21 參見王泰升，同註 3，19-23 頁。

22 參見王泰升、薛化元、黃世杰，追尋臺灣法律的足跡：事件百選與法律史研究，五南，3 版，2016 年，22-27 頁。

23 參見鄭維中，帶入西方法律的荷蘭統治者，收於王泰升編，多元法律在地匯合，臺大出版中心，台灣史論叢法律篇，2019 年，31-34、41-45 頁。

羅馬—荷蘭法所蘊含之屬於**基督教**文明的法理念，不見得契合原住民族的正義觀。當荷蘭還是西班牙領地時，在大學裡就盛行中世紀義大利法學註釋後的羅馬法，其在當時已成為歐洲基督教世界的普通法，脫離西班牙而獨立又促使荷蘭法學者致力於融入荷蘭地方的習慣法，故發展出以清教思想為基礎的羅馬—荷蘭法，承繼成文法典的邏輯一貫性，並保存地方上人們具有法之確信的習慣。<sup>24</sup>此羅馬—荷蘭法亦**施行**於已成為荷蘭聯邦共和國領土的台灣領邦（涵蓋台灣島上一部份，而非全部土地），且原住民各村社讓渡給公司的主權包括司法審判權，不過台灣長官經常再將該司法權授與村社的**長老**，而由政務官輔導監督，只在荷治中後期某些村社的司法事務是由政務官掌管。由於長老係依習慣審理村社內案件，故實際上所援用的還是**原住民法**；只有對於將村民／屬民判處死刑或放逐到島外，或具封臣身分之長老受害，須由台灣評議會審理。惟依荷蘭當局的法律，各村社間之爭議，可藉地方議會或交由台灣評議會處理，不准進行餓首戰爭；此符合基督教為背景的自然法理論及公司統治上利益，但原住民未必視此為善政。西拉雅族墮胎的習俗，亦被牧師視為野蠻的罪刑，堅持須治罪，以移風易俗；牧師與住民的摩擦，顯示依基督教教義建構的自然法，對歐洲以外的其他文明**不一定**具同樣的意義，成為自然法體系越出歐洲基督教人群後所遭遇的難題。<sup>25</sup>這項其實是從**歐洲中心觀**出發的「**自然法難題**」，擴及荷蘭人面對來台的漢人移民，

甚至再現於台灣自 1895 年起迄今、由現代型國家所引領的繼受近代西方法（參見後述）。

### 三、漢人移民所持傳統中國法與羅馬—荷蘭法的相遇

17 世紀在荷治下台灣，漢人移民成為歐洲式城市共同體的**市民**。在歐洲等級制政體下，城市共同體為領主授與特許權而具獨立的法人格，其市民受城市自治機構，而非封建領地上個別小領主的管轄，例如台灣領邦上的熱蘭遮市。按居住於東亞大陸「中原」地帶的漢人，在荷人治台前雖曾來台與原住民族交易，或往來於台灣本島與東亞大陸之間為捕魚等活動，但未大規模移入台灣本島並定居。不過荷蘭東印度公司在東南亞駐地所建的城市商港，早就與宋、元兩朝起在東南亞從事貿易活動的漢人（當時亦稱「唐人」），存在既合作又競爭的關係，故該公司不令人意外地招募漢人來台參與商業活動，這些漢人因而取得在台城市的市民身分，不隸屬於原住民封臣所組成的地方會議。

荷蘭東印度公司出於經濟動機的招募人手，**啟動**了往後數百年台灣的漢人移民史。居住熱蘭遮市的漢人市民，在台灣須受到其在原鄉時接觸不到的**西方**市政法規的約束。負責台灣領地統治事務的台灣評議會，統轄作為城市代表機關及司法機關

24 參見戴東雄，同註 13，92-93 頁；鄭維中，同註 23，43-45 頁。

25 參見鄭維中，同註 23，34-37、54 頁。

的市參議會（市政法庭），並依歐洲模式來規劃城市。屬於羅馬—荷蘭法的《台灣告令集》，明文規定市民須將原本用茅草蓋的房子改為磚造房屋，家屋的建造須取得許可，且獲土地權狀後始能進行；為維護公共衛生，亦規定「不得在指定地點以外其他場所或路上便溺」，以及「不得於門前設置豬圈飼養豬隻」等等，展現不同於漢族文化的法規範內涵。此意謂著在台灣的漢人的生活方式，已與在原鄉的漢人不太一樣，一如 2、3 個世紀後 1895 年起迄今的歷史所示（參見後述）。此外，荷蘭東印度公司為開發土地，招募並協助漢人農民來台耕墾定居，排除原住民族對其開墾行為可能的干擾，建立以農耕生活為主的漢人墾殖區，例如在赤崁的農地。<sup>26</sup>

漢人移民所持傳統中國法，由於荷蘭東印度公司對各領地採因地制宜方式，得以漢族習慣法之名被納入荷蘭在台法制。荷蘭在台的評議會賦予漢人移民社群首領以 Cabessa 的頭銜，承認其為「頭人」，參與立法、審判等國家主權作用。熱蘭遮市 1644 年設立的市參議會（市政法庭）之成員，除荷蘭人外，常設兩位漢人。市參議會在荷蘭法制中具有調和地方習慣法與中央法令功能，此時便成為調和漢人習慣與荷蘭法律的機關了。例如經漢人市民陳情，台灣評議會採用類似中國《明律》所定「津渡」辦法，設置公共交通船隻。在傳統中國法底下，統治權力係掌握於以皇帝為首的官僚體系和以族長為尊的家族組織手中，地方鄉庄社會形成的鄉約、庄規僅為眾人的默契，欠缺強制力，但在脫

離中華帝國官府管轄而來台灣這樣的「海外」發展時，漢人鄉庄社會在頭人引導下的共識，卻能透過如市參議會這種法律建制，而達到及於社群全體的強制效力。<sup>27</sup> 此例說明漢人法律傳統不但有可能被吸納進歐洲式法制，甚或從而強化其規範力量，恰似台灣漢人的民間習慣，於日治時期經現代法概念加以「權利化」為習慣法（參見後述），國家即以法院制度確保其可執行性。

「海外」的新環境，還可能讓漢人自我調整其原有的法律觀。1654 年一位富有的漢商過世，引發住在台灣的遺孀和其父親、小叔爭取遺產的糾紛，評議會決定授權給諸位 Cabessa 依漢人法律裁決此案。彼等提出的紛爭解決方式，雖然仍依漢人傳統的「家產依房均分」，但應得的「房份」及具體的財物，已跳脫單純農業生產下就田地為分配，而顧及海外商業活動所創造的經濟價值，以及女性（該遺孀）作為實質經營者的貢獻與能力，故將田產與牲畜等農業經營的資本分給父親、小叔，將鹽埕、店面等商業經營的資本，分給傳統觀念上不能分得亡夫財產的遺孀。<sup>28</sup>

漢人移民對於羅馬—荷蘭法，仍有在觀念上不以為然者，而成為荷蘭人自我中心所認為的「自然法難題」。當時荷蘭人的法庭每每依其程序，按當事人、證人起

26 參見鄭維中，同註 23，37-39、45-46 頁；王泰升，同註 3，頁 25。

27 參見鄭維中，同註 23，46-49 頁。

28 參見鄭維中，同註 23，51-53 頁。

誓作證的證言、證物來做出判決，但漢人社會重視的卻是「鄰右」對嫌犯一般人格的看法，懷疑起誓證人的證言。有論者認為，荷蘭司法的原理以尊重當事人基督徒主體性為基礎，漢人對社會秩序的要求卻以社會一般性的安全感為目標；依筆者之見，此現象多少反映漢人不太相信「可透過一定程序探求正義」的歐洲法律觀。此外，荷蘭人以基督教主體性為基礎的自然法體系，將政體視為眾人相互承諾後結合的總體，個人須為此對全體承擔義務（例如眾人依合意組成的國家須保護國民，國民則對國家有納稅、服兵役的義務），但漢人鄉庄社會以「合私為公」作為組織原理，將政治事務視為「要人」對「眾人」的承諾，屬於私人道德領域，可視個人情況而盡不同的義務。按照歐洲市民共同體的傳統，身為市民有負擔一定的防衛、巡守之類警察活動的義務，但因巴達維亞漢人不能接受該觀念，荷蘭東印度公司乃以收取人頭稅的方式抵免此一義務。惟公司這項作法，實有防範漢人勢力坐大之考慮，以致結果上剝奪市民共同防衛的機會，削弱漢人居民結合成為一個共同體的內聚力。<sup>29</sup>類似的情境，亦出現於後述日本殖民統治者基於防備之心，阻礙台灣人學會／改採傳統文化中所無的現代法觀念。

有濃厚實用主義傾向的來台漢人移民，對荷蘭人施行的羅馬—荷蘭法的立制理由不太感興趣，著重的是實際上能否據以獲利。當時漢人若開墾原住民族村社的土地，須向公司繳納地租（rent），再由

公司將地租補償給原住民族村社，但如果公司將不屬原住民族村社的土地，以授與所有權（ownership）的方式讓漢人來開墾，則該漢人須向公司繳米作十分之一當作稅捐（tax），但漢人移民一概依自己的法律觀，視為向身為「田主」的公司繳租穀。荷蘭當局曾依羅馬—荷蘭法中，很可能是源自日耳曼習慣法的「pacht」，創設「贖社」制，使漢人向政府繳交一筆錢後可取得與原住民族村社為貿易的獨占權，以及「贖港」制，使漢人繳錢後可取得特定海域的捕魚獨占權；在有利可圖底下，漢人移民很快就學會使用這些**荷蘭人的法律**。<sup>30</sup>荷治結束3、4個世紀後的現在，仍有台灣人會以福佬話、客家話唸「贖」這個漢字，指稱交付一筆租金以使用他人之土地或店面；縱令在20世紀，台灣社會所稱「贖耕權」曾被日治時期國家法改造為民法上其他稱呼的權利，再被戰後的中華民國法制列為「有待清理的土地權利」，仍頑強地存活下來（但已隨福佬話、客家話式微而漸凋零，由是可知語言之承載特定歷史文化經驗）。<sup>31</sup>

漢人移民之善於運用羅馬—荷蘭法以圖利，使其在自荷治時期開啟的原、漢利益衝突中，占有優勢。以「贖社」制而言，漢人在支出一筆給荷蘭人的權利金之後，當然對原住民盡量低價買入其物、高價出

29 參見鄭維中，同註23，46、49-50頁；王泰升，同註3，49頁。

30 參見王泰升，同註3，26頁。

31 曾於另文詳述「贖」的演變過程，參見王泰升，同註18，185-186頁。

售其所需。漢人墾殖區的擴增，當然也就是平埔族獵場及採集地的縮減。從歐洲人的殖民地統治概念，這些漢人移民係與荷蘭統治階層在台灣「共構」(co-colonize) 殖民體制。<sup>32</sup>

#### 四、有歷史經驗卻無歷史記憶

由於向來欠缺從台灣共同體出發的法律史考察，上述荷蘭統治下原住民、荷蘭人、漢人各擁法律、相互妥協的情景，少為台灣法學界所知。曾有法學者在向台灣讀者介紹美國法的源流時，提及 17、18 世紀，由羅馬法與荷蘭傳統日耳曼習慣法之若干觀念混合而成的羅馬—荷蘭法，由荷蘭人傳入其在南非、斯里藍卡的殖民地；在 19 世紀初，1809 年荷蘭已改採法國的拿破崙民法典，羅馬—荷蘭法卻仍留存於不再受荷蘭統治的南非、斯里藍卡。<sup>33</sup> 但這位學者卻未以隻字片語提到羅馬—荷蘭法曾施行於台灣，當然也就不可能談及如「賤」的故事所示，某些傳入台灣的羅馬—荷蘭法，像在南非、斯里藍卡一樣，於荷蘭人遠離後仍留存於台灣。此外，與荷蘭治台同一時代的西班牙統治北台灣，台灣學界迄今雖有關於傳教、貿易活動等的討論，法律面向還是空白。<sup>34</sup> 透過 17 世紀的荷、西統治台灣，可從世界局勢了解台灣史的演變，再以台灣經驗回饋世界史的發展，可惜的是台灣人徒有歷史經驗，卻無歷史記憶。但這種情形，如下一節將觀察的，又豈只是荷西統治時期而已？

台灣法學界儘管留歐者頗多，迄今尚無人致力於了解這段台灣與歐洲之前現代

法邂逅的歷史，以及思考更深層的法文化衝突與調和。或許追根究底該問的是，這些被視為是「法學」研究的對象及課題嗎？

### 參、外來「現代」法制與在地「傳統」法制的交會融合

#### 一、鄭治及清治時期：漢族法律 vs. 原住民族法律

鄭成功在英文文獻中稱 Koxiga，日文文獻以漢字「國姓爺」稱之，他大概以福佬話「kok-sing-ia」自稱，此恰可顯現鄭成功之處於多元勢力及文化併存的大環境。鄭成功之父鄭芝龍為從事「海外」貿易的福佬人，足跡及於日本，與日本女子結婚而生鄭成功。1661 年鄭成功率領鄭氏海商集團的軍隊，攻擊荷蘭人的台灣殖民地，隔年交戰雙方訂立和平條約；**荷蘭國**將對於台灣的主權，以及荷蘭東印度公司在台灣的產業和因賤等法律關係而生的債權，讓與**鄭氏王國**，以換得該公司的人員平安撤離台灣。1670 年鄭成功之子鄭經再以台灣國王 (King of Tywan) 身分，與**英國**簽訂友好通商條約，鄭方自英國輸入火藥兵器，英方可在台灣自由貿易並設立商館。由這些國際法上實踐可知，西方人

32 參見歐陽泰著，鄭維中譯，福爾摩沙如何變成變成臺灣府？，遠流，2007 年，222-240 頁。

33 參見楊崇森，遨遊美國法—美國法之源流與民刑法之運作，國立臺北大學、華藝學術，2015 年，3-4 頁。

34 參見方真貞，十六至十九世紀臺灣西班牙文獻的研究回顧與展望，臺灣史研究，28 卷 1 期，2021 年 3 月，179-216 頁。

認為台灣存在一個主權國家。<sup>35</sup> 另一方面鄭成功 1661 年攻下赤崁，即宣示在台灣「開國立家」。不過此一「國」，乃漢人古籍內所謂「齊家、治國、平天下」當中的國，指稱東亞漢字文化圈天朝觀念底下受天子冊封的國王，並無歐洲國際法上主權國家的意涵。鄭成功治台時，南明朝廷已於 1659 年覆亡，但其在台未自立天朝，而是沿用南明皇帝的年號「永曆」，形式上以明朝「招討大將軍」、「延平郡王」的名分，號召天下對抗滿族所建清朝，作為其逐鹿中原的正當性基礎。鄭、清雙方談判時，清朝曾提出願意視鄭經如同「朝鮮國王」般，且朝貢與否悉聽尊便，以交換鄭軍完全撤離中原，故實乃依東亞天朝秩序觀而為討價還價，最後鄭氏政權向清朝投降，也是呈交延平郡王之印，而非簽訂什麼條約。<sup>36</sup>

平埔族原住民脫離了歐洲人認定的封臣、屬民身分，卻成為漢人政權認定的社內番人，其餘的原住民則被視為是「番害」製造者。在東亞天朝觀念裡天下有內外兩層，內層是由皇帝設郡縣進行統治的文明地域之中心，稱為「中原」或稱「中國」（有別於 19 世紀後依歐洲主權國家觀念所稱的「中國」），其上之人為「民」；外層則是中原周邊的政治共同體，其君長（例如朝鮮國王）接受中原皇帝的冊封或向朝廷為朝貢，其上之人被稱為「夷」、「番」；天下之外，被認為是天子／皇帝所不需要支配、人的理性所無法認知的世界，所居住者「非人」。<sup>37</sup> 鄭成功來台後，將赤崁改名為東都明京，設承天府及天

興、萬年兩縣（嗣後改稱州），管轄稱為「民」的在台漢人，稱歸順的平埔族原住民為「番」，編入各「社」，設土官（長老），使自治之。其餘未歸順的原住民則不予治理，但須防止其為害生活，<sup>38</sup> 正符合上述以漢族文化為優越的民、番、非人之分類。其實曾受荷蘭統治的平埔族，也只不過將荷人授與象徵統治權的藤杖交給鄭成功，收入鄭方給予的「漢名」及官袍、官帽、玉帶等象徵效忠的物品，以表示願與鄭成功結盟。<sup>39</sup> 至於不曾與荷、鄭接觸的原住民族，則由於台灣第一個漢人政權的「不屑」統治，而繼續維持在原住民法底下的生活。

這些與鄭氏王國無瓜葛的原住民族，在 1684 年台灣部分土地被清朝納入版圖後，仍因中原皇帝不需治理無文明之「非人」的觀念，而不受干擾地依其固有的原住民法過生活。入主中原的清朝皇帝，為了以少數的滿人統治眾多的漢人，自命為中原文化的維護者，以伸張其統治漢民的正當性，故仍維持漢人政權視原住民為「番」的立場；況且清朝統治的 212 年間，派駐台灣的廳縣主官絕大多數為漢人，自然以漢族／中原文化為尊。清朝於

35 參見王泰升、薛化元、黃世杰，同註 22，34-37、42-43 頁；王泰升，同註 3，29 頁。

36 參見王泰升，同註 3，29-30 頁。

37 參見甘懷真，導論：重新思考東亞王權與世界觀—以「天下」與「中國」為關鍵詞，收於甘懷真編，東亞歷史上的天下與中國觀念，臺大出版中心，2007 年，26-28、31-33 頁。

38 參見王泰升，同註 3，29-30 頁。

39 參見歐陽泰著，鄭維中譯，同註 32，430-431 頁。

統治初期對於高山族原住民族，從稱「野番」轉為稱「生番」，相對的稱平埔族為從漢文化觀點「較成熟」的「熟番」。清朝官員藍鼎元曾針對生番，表示：「此輩雖有人形，全無人理，穿林飛箐，如鳥獸猿猴，撫之不能，動之不忍」，即典型的「非人」說。<sup>40</sup> 因此清治時期高山族原住民族的居住地，位於用以阻隔生番的「土牛線」以東的「境外」，不在清朝版圖內，當然不受傳統中國法影響。

然而清治下台灣，生番地的範圍，亦即原住民法的施行地域，漸次縮小。清朝1722年劃定土牛線，卻不能阻斷越界墾地者，1760年往東、向山區重劃土牛線，1790年再往東劃新界線，生番地更趨近於山區。待1874年發生牡丹社事件，日本以生番地為清朝政令所不及，依國際法主張該地不在大清帝國主權範圍內，清朝改採取「開山撫番」政策，鼓勵漢人進入生番居住的山區開發，1886年連接用以防備生番攻擊的「隘」所形成的線，即清末區隔生番之疆界。日本帝國來台統治後，就是根據漢人的隘勇線劃定「蕃地」。<sup>41</sup> 相較於高山族雖仍施行原住民法，但生活空間一再受擠壓，平埔族則如下所述，在進入清朝統治秩序後，逐步失去原住民族法律傳統。

清朝只將原住民族當中時稱「熟番」的平埔族納入統治（編入版籍、須納糧〔按：今之繳稅〕及應差），但同樣鄙夷原住民族文化，分而治之、以夷治夷。清朝皇帝之統治台灣，是為了防止其再被鄭氏政權這種敵對勢力用來威脅天朝，故不

希望漢人移民壯大或平埔族生事。清朝的律例等官府規定，禁止原、漢通婚，「從前已娶生有子嗣者，即安置本地為民，不准往來番社」，並禁止漢人墾耕熟番土地，乾隆皇帝曾要求「永不准民人侵入番界購買番業」，後來僅開放租墾熟番地，而造就後述「番業漢佃」。且採取「漢番分治」，漢人居住地設置里、堡，上有廳縣，由府管轄；熟番居住地設置社，各社設土官（後稱「土目」），及較具實權之辦番餉及科差役的通事，由理番同知而非地方廳縣治理，不受在台灣之府管轄。又在18世紀，確立熟番區以作為漢人區與生番區的緩衝，由為清朝服勞役的熟番防守邊境，對付生番。<sup>42</sup> 從上述清朝官府規定的條文看起來，平埔族在法律生活上似可免於漢人移民的干擾。但在清朝傳統中國式的統治秩序下，律例等官府規定之外，「民間習慣」乃是相當於今之法律規範的重要來源，蓋官府規定本可因地因時而權宜執行，包括遷就民間習慣。<sup>43</sup> 在地處中原邊疆、官府統治密度不高的台灣，民間習慣有更大的機會發揮其規範效力，漢人移民即藉此向進入「漢人法律世界」的平埔族「奪取」利益。

40 參見王泰升，同註3，30頁；王泰升，台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化，臺大法學論叢，44卷4期，2015年12月，1651-1652頁。

41 參見王泰升，同註3，57-58、163頁。

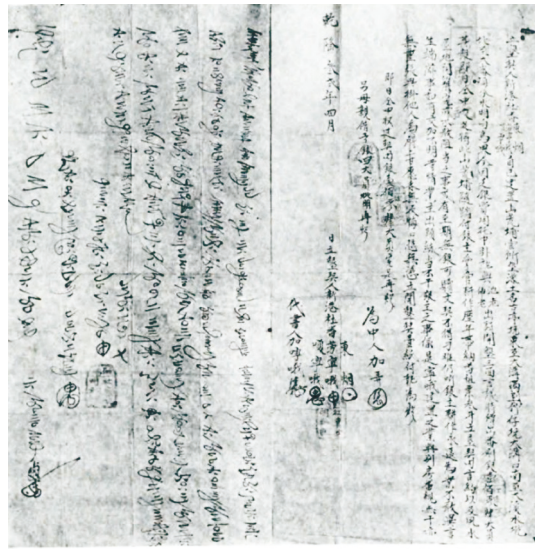
42 其詳，參見王泰升，同註40，1652-1657頁。

43 參見王泰升，同註3，44-46頁。

台灣俗諺稱「有唐山公、無唐山媽」，指男系祖先來自中國大陸，女系祖先則非，乃是在地的平埔族原住民。成為俗諺即表示這種事例很多，反映出清治時期原漢通婚相當普遍，清朝的禁令無用。由於平埔族的法律傳統是家產母女相承，故婚後漢人男子可耕作其平埔族妻所承繼得來的土地，接著卻可能改依較強勢的漢族法律傳統，子從父（漢）姓、家產父子相承，以致由原漢通婚所生的兒子，而非女兒，承繼土地。原為平埔族之土地，轉變為漢人擁有。

所謂「番業漢佃」，是另一個顯著的例子。從清治之初，漢人移民即依源自原鄉的「租」、「典賣」等民間習慣，與熟番締約，以墾耕其地。清朝官府雖曾明文禁止這類行為，但執行不力，最後雖仍不准典賣熟番土地，讓熟番依舊為土地業戶，但「該番不能自耕」，即許漢民租墾熟番地，並交付番租，形成所謂「番業漢佃」。依清制，熟番為業戶的土地免納田賦，但熟番須繳番餉，故漢人移民若能實際上控制熟番土地，不成為業戶反而可省掉田賦的支出，何樂不為？而熟番為了繳納番餉，若沒耕作即需其他收入來源。因此漢人與熟番準據漢人法律傳統，訂定今稱「給墾契約」者（當時官府律例未規定這種契約類型，係後代研究者整理清治台灣民間習慣所歸納而成），由佃戶自備工本為開墾，墾成後由其永遠耕作收益，但須向業戶繳納一定的租穀。<sup>44</sup>如圖2所示，乾隆年間曾有漢文與新港文（荷治時期以羅馬字母作為拼音符號，將新港社語轉化

為文字）併列的「墾耕」契字，從雙語格式可知熟番尚受到一定尊重，但契字內容乃是依漢族法律傳統做成。其後這類雙語契字也消失了，連平埔族文化、西方文化的外觀都隱而未現，原漢之間法律關係更可能是依漢人法律傳統而定。



藏氏丑辛余 庄崎龍郡豐新州南臺（字契）書文語番

圖2：清治乾隆年間漢文與新港文併列的「墾耕」契字。  
資料來源：臺灣文化三百年紀念會編，臺灣史料集成，自刊，1931年，沒頁碼。

平埔族原住民若不懂漢人的規矩，當然會吃虧。漢族法律傳統下的契約文書僅呈現過去確有合意，但容許隨未來的情勢而調整雙方關係，<sup>45</sup>該「給墾契約」雖原以「租佃」為名，但佃戶不僅占有土地還

44 參見王泰升，同註40，1654-1655、1656頁；王泰升，同註3，82頁。

45 參見寺田浩明著，王亞新等譯，權利與冤抑：寺田浩明中國法史論集，清華大學出版社，2012年，128-133頁。

付出勞力及資本方得以墾成，故具實質支配力且貢獻較大，故逐漸演變為業戶已不能更換佃戶，僅能定期收租（或稱大租），佃戶則可自為耕作、自由轉讓或租給他人耕作以收租（稱小租），成為社會公認的業主。熟番業戶不一定知悉前述漢族法律觀，經濟及文化上的弱勢使其很快淪為僅能收番租而無法過問其他，眾多番業漢佃的熟番地實際上由名為「佃」的漢人掌控。固然有些熟番向漢人習得耕作技術而自擁土地，惟在漢化的過程，也不免失去固有的文化及認同。<sup>46</sup>

清朝治台的最後 20 年，對熟番採取漢番合治及編籍為民，只是壓垮平埔族認同及法律觀的最後一根稻草。1875 年清朝將理番同知所駐的廳，置於府底下，改由知府統轄在台漢人及熟番，1888 年進而裁撤理番廳，番社一切事務歸縣辦理，達成「漢番合治」，熟番被納入幾乎與漢人同樣的法政體制。此固然跟牡丹社事件後清朝調整治台政策有關，但亦反映熟番的漢化，已達到可不用採特別統治的程度。台灣巡撫劉銘傳 1887 年底在清查屯務時，就把原為防生番而任屯丁的熟番編入「民人」，直接將其身分由熟番轉為漢人。<sup>47</sup>總之，經清朝統治 212 年後，漢人移民成為台灣的優勢族群，漢族法律傳統當道，平埔族連身分認同都岌岌可危，遑論其固有的法律觀。

## 二、日治及戰後初期：現代法 vs. 漢族與原住民族法律傳統

19 世紀末，原在 17 世紀 80 年代離去的西方法，以「現代法」的身分強勢回

歸台灣。在荷蘭治台、鄭英結盟等之後，西方於其「近代」時期，本於個人主義、自由主義、資本主義等所發展出的法律制度，例如英國光榮革命後的憲政體制、法國大革命以後形成的西歐法律，在 19 世紀跟隨西方國家勢力的擴張，傳入東亞各個地域社會 / 共同體。明治日本率先在國家法制上繼受近代西方的「現代法」（相對於傳統法律而言，日文漢字的「近代」是英文 modern 的意思），1895 年再由日本國家權威帶入依馬關條約成為日本領土的台灣。<sup>48</sup>對當時在台灣的漢人與原住民而言，與當時許多亞、非殖民地的人民一樣，都是在殖民統治當局強勢主導下「被動繼受」現代法。不過這些亞、非殖民地獨立建國後，經常仍採取前殖民主英、法等國帶入的法律，蓋在新的建構國族（nation-building）的需求下，不妨「自主」延續原先被動繼受而來的法制。

值得注意的是，清治台灣從 1860 年起開放 4 個與西方通商的港口後，在台漢人對西方人的現代商法，已經開始有所接觸及吸收。台灣自 1860 年陸續開放淡水、雞籠、打狗與安平為通商口岸，所產的茶、糖、樟腦得以出口至歐洲、美洲、澳洲等地，進入世界貿易體系，故西方商人來台設商業據點，亦與台灣商人合組商行。近代西方商事法律因而出現於台灣漢人社會，並為其所用。例如翻譯英國法上

46 更詳細的論述，參見王泰升，同註 3，79-82 頁。

47 參見王泰升，同註 40，1657-1658 頁。

48 參見王泰升，同註 3，103-112 頁。

「company」的「公司」一詞，被某些資本較大或從事國際貿易之依漢人「合股」習慣組成及經營的企業，採用為合股的店號；台灣人組成的「和興公司」還使用具有英國法味道的「公議章程」，作為合股契約的名稱。來自西方的保險制度，亦透過代理商或分支機構，支持高風險的海上貿易活動，並為台灣商人所知悉。<sup>49</sup> 此一堪稱「社會繼受」之由台灣漢人透過民間商業活動，主動吸收近代西方法律，早於1895年由日本／國家引領的立法繼受、學說／理論繼受，<sup>50</sup> 顯示在台漢人有能力且樂於吸收對其有利的現代法。

因此，除了如後所述的現代型國家的引領外，清末民初的台灣漢人社會（不含原住民），具有相對於同時間的朝鮮社會、中國社會，較佳之接受現代法制的體質及潛力。筆者20餘年前即曾在專書中闡釋過此點，<sup>51</sup> 2017年再根據《日治法院檔案》指出，日治時期人民的近用法院，讓一部分台灣人某程度接受現代司法觀念。<sup>52</sup> 在此對之不再重述，但欲釐清的是，該論點係描述歷史現象，現代性僅僅是作為描述事實的概念工具。有些論者自覺或不自覺地認為「現代性＝好的」，再以之為前提導出「肯定日治台灣接受某程度現代性＝肯定日本殖民統治台灣」。然而，筆者視「轉化為採取現代性」（現代化）為客觀經驗事實，並未全面、無批判的贊同被稱為「現代性」的事物或價值，蓋可能從某價值觀或立場，轉化為現代性是好的，從另一價值觀或立場，轉化為現代性是壞的，而價值觀或立場是主觀信仰的問題。

學者在探究歷史事實時，公開透明地揭露其主觀的價值觀，例如筆者之揭示以台灣為主體、民主程序優先等，有助於學界檢視有無因價值傾向而扭曲歷史經驗事實之描述。此外，筆者早已明確表示，殖民統治的本質就是「損人利己」的不道德，沒有所謂「好的」殖民統治；<sup>53</sup> 但「動機」不良的殖民統治，可能留下於今從某個價值觀或立場而言不錯的「結果」，惟就像遭脅迫而購物一樣，使用該物而受益時不必感謝脅迫者。原為英、法在亞、非之殖民地的國家，並未感謝英、法帶來現代法律吧。

日治台灣，在殖民地統治的框架下，現代型國家進行可謂「依附內地」式的法律現代化。日治之初台灣人的激昂反抗，使日本統治當局體認到台灣殊異於日本內地，故參考西方殖民強權之例而採「特別統治法制」（1895-1922）；亦即展現國家統治權的行政及司法機關，原則上施行日本統治者的法律，兼採當地人行之有年的制度，涉及統治及社會秩序的刑法，亦採日本統治者的法律，但較涉及人民日常生活的民商事法律，可依當地人的習慣。弔詭的是，日本統治者的法律即其「內

49 參見王泰升、薛化元、黃世杰，同註22，68頁。

50 關於被繼受法在繼受國的立法、理論的發展，參見吳從周，同註11，242-245頁。

51 參見王泰升，台灣日治時期的法律改革，聯經，修訂二版，2014年，初版為1999年，12-13、41-43、258-259、303-305、384-386、411頁。

52 參見王泰升，同註15，158-162頁。

53 王泰升，台灣法的近代性與日本殖民統治，收於王泰升，台灣法的世紀變革，元照，2005年，44-45頁。

地」法律，剛好是日本繼受自西方的現代法，而在稱為「外地」的台灣，當地人一指包括漢人及被漢化的平埔族人的「本島人」一慣行，則屬傳統中國法。不過日本政權基於統治成本、壓制反抗的考量，曾用現代法概念轉譯漢族法律傳統以將其納入國家法，例如將清朝州縣官審案模式，轉換為民事上的行政爭訟調停、刑事上的犯罪即決，制度性的阻礙台灣人接觸現代司法觀念。日本帝國接著為消弭被殖民族的自決意識，改採「內地延長法制」（1923-1945），將較多的日本內地現代法制延長施行於台灣，以取代漢族法律傳統，相對的台灣人須捨棄初萌芽的「台灣民族」認同。惟1938年進入現代性崩壞的日本總動員法體制後，只剩日本（皇民）化、不見現代化。<sup>54</sup>總之，台灣人僅能在日本內地法律所具有的現代性範圍內，擁有當中的一部份。

在日治法制下，台灣人所擁有的漢族法律傳統，逐步地被以現代法概念所建構的國家法律所轉化，或納入或排斥。由於日治前期在法條上寫著台灣人的民商事項「依舊慣」，常見的誤會是望文生義，以為是依照舊有的、清治時期民間習慣，甚至以為是依《大清律例》決定法律關係。此可能肇因於忽略1895年不僅是「異族」，更是「異制」—從傳統中國法轉變為歐陸式現代法—的開始。例如傳統中國法底下的「契據」，僅在呈現雙方過去曾合意的事實，並受到一定的尊重，但紛爭發生時果有不同於過去的情事，即須重新調整彼此關係，不必受制於契據；近代西

方個人主義契約法則會把尚未發生的事物納入討論，以個人自由意思合致後的內容，形成未來將拘束雙方的「法」，這個「法」還有依法審判的法院來貫徹其執行力。<sup>55</sup>1895年後，日本統治者既然已帶入現代契約法概念及現代型法院，怎麼可能「照舊」呢？在新的日治時代，台灣人既有民間習慣（有些未見於《大清律例》）的內涵，究竟形成什麼樣可拘束當事人雙方的「習慣法」（關於「法源」的用語），係由受過現代法訓練者組成的司法或行政機關為認定，其可能導入傳統中國法所無的概念，例如覆審法院1903、1904年時曾三度基於現代法上「契約之相對性」，表示締結買賣契約的當事人，不必要是買賣物品的所有人，此迥異於《大清律例》戶律之處罰盜賣他人田宅。且雙方依傳統觀念所合意的內容，若被認定為違反公序良俗（如買賣奴婢），將被排除於習慣法之外。<sup>56</sup>

況且上述「依舊慣」，也僅僅是日治前期一部份的民事法律如此規定爾。例如1905年《台灣土地登記規則》已基於民事

54 參見王泰升，同註3，113-114、217-220頁。

55 以漢族法律傳統中契據的觀念，與近代西方法中契約法的觀念，為不同的兩件事為前提，才會討論前者如何被轉化為後者。關於兩者之不同，專研傳統中國法的寺田浩明，曾相當銳利地表示：「日本的中國法制史學界曾有人試圖用“諾成契約”、“要物契約”及“要式契約”等西歐特有的術語來分析中國的契約法史，但這樣的做法除羅列概念來炫耀博學以外幾乎沒有任何意義。」寺田浩明著，王亞新等譯，同註45，129頁。

56 參見陳宛妤、王泰升，台灣日治初期資本主義財產法制的確立（1895-1905），經濟論文叢刊，48卷3期，2020年9月，346-347、351-352、354-355頁。

**特別法的地位，改變「依舊慣」認定之習慣法上業主權、典權、胎權、贖耕權的內涵。**更重要的是，從 1923 年 1 月 1 日起，因日本內地的民法典（親屬繼承兩編除外）商法典施行於台灣，由「依舊慣」所形塑的民商事習慣法均失去規範效力。<sup>57</sup>日治後期繼續有效的台灣人親屬繼承習慣法（法條上所載為「依習慣」，非「依舊慣」），其內涵已**非僅僅**傳統中國法元素，還有近代西方法或日本固有法的元素。<sup>58</sup>

在台灣法學界**極少被注意**的是，日治下另一個在地的**原住民族**法律傳統，完全**沒有**經歷上述的國家法化／法律現代化。日治時期國家法上，稱為「本島人」（社會上稱「台灣人」）的福佬人、客家人和平埔族人，與稱為「蕃人」、「高砂族人」的高山族原住民，各自適用內容不同的法制。日本統治當局經一段摸索期後，於 1906 年確立了高山族原住民的刑事民事案件「依行政處分」，亦即交由蕃務警察為處置，且不必適用「一般法律」，意指日本帝國在台灣依明治憲法、六三法等所建構的民、刑事法律。不過日治之初居住蕃地（以漢人隘勇線為界）的蕃人，可能因其居住地後來被編入普通行政區域而成為「**平地蕃人**」（其餘仍居蕃地者稱「蕃地蕃人」，此為現行法上平地原住民、山地原住民之別的起源），雖仍受蕃務警察管轄，但其中**少數人**曾由法院依一般法律處理其民、刑事法律關係，故接觸上述從（漢族）「舊慣」改造到適用明治民法典的民事法律，以及在台灣實施的現代式刑法典。因此，在整個日治時期，依現代法

概念可定性為「民事」的原住民族法律傳統，並無如前所述經由習慣法化成為國家法一部份。當時關於高山族原住民惡行之制裁，則僅有平地蕃人當中的少數人經法院以現代刑法制裁之（具有如 1896 年張某的經驗），**絕大多數**或者依「官罰」，由警察參酌原住民族法律傳統而為自為裁斷，且包括施以罰金、勞役等非原住民族傳統的制裁，或者依「社內規約」，大體上即原住民族法律傳統而為處置，但仍受警察監督及一定的改造。<sup>59</sup>

綜上所述，原住民族法律傳統在日治法制內已不再「原汁原味」，但相對於漢族法律傳統，其**較未被**現代法概念及規範內容所影響或取代。是以再經下述自 1945 年起 70 餘年的中華民國時期，漢族法律傳統大概已「回不去」了，但原住民族法律傳統於今還有機會，經審慎評估後採納為國家法。

1945 年二戰結束，日本戰敗而退出台灣、民國中國代表戰勝的盟軍接收台灣，台灣進入中華民國時期。經歷日治而具台灣共同體意識（但尚未達國族意識）的這

57 參見王泰升，同註 51，319、335-342 頁。

58 參見沈靜萍，多元鑲嵌的日治時期台灣人家族法，收於王泰升編，多元法律在地匯合，臺大出版中心，台灣史論叢法律篇，2019 年，313-339 頁。若法律實務界的讀者對日治時期民事法制有興趣，請參閱王泰升，同註 3，285-292、298-314 頁；台大開放式課程：「台灣法律史：從前不教的一門課」，王泰升講授，單元 11，<http://ocw.aca.ntu.edu.tw/ntu-ocw/ocw/cou/104S202/11>。

59 王泰升，同註 7，39、45-47、51-56、59-67、71、84 頁。

些「人」，<sup>60</sup> 自然會關心在台灣所施行的法律，究竟是由「我們台灣人」或仍由住在「內地」（戰後初期的稱呼）的人做決定？戰後國民黨掌控的中國國民政府接收台灣時，以一紙命令宣示，原在中國內地制訂且未考慮過將施行於台灣的中華民國法律，將從 1945 年 10 月 25 日起**全部施行**於台灣。不同於初到台灣的日本統治者，新的來自「中原」的國民黨政權，或不知、或不願承認經日治 50 年的台灣已跟中國內地存有差異，故比照清朝治台模式，將中國內地法律一概施行於台灣。不過此時中國內地已施行現代型法律，於是日治時期須經由「內地延長」提升台灣法律**現代性**的政策 / 模式，二戰後又「再延長」到台灣了，只不過已從日本內地**換成**中國內地，並須承受來自中國內地的統治階層猶相當欠缺現代法政文化。<sup>61</sup>

戰後初期不同國家法秩序的銜接，對台灣社會各群人的意義，不全然相同。對在台漢族中**福佬人、客家人及平埔族原住民**而言，中華民國法制原是為中國而制定、未考慮到將施行於他們，故具有外來性，惟當中繼受現代法的部分，與這群人在日治時期所經歷的戰前日本法大致上相同。且中華民國民法典至 1929 年起才公布，台灣人卻在經一段適應期後從 1923 年起就已適用明治民法典（親屬繼承兩編除外），比中國內地人民更熟悉現代資本主義財產法，中華民國親屬繼承兩編在現代法之外延續部分漢族法律傳統，而這些本是台灣漢人的固有傳統。不過中華民國民法典與日本民法典終究有些差異，例如

前者採物權登記生效主義、設有典權，後者採物權登記對抗主義、設有不動產質權、先取特權。況且，在此涉及**新舊國家法秩序**的過渡，不同於同一國家法秩序下新舊法律的施行，卻沒有制定任何專法規範之，不免使法律上權利義務關係陷於不安。至於戰後初期因同樣自民國中國移入而在台灣社會形成的「外省人」，對適用「自己的」中華民國法律似乎認為理所當然，大概不會知道在日治前期，來台日本人曾就土地權利有不能適用日本民法的「痛苦」。相較之下，中華民國法對於**高山族原住民**，更有現代、中國、漢族等多重外來性。原本日本統治當局顧及現代性的衝擊，在 1945 年曾表示待 10 年後將對其施行「一般法律」，然來台的國民黨政權同年即施行這些現代法制，或未意識到、或不在乎高山族原住民族的適應問題。<sup>62</sup>

就整個法律發展而論，戰後初期的 4 年（1945-1949）跟日治時期是同一個階段，仍為「依附內地」式的法律現代化。

60 日治時期台灣人的國籍為日本，但現實上「二等國民」的待遇，而對日本這個國家有疏離感，倒是視台灣為「家鄉」具有認同感，但由於對現代型國族國家的認知有限，不一定產生以台灣作為國家的意識，同樣也欠缺中國國族意識，蓋當時根本未與中國人民共同生活，且在實際的社會生活中並不覺得中國國籍「好用」。參見王泰升、阿部由理香、吳俊瑩，台灣人的國籍初體驗：日治台灣與中國跨界人的流動及其法律生活，五南，2015 年，223-232 頁。

61 其詳，參見王泰升，臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」，中央研究院臺灣史研究所、臺大出版中心，2015 年，47-76 頁。

62 參見王泰升，同註 3，116-117、292-293 頁；王泰升，同上註，72-74 頁。

有別於下述 1949 年之後，**不再有殖民母國、不必再考量內地情事**，直接由在台灣的中央政府，不受域外政治權威 / 政府的指揮監督，自己決定國家法制的內涵，進行「**自主繼受**」，縱令該「自主」猶受到一定程度的束縛。<sup>63</sup>

## 肆、台灣與中華民國合一後的法律展望

### 一、台灣的繼受中華民國法

從結合人與法的歷史，就歷來施行於台灣人民 / 台灣共同體的法律（法秩序）而言，1949 年 12 月 9 日中華民國政府行政院在台北重新開張，<sup>64</sup> 乃是第一次出現**法律上「全國」的中央政府**即存在於台灣斯土。這個在台灣以「中華民國」為名的中央政府，以台灣本島及其地理上或政治上附屬島嶼（通稱為「台澎金馬」）作為領土，對於該領土上人民行使排他而最高的國家統治權，並在國際上擁有國家的權能、善盡國家的責任，**事實上已構成一個國家**。1950 年 3 月 1 日蔣中正在形式上即依作為國家憲法的《中華民國憲法》第 49 條之規定，宣布「復行視事」，而成為在台灣的中央政府的第一位總統。<sup>65</sup> 在台執政的蔣中正一直堅持使用「中華民國」國名，就像鄭成功使用明朝「永曆」年號一樣，是為了保有重回中國執政的名分，直到 1971 年仍堅持不改國號，不惜犧牲台灣人民在聯合國應該有的位置。但無論如何，國家實體與國家名稱是兩件事，更不影響國家的延續。

台灣以「事實上國家」持續運作迄今 71 年，**台灣人民在實踐上已將來自民國時代中國的中華民國法制，當作自己國家的法制**，對之在台灣學界脫口而出「我國法」、在國際學界則稱「台灣法」如何如何。此即**國家法制之繼受**，其始點為上述 1949 年 12 月 9 日，故有 1950 年 3 月 1 日依繼受而來的憲法產生總統，姑且不論其在政治上的民主正當性是否足夠。回到歷史現場，這項國家法制之繼受，乃 1949 年渡海來台的國民黨政權，挾其黨政軍特勢力所決行的，**未經當時組成國家的成員—台灣人民—在自由意志下表示同意**。不過就像亞、非許多國家沿襲前殖民主的法律，如新加坡承受英國法律，當下如何**善用既存法制才是重點**。況且，1990 年代台灣民主化、出現民選議會及政府之後，已**不再有「外來政權」**，僅剩原本外來的**法制應如何在地化的議題**。2020 年 8 月 28 日公布的大法官釋字第 793 號解釋，曾不太醒目地在「理由書」中承認台灣繼

63 參見王泰升，同註 61，77-78 頁。

64 行政院第一百次會議於 1949 年 12 月 9 日在台北召開，由時任行政院長的閻錫山擔任該次會議的主席，其議事錄在「討論事項」載有：「（二）院長提議：政府遷台辦公後各部會及附屬機關應如何緊縮裁併案。決議：應按照前政務會議決定之原則由各部會分別擬議呈院核定。」因此依與會者的認知，在從中國大陸的成都，遷至台灣的台北之後，整個政府組織須因應治理地域變小而緊縮裁併，故中華民國中央政府實乃「重新」在台灣開張。見行政院，行政院會議議事錄 臺第一冊一〇〇至一一六，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00028-001。

65 其詳，參見王泰升，同註 61，134 頁。當台灣於 1949 年年底成為事實上國家時，蔣中正並不具有總統的身分，但其已以國民黨總裁的身分控制在台灣的黨政軍各部門。

受中華民國法制。<sup>66</sup> 就像羅馬法雖然已隨羅馬帝國的覆亡而失效，但成為國家的德國將該失效的羅馬法繼受為本國法，<sup>67</sup> 作為事實上國家的台灣，亦將在原生地已失效的中華民國法繼受為本國法。就算繼受母國仍存在，也不妨礙繼受國的法律繼受及隨後的法律在地化。介紹澳大利亞法律的論著即指出，英國遷占者（settlers）18、19 世紀帶入之當時的英國法律，被繼受（received）為澳大利亞殖民地／政治共同體的法律，但其後英國法的種種變遷並不自動被繼受，且已繼受部分亦可能為澳大利亞的議會所改變、法院所調整，澳大利亞因而發展出與英國不同的法律，雖然澳大利亞法院還是經常遵循英國的普通法。<sup>68</sup> 澳大利亞法院 1996 年在 Mabo 案承認原住民族土地權利時，有學者稱此為「澳大利亞法律的澳大利亞化」，但今澳大利亞法律上國家元首仍為英國女王，猶存繼受英國法之遺緒。

在將被繼受國法制調整為繼受國所需，亦即「中華民國法的台灣化」過程中，就憲法上關於國家領土之規定，目前因國際上受到中國武力威脅（參見後述）、國內尚缺明確的集體共識，而未將規範內容調整為領土即台澎金馬，導致台灣還不是「法理上國家」。<sup>69</sup> 欲調整為台灣即法理上國家，法律形式上可透過制憲、修憲，甚或釋憲，但不論何者都是具政治性的決斷。且於今對於繼受自民國中國的現行憲法，進行修訂或適用時，均須了解結合人與法的中華民國憲法史。整體而言，一如羅馬法史成為德國法律史一部份，中華民國

國法史亦應被納入台灣法律史，而為多元法律史的匯合。事實上在中央研究院臺灣史研究所檔案館，亦可看到記錄民國時代中國司法運作的《最高法院遷台舊檔》。<sup>70</sup>

當今中國主張其對台灣擁有主權，但論據不足，又無行使統治權之事實，才一再企圖憑藉實力，要求各國、各國際企業承認之，然政治現實上這是台灣人民不能面對的威脅。按 1949 年 10 月 1 日中國發生新舊政府繼承時，舊的「在中國的中華民國政府」此刻並未擁有台灣主權，除非中國可單方廢除 1895 年將台灣主權移轉給日本的馬關條約之效力，而延續原先大清帝國對台主權。二戰後國際法上處理台灣主權的舊金山和約至 1951 年才簽訂、隔年生效，日本依該和約當以原本擁有對台主權為前提，方能拋棄該主權，但不表

66 釋字第 793 號解釋在理由書的「法制背景」謂：「臺灣於第二次世界大戰結束後，繼受中華民國法制，進入中華民國訓政時期約法……體制。」對此可稍加詮釋。按台灣在 1945 年係被視為中國一省而施行中華民國法制，至 1949 年始成為事實上國家，方繼受性質上屬於國家法體制的中華民國法制；不過該等被繼受為新國家之實證法的中華民國法規範，確實存在著至 1947 年 12 月 25 日施行憲法才失效的訓政時期約法體制，故台灣的戰後憲法史，仍須從中華民國訓政時期約法體制開始講起。

67 參見吳從周，同註 11，235 頁。

68 參見 Richard Chisholm & Garth Nettheim, *Understanding Law: an introduction to Australia's legal system* (Sydney: Butterworths, 4th ed., 1992), pp. 14-17。

69 參見王泰升，同註 61，97-105、121-125、229-232 頁。

70 關於此檔案的介紹及運用，參見王泰升，政府檔案的整編及學術上運用：一位台灣法律史研究者的經驗談，國史館館刊，54 期，2017 年 12 月，176-177、180-181 頁。中研院台史所檔案館所建檔名為：「最高法院遷臺舊檔民事訴訟案」、「最高法院遷臺舊檔刑事訴訟案」。

示將之讓渡給哪一國；惟中華人民共和國未簽署舊金山和約，藉以持續主張其自清朝政府、中華民國政府繼承台灣主權。1949年中國舊的中華民國政府依國際法上軍事佔領在台擁有的**統治權**，也未移轉給中國新的中華人民共和國政府，而是由1949年12月9日中華民國中央政府在台北重新開張，所出現的「在台灣中華民國政府」**承接**，並形成一個事實上國家，一直運作迄今已70餘年。正因國際法上台灣主權並不屬於中國，故1971年聯合國2758號決議，雖然針對國際上哪個政府代表中國，明確指出是中華人民共和國政府，但該決議**不涉及**非中國一部份的台灣的主權問題。<sup>71</sup> **台灣人民**經由繼受而來的中華民國法制，選舉中央民意代表以組成立法機關，選舉總統並由其任命中央政府行政首長以組成行政機關，且維持一個以保障自由民主憲政秩序為旨的司法機關，實際表達了自為獨立國家的意願，國際法上應擁有台灣的主權。<sup>72</sup>

總之，1949年起台灣的**繼受**中華民國法，讓國家法上所稱的「我國」，等於社會生活上所稱的「我們台灣」；不同的過去，不能阻止我們擁有共同的現在與未來。在歷史考察上，日治台灣、民國中國**兩源並進**，且匯合於1949後的台灣，整個視為台灣社會的法律現代化歷程。在此認知下，台灣法律人不應只有「中華民國」的思維，而應將之納入整個台灣而為思考。例如於今我們台灣非常強調「司法為民」，但訂為司法節的1月11日，僅僅涉及1943年英、美二國放棄領事裁判權而部

**分的恢復中國的司法權**，按之前北洋政府時代早已取消德、奧、俄三國，至二戰後才取消葡萄牙在中國的領事裁判權。<sup>73</sup> 相較之下，如前揭張某等台灣人在1896年**首度近用現代法院**，較為貼近台灣人民的法律生活。據此，台灣的「司法節」應從改為7月15日。此非出於紀念日本帝國的法律，而是彰顯對**台灣人民**歷史經驗的尊重。

## 二、以「多元匯合」思考當今的法律議題

在戰後台灣，同具日治經驗的高山族原住民，與福佬人、客家人、平埔族原住民等族群，因均有台灣省籍，一起被納入「本省人」概念中。戰後之初作為「新的外來者」的外省人族群，帶入名為中華民國的「遷占者國家」而曾經長期享有政治、文化上優勢地位，<sup>74</sup> 但於今已與本省人各族群、金門及馬祖人民，以及1990年代起來自中國、東南亞等地的新移民，以法

71 亦參見王泰升，同註3，120-122頁；王泰升，同註18，160-161頁。

72 亦參見 Lung-chu Chen, *The U.S.-Taiwan-China Relationship in International Law and Policy* (New York, NY: Oxford University Press, 2016), pp. 91-92。

73 王泰升，清末及民國中國與西式法院的初次接觸——以法院制度及其設置為中心，中研院法學期刊，1期，2007年9月，154頁。

74 學說上所稱「遷占者國家」，需具備兩個要件：（一）在某個社會中，相對於本土集團（native group），移居者集團（settler group）被維持著一種優越性的地位；（二）建立在這個社會之上的國家，最起碼在事實上獨立於其出身之母國之外。戰後台灣出現之中央政府台北的中華民國，符合這兩個要件。參見若林正丈著，洪郁如、陳培豐等譯，戰後臺灣政治史：中華民國臺灣化的歷程，臺大出版中心，2014年，3、6、101-102、109頁。

律上為**同一個國家**的國民而匯合，在國際社會上被稱為「台灣人」。從歷史的觀點，本省人曾受戰前日本統治，而普遍具有現代經濟技能且相當遵守現代生活秩序，<sup>75</sup>外省人則自民國時代中國，帶入操作主權國家所需的國防、外交等經驗，共同營運從 1949 年年底迄今「我們台灣」的國家。

在自由憲政主義底下，國家不應僅允許特定的一種政治意見，故社會上因「多元」而呈現分裂，洵屬自然。當今台灣社會關於「國族認同」存在一個相當大的分裂，主張應由台灣與中國大陸的人組成國家的「中國國族認同」，與主張應僅由台灣的人組成國家的「台灣國族認同」相對立。前者源自外省人的**歷史經驗**，並於 1949 年年底在台灣建立遷占者國家後，用以正當化實際人口數較少的外省人，因「代表中國大陸」而可擁有高於實際人口比例的政治資源，形成「萬年國會」。但 1990 年代透過釋憲（如釋字 261 號）及憲法增修條文，已將應依「民主」原則選出國會及總統的「民」，定位為台澎金馬的人民（法律上宣稱「自由地區」人民），破解中國國族認同對台灣共同體內部可能造成的政治不公。後者則源自本省人不但 是 20 世紀前半葉中國民族運動的缺席者，且在台澎以日本人作為「他者」形塑台灣人意識，再因戰後對回歸中國統治的失望（以二二八事件為表徵）而滋生**自為中、日以外獨立國家**的願望。惟在前述 1990 年代以「民」—台澎金馬人民—作為國家「主人」後，**實際的法律運作上**國家業已「僅由台灣的人組成」。其後該國族認同

的分裂，即跨越原由歷史經驗而生的省籍／族群界線，逐漸與現實的經濟或政治上利益做**連結**。蓋欲以「台灣人期待與中國統一」為併吞台灣之口實的中華人民共和國，成為台灣**外部**支持在台延續中國國族認同的力量，故於政經等各層面積極施惠或消極不打壓在台灣持該項國族認同者。

自由民主的憲政秩序，欲以民主程序**縫合**一個分裂的社會，故各種社會力量可公平競爭以獲得多數國民的支持，但不容以行動否定這個讓競爭存在的憲政秩序。依台灣現行憲法所揭示的自由民主憲政秩序（參照釋字第 499 號），人民可以擁有不同的**國族認同**，縱令出於個人經濟利益的計算亦然。國家組織體的實質是提供一種憲政生活方式，國家名稱只是形式，故僅謂「認同中華民國」是沒什麼意義的。對台灣法上自由民主**憲政秩序**的認同，就是對現存於台灣這個**國家**的認同，至於國名、國旗、國歌等均可依民主程序處理。<sup>76</sup>基於這樣與憲法連結的**國家認同**，「我們台灣」每個人都可在自由民主憲政秩序下主張不同的**國族認同**，但不得採取行動企圖終結「我國」—現存於台灣的國家。也

75 經日本 50 年具「殖民現代性」的統治，台灣人已相當熟悉現代的資本主義財產法與商事法，並有「遵法」精神；日治時期的警察政治固然以鞏固殖民統治為最高目標，但也一定程度提升台灣人日常生活中，現代的公共空間意識及衛生意識。參見王泰升，同註 51，303-304、374 頁；吳俊瑩，日治台灣警察與現代生活秩序的形塑：以違警罪的即決為中心，台大歷史系博士論文，2020 年，270-273 頁。

76 亦參見王泰升，西方憲政主義進入台灣社會的歷史過程，收於廖福特編，憲法解釋之理論與實務，第八輯，中央研究院法律學研究所，2014 年，102-104 頁。

因此台灣自由民主憲政秩序本身，應有其自我防衛機制，以不受其他國家或國內個人的破壞。

在一個為維護自由民主憲政生活方式而建立的台灣人國家，應包容由於歷史文化上差異而存在的複數的法律觀。<sup>77</sup> 這句話，是為原住民族的法律傳統而發。戰後的中華民國法，長期的以「同化」為原住民族法制指導方針，直到 1990 年代修憲時，方以憲法增修條文表示「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」，且「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與」。（現行第 10 條第 11、12 項）此係在個人主義法制中，承認整個原住民族是一個應被尊重的主體，並對身為其成員的原住民個人給予必要的保障。2005 年因而新創《原住民族基本法》，其第 4 條揭示與過去同化政策大相逕庭的「自治」目標。然而在法律的制定及執行上，可議者甚多。法律允許原住民族因狩獵文化持有獵槍、漁槍「供作生活工具之用」，但司法實務上卻多帶著「現代」觀點以當事人經濟狀況判斷是否「生活工具」，忽略傳統的狩獵祭儀與活動對原住民族的文化意涵。法律允許原住民族「基於其傳統文化、祭儀」之必要而獵捕野生動物，惟不可獵捕保育類動物，但法律對保育類動物的認定未納入原住民族傳統生態知識與文化系統的監測機制，忽視原住民族依其傳統形成的土地與自然資源制度。法律允許原住民族「依其生活慣俗需要，在其傳統領域土地內採取森林產物」，但未考量原住民族與土地及自然

資源的相互依存關係及據以產生的山林使用規範。<sup>78</sup> 其結果，符合原住民族法律傳統的行為，在國家法上卻屬「不法」。是否當今的國家法也如 17 世紀的荷蘭東印度公司一樣，傲慢地認為碰到了「自然法難題」？

本於「國家的法律應是為社會而存在」的理念，國家法應面對這類原住民法與現代法之間的衝突，並經由相互妥協，尋求恰當的平衡點。2010 年台灣法院在「司馬庫斯倒木案」，以「泰雅族生活習慣會對山中資源視為財產的一種」，認定搬運倒木之行為無罪。這個具有開創性的判決承認原住民族「生活習慣」，實即本文所稱的原住民法、原住民族法律傳統，具有國家法上意義，故據以免除刑事責任；法院未來是否進一步據以賦予民事法上取得山中資源的權利（民法第 757 條），還有待觀察。<sup>79</sup> 不過在相關的爭議中，現代法上某些原則也應兼顧。例如從「山地」保留地、「山胞」保留地、演變至當今「原住民」保留地，其上存在著公有地及（原住民個人的）私有地，<sup>80</sup> 故針對原住民保留地所為的法律處置，仍須顧及現代個人主義法制對私有土地所有權的保障。

77 較詳細的申論，參見王泰升，論台灣社會上習慣的國家法化，臺大法學論叢，44 卷 1 期，2015 年 3 月，57 頁。

78 參見蔡志偉，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，2011 年 10 月，1530-1533 頁。

79 參見王泰升，同註 77，54-55 頁。

80 參見王泰升，同註 40，1676-1679、1681-1682、1688-1690 頁。

別忘了台灣法律史上還有一個傳統中國法，當今台灣尚存的漢族法律傳統，同樣有可能與現代法相衝突而須協調。大法官在關於祭祀公業的釋字第 728 號針對現代法與漢族法律傳統，在關於原住民狩獵的釋字第 803 號針對現代法與原住民族法律傳統，兩者之間的矛盾，是否都予以妥適的調和？有無厚漢族、薄原住民族？牽涉的層面及利益甚多，非本文所能詳述。在此欲強調的是，承認「多元」的存在，理解各種針鋒相對的意見，但為了能在台灣共同生活，須磨合出最大公約數，並保持結論的開放性，讓每一世代的人為自己做決定，而非歷史命定。台灣作為一個自由民主憲政國家，就是要讓每個人都活得自在，進而珍惜及護衛這樣的生活方式。

