

台灣史論叢法律篇
Taiwan History Series: Law

多元法律在地匯合 The Integration of Diverse Laws in Taiwan

導論

【此係作者的稿件，頁數與正式出版品不同】

王泰升

位於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）。本書秉持台灣法律史的觀點，¹ 將從台灣原住民族，於 17 世紀遭逢來自歐洲基督教世界的荷蘭法律講起。在此同時，開始遷徙且定居於台灣的漢人移民，亦引進可稱為「傳統中國法」或「東亞法系」的東亞漢字文化圈的法律傳統。以 19 世紀後半葉北台灣清朝地方衙門審案紀錄為主的《淡新檔案》，呈現了當時的台灣，作為中原天朝之新疆、陸權帝國之邊疆，在台漢人及平埔族原住民的法律生活實況。19 世紀末、20 世紀初，隨著新興海上強權日本帝國的取得台灣主權，源自近代西方的憲政體制、刑事法律、歐陸法系資本主義財產法制、個人主義親屬繼承法律之概念，石破天驚地衝擊著台灣社會。於是關於紛爭的解決、犯罪的懲治等，無不朝著接受近代西方法律價值觀的「法律現代化」前進，連向來被認為不易撼動的家族法亦然，且高山族原住民也一起被捲入這波法律變遷浪潮。在此法律現代化過程，台灣因 1895 年進入日本國家法秩序，而仰賴從日本內地延長具現代性的法律，1945 年再納入外省族群、改行民國時代中國的法律，中國內地的現代意義法規範進而也延長至台灣。1949 年年底台灣成為一個事實上國家之後，雖法律形式上持續施行中華民國法制，但原則上已不受「內地」牽絆，自主繼受戰後歐美、日本等國的法理念及制度，並在 1990 年代民主化後，形塑出當今自由民主憲政秩序及法律生活。

本書將循上述法律發展脈絡，提供 10 篇相關的論文，以顯現政權或國家的變動，如何決定了台灣的法律規範內涵，以及制法與執法階層的文化屬性，最終多元鑲嵌成台灣人真實的法律生活。惟在此單獨成章的各篇論文或專書中一部分，原本可能有其關懷的特定議題或時段，故為了更加完整地闡釋台灣的法律發展，將在導論中簡要補充其所未及說明的議題或時代。按本書係整套「台灣史論叢」中，關於法律生活的分冊，是以所欲呈現者，不僅僅是各棵「樹」，還包括整體「林相」，即整個「多元法律在地匯合」的現象。並期待讀者本於這

¹ 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，即屬「台灣法律史」。就此項定義，亦可參閱筆者在即將出版的《中研院法學期刊》，所刊出的〈臺灣法律史的提出及學科化〉，以及在該期刊為回應三位評論人而撰寫的〈再論臺灣法律史：對評論人的回應〉。

項認知，再從包括非法律面向在內的各種可能的視角，更廣泛地解析台灣的人文社會生活，或建構在地化的人文社會理論。

一、東西方法律在台灣的首度相遇：羅馬－荷蘭法與原、漢之法

對於住在台灣的人而言，東、西方文化的初次交鋒是，經由大洋而來的歐洲文明，與在地的原住民族，而非漢族的文明相遇。在有文字記載的「歷史時代」，最早居住於台灣島上的是，種族文化上屬於南島語族（**Austronesian language family**）的一群人。於今基於其係現在台灣作為主流/多數的漢族移入之前「原來」的居住者，而稱為「原住民族」（**indigenous peoples**）。在外族或外來統治者進入台灣之前，原住民族大體上是以部落自治的方式，根據其社會中的規範，包括那些於今可定義為「法律」者，亦即以下所稱「原住民法」，來維持群體的秩序。² 在歐洲的大航海時代，葡萄牙人以「福爾摩沙」

（**Formosa**，美麗之島）的稱呼，讓原住民族居住的台灣進入歐洲人的眼界。將歐洲法律輸出到南美洲殖民地的西班牙人，也曾在 1626 年至 1642 年間在北台灣建立殖民地，但其法律施行狀況於今尚不太清楚。在台灣進行較大規模殖民統治的是荷蘭人（1624-1662），其法律因而較廣泛地影響原住民族。且漢族在此之前雖曾來台與原住民族交易，或往來於台灣與中國大陸之間為捕魚等活動，但透過大規模的定居而帶入漢人法律傳統，大體上始自該荷蘭統治時期。

源自歐洲基督教文明的羅馬－荷蘭法（**Roman-Dutch Law**），因此在 17 世紀時，施行於遠在東亞的台灣。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。³ 但在台灣學界，很少人注意到類似的故事也發生在台灣。

第一章「帶入西方法律的荷蘭統治者」將述說，於 17 世紀，荷蘭人如何將當時西方基督教世界的法律帶入台灣。荷蘭人 1624 年來台時，其本身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）的等級制政體，故在台灣即依循該政體建立統治秩序。從此在台灣法律史上常看到，雖地理上與殖民母國（或東亞傳統上的「內地」）隔離，但因政治上被定位為殖民地（或邊界、「外地」），⁴ 故法律體系的建構原則及走向必須跟從

² 這是準據今天觀察者/論述者所持之對於法律規範的定義，而認為被觀察的原住民族，乃至後述的漢族，存在著相當於今之法律的社會規範，非謂原住民族或漢族固有文化中即有今之法律觀念。參見王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，2019，5版3刷），頁19-20。關於原住民法的內涵，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》，第134期（2013年9月），頁3-10。

³ 參見楊崇森，《遨遊美國法－美國法之源流與民刑法之運作》（新北市：國立臺北大學、華藝學術出版社，2015），頁3-4。

⁴ 中原政權原稱台灣為「海外」，清朝將之納入版圖之後，仍視為「內地」或「海內」之外的區域，至多是跨立於內、外之間的藩籬、邊界。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）》（台北：臺大出版中心，2018），頁47、66-67、70-71、284-285。日本統治台灣後，亦以「內地」稱呼其本土，以「外地」稱呼台灣。

母國（或內地），僅能做細部的調整的這種「依附」現象。於 17 世紀，由先前的領主召開的等級會議所轉化的荷蘭聯邦議會，授與荷蘭東印度公司在亞洲的殖民地兼理政府職能，包括在台灣設立商館，與原住民族簽訂受讓其「主權」的條約，並將公司與原住民長老之間的關係定位為領主與封臣。1644 年之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。

曾受荷蘭政權統治的原住民族，也在荷蘭東印度公司的規制下與漢人移民有所往來，以致日後因受漢化而被稱為「熟番」或「平埔族」。上述的荷蘭「屬民」，是指原住民。如第一章所述，荷蘭人欲將其自身的羅馬－荷蘭法施行於原住民時，面臨所謂「自然法的難題」，即歐洲基督教世界的法律所蘊含的價值不同於原住民族，故一方面在統治上必要的範圍內，依荷蘭的法律規範原住民族，另一方面在相當大程度上允許原住民族依固有的法律（原住民法）生活。荷蘭東印度公司對原住民族所為的法律上規制，包括其不得侵擾漢人移民的耕作，但基於對屬民的保護義務，會補償原住民族因而所受損失，此外也要求其須依公司所訂「贖社」制度與漢人交易，公司再向獲獨占貿易權的漢人收權利金。漢人移民因此得以在台灣建立以農耕生活為主的漢人墾殖區，或居住在荷蘭人規劃的大員、赤崁歐洲式市鎮從事營建、商業等活動，以致被西方學者認為持居留許可證的漢人，係與荷蘭統治階層在台灣「共構」（co-colonize）殖民體制。⁵

荷人治台 38 年後，在共構殖民體制下僅能有限地參與統治的漢人，獨自在台灣建立了漢族天朝式統治秩序。歐洲人稱「國姓爺」（Koxinga）福佬海商首領鄭成功，1661 年在漢人移民的協助下登陸赤崁，攻佔普羅民遮城，先前效忠荷蘭的原住民村社亦轉而與鄭成功結盟，收下鄭方給予的漢名、官袍、官帽、玉帶等象徵效忠的物品。隔年荷、鄭雙方簽訂和約，荷蘭聯邦共和國依歐洲國際法的觀念，將其對台灣的主權、公司在台產業及權利移轉給鄭氏王國，告別在台的原住民封臣及屬民。⁶ 鄭成功及其子與孫，則本於傳統中國/漢族的天朝觀念，以明朝皇帝所封「延平郡王」之名義在台「開國立家」，實際上統治台灣，依帝制中國的郡縣制設置 1 府 2 縣（州），漢人稱為「民」，已歸順之原住民被稱為「番」且編入「社」。⁷ 換言之，歐洲前近代的法政體制及在台的共構殖民已遠離，僅僅像贖、甲等尚留存於台灣的漢人社會；相對的，傳統中國法/漢人法律傳統在台灣，從荷治時期只限於規範財產交易或倫常家產關係，擴及整個法政體制，原住民族則被視為文化落伍的次等群體。然而，台灣實際上為屬中原政權的天朝所設官統治，須至 1683 年鄭氏王國降清，始發其端。⁸

⁵ 參見歐陽泰著，鄭維中譯，《福爾摩沙如何變成變成臺灣府？》（台北：遠流，2007），頁 222-239、297-315、340-356。

⁶ 參見歐陽泰著，鄭維中譯，《福爾摩沙如何變成變成臺灣府？》，頁 427-435。

⁷ 參見黃典權，〈鄭延平臺灣世業〉，收於黃富三、曹永和編，《臺灣史論叢 第一輯》（台北：眾文，1980），頁 113-120。

⁸ 從台灣史而言，1661 年由漢人所建立的鄭氏王國只領有台、澎，未及於中國內地，故並非中原政權。且南明最後一位永曆皇帝於 1659 年逃離中原，明朝即已滅亡。

二、傳統中國法及清朝治台體制下的官府審案

第二章「清治時期傳統中國的審案機制」，擬呈現清朝在台衙門的審案方式及處理準則，不過其須放在下述的一個法制大環境，亦即傳統中國法/漢人法律傳統，以及清朝對台統治政策及架構來觀察。在東亞大陸昔稱「中原」的漢族居住地域，存在著從秦朝一統天下、頒行《秦律》後，經儒家與法家思想合流而成的《漢律》，一直為自命為天朝的政權所沿襲，終至清朝所頒《清律》的法律體系。由於該地域位於 19 世紀後作為主權國家的中國，故該等法律被稱為「傳統中國法」，實即漢族的法律傳統。但其在過去的天朝觀念下，亦被傳播至中原以外、19 世紀後作為主權國家的韓國、日本、越南等地，故亦為整個東亞漢字文化圈的法律傳統。若從主權國家的觀念而視台灣為國家（目前以中華民國為國名），⁹ 則台灣在與韓、日、越等有所不同的歷史情境下，也擁有這項東亞漢字文化圈法律傳統。其由來就是 1684 年台灣本島首度被中原天朝納入版圖，並連同澎湖群島設置了 1 府 3 縣，且在清治 212 年（1683-1895）間，台灣人口轉變為以漢人及被漢化的平埔族人占多數。¹⁰

傳統中國法在「法律儒教化」底下，¹¹ 以儒家教義為規範理念；清朝皇帝雖以律文掌控官僚體系的作為，卻又期待於律文之外可為各種「權變」。傳統中國法根據儒家所稱「三綱」：君為臣綱、父為子綱、夫為妻綱，所建立的「君父權統治」模式，以皇帝為官民之最高權威，子民服從地方的父母官，家族內子服從父、女服從男。規範內容上，以家族作為一個單位，強調官民、尊卑、男女間的差別待遇，且君權至上，百官及庶民須承擔各種責任。皇帝固然依上述原則，以律、例、典等形式的「官府規定」，指示官僚對於怎樣的行為，應給予怎樣的處置，以控制中央到地方的各種統治行為，但皇帝自己、官僚報經皇帝許可、甚或官僚為緊急應變，均可不依照在律例等已書寫下來的規定進行處置，以追求儒教觀點的「情法之平」。相對於當今源自西方之法律規範係具有普遍適用性的規則，個人並因而享有「權利」，前述傳統中國皇帝、官僚則可為「權變」，使得傳統中國法規範具有「非規則」（non-rule）的性格。¹² 以致地方父母官在審案時，可同時參酌官府規定、民間習慣、情理等，而對個案做成一次性的裁斷，並要求紛爭當事者遵從以息訟。¹³

清朝在治台的前 190 年，出於「為防台而治台」，在設官治理上相當消極。至 1874 年為止，清朝僅在台南設有台灣府，且基於漢番分治，另設與府平行的南、北兩路理番廳。在 1874 年牡丹社事件後，台灣逐漸成為清帝國的海防要地，始設置 2 府、甚至 3 府，將理番（指熟番）廳納入府之管轄、進而裁撤理番

⁹ 以台灣（台澎金馬）為領域，居住其上者為人民，具有一個足以對內行使最高的國家統治權，對外不受其他政治權威所支配的主權政府，事實上已構成一個國家。

¹⁰ 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 35-36、62。

¹¹ 參見瞿同祖，《中國法律與中國社會》（台北：里仁，1984），頁 423-424。

¹² 參見寺田浩明，《權利與冤抑：寺田浩明中國法史論集》（北京：清華大學出版社，2012），頁 335-350、370-392。

¹³ 官府規定、民間習慣、情理等三者沒有絕對的適用上優先次序，而是協同地一併成為具體個案中的評價基準，以求得和諧的社會秩序。參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 45-46、72。

同知，並著手開山撫番（指生番），最終1887年正式設省。清朝從未在台灣設置與縣同級、係較繁華區域的州，倒設置不少與縣同級、係新開闢或地廣人稀區域的廳；但不論縣或廳，其運作與中國內地一樣高度仰賴在地人所擔任的胥吏與差役，以及民間的頭人。¹⁴ 學界所稱的《淡新檔案》即淡水廳、台北府、新竹縣衙門的運作紀錄，且多數是發生於1875年以後的案件。¹⁵

第二章即以《淡新檔案》為基礎史料，透過對地方官員在判斷案件輕重、採擇程序以及作成裁斷等實際操作過程的分析，重新思考律例和會典上規定是否足以認識地方廳縣衙門的審案程序。結果顯示，地方衙門所進行的審案，乃是廳縣正堂在律例揭示的價值或基本精神底下，運用有限的官府資源，為當事人伸冤，並維持地方秩序。在此審案機制下，並非律例和會典等官府規定決定了審案的流程，而是正堂依其判斷而決定是否引用這些官府規定。

三、從無到有的自由民主憲政：形式上有效的憲法規範與實際的憲政生活

第三章「近代西方憲政體制的到來」，擬闡釋台灣從1895年起，迄今100餘年憲政文化的變遷，在此先簡要說明法制/法規面向的演變。東亞第一部採取近代西方立憲主義的憲法，乃1889年公布並施行之俗稱《明治憲法》的《大日本帝國憲法》，但當時台灣非日本的一部分。依國際法，1895年5月8日起台灣主權移轉給日本，以致日本國內法上產生該憲法施行範圍是否包括台灣的問題。當時日本的憲法學界，有不施行、部分施行、施行等三種看法。按該憲法未明定何者為釋憲機關，若以在帝國議會受質問的日本政府之見解為有權解釋，則除了曾短暫地認為部分施行，早在1899年日本政府即已表示《明治憲法》施行於台灣。此在規範面上有兩個重大意義，其一是實行君主立憲政治。身為主權者的日本天皇，在台灣行使國家統治權時，須依照憲法之規定，亦即立法權須經帝國議會協贊，行政權須經內閣會議，司法審判權須經裁判所，統帥權須經軍部始可。其二是保障基本人權。《明治憲法》第二章「臣民權利義務」之規定，亦施行於台灣。1896年帝國議會以《六三法》，授權台灣總督可就台灣的立法事項發布具有法律效力的命令（稱「律令」）；在論理上作為前提的是，明治憲政體制區分法律與命令，凡欲以命令規範立法事項，須獲得有權協贊法律的帝國議會之授權（即委任立法）。¹⁶

二次大戰後因中國國民政府代表盟軍接收台灣，故同樣當1931年公布施行時沒台灣人民參與的《中華民國訓政時期約法》，從1945年10月25日起施行於台灣。該約法作為台灣的第二部現代國家基本法，從「訓政」一詞可知其並未承諾要實現立憲政治。訓政時期基於「黨治主義」，國家統治權是由國民黨「付託」給國民政府來「執行」，故其之行使應依從的最高準則係國民黨的決

¹⁴ 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁55-66。

¹⁵ 《淡新檔案》所收案件發生年代，自乾隆54年（1789年）至光緒21年（1895），共計1,143案，其中光緒年間（1875-1895）有838案（73.31%）。參見 <http://speccoll.lib.ntu.edu.tw/node/56#2>（最後瀏覽日：2019年4月3日）

¹⁶ 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁127-130、144-145；王泰升，〈台灣日治時期憲法史初探〉，收於同作者，《台灣法律史的建立》（台北：作者自刊，2版，2006），頁190-205。

議，該等決議並不受《中華民國訓政時期約法》拘束。行使國家統治權的國民政府內，五院院長向國民政府主席負責，故係一權主義，無權力分立，再由國民黨的國防最高委員會指揮國民政府，故權力集中至國民黨總裁。該約法亦有第二章「人民之權利義務」，關於人民自由權利的種類與《明治憲法》相似，但是基於孫文的「革命民權」說，其僅是國權所容認的一種民權。¹⁷

很快的，1947年1月1日公布、同年12月25日施行的《中華民國憲法》，成為台灣第三部，且是具有自由憲政主義內涵的憲法典，惟該部憲法的規定也很快地、甚至持續地被「臨時條款」或「增修條文」所修改。雖有17位台灣省代表參與《中華民國憲法》的制定，但當時是為中國，而非為台灣制憲。且於行憲前，1947年7月5日國民政府宣告全國總動員，延續戰時總動員法制；行憲後才5個月，1948年5月10日公布施行《動員戡亂時期臨時條款》，凍結部分憲法條文，強化總統權力。台灣省又自1949年5月20日起實施戒嚴，許多憲法上的人民自由權利因而受《戒嚴法》凍結。1949年12月9日中華民國行政院在台北開張，此後該憲法實際上僅施行於台灣（含台澎金馬）。且往後40年間數度修訂臨時條款，使憲法內涵轉向無任期限限制、有權無責的總統制，甚至國會的改選幅度及方式亦由總統決定。直到1991年5月1日，終止動員戡亂之宣告，由未定期改選的國代依修憲程序所制定的《中華民國憲法增修條文》亦同日生效。台灣定期改選的代表所組成的國民大會，再接續修訂該憲法增修條文達7次，以進行憲政改革，例如2005年的第7次修憲即廢除國民大會。¹⁸

第三章指出，台灣社會雖在19世紀末，因被日本統治而首度接觸西方憲政主義，但當時日本憲政體制僅具立憲主義外觀，台灣人對國家法中的立憲主義成分既不知也無從改變。1920年代後，已有某些台灣人知識菁英展現出對於西方憲政主義的理解及加以善用的企圖，台灣人也於1935年後初次體驗民主選舉，但高山族原住民族則幾乎未與聞焉。

戰後以外省政治菁英為主的國民黨政權，帶來具有西方憲政主義內涵的憲法條文，但實質上延續其在中國訓政時期悖離立憲主義的法律生活方式。本省人族群對此無力反抗，少數來自中國的自由主義者在欠缺群眾支持下亦難以對抗。於1970年代和1980年代，某些接受戰後西方憲政主義思潮的新生代法學者，以及以本省人族群為主之「黨外」及民進黨政治菁英，重新集結以對抗國民黨的威權統治；國民黨則除了繼續培育外省政治菁英進入執政團隊，更吸納某些本省人政治菁英，以因應在台灣進行民主選舉之需。存在多個強而有力的黨派，係落實西方憲政主義的重要社會基盤，其在台灣已悄然出現雛形。待政治強人蔣經國1988年過世，第一位本省人總統李登輝，得以在1990年代將台灣社會導向自由民主化。2000年經由首次的政黨輪替，台灣成為自由民主憲政的國家。

然而長期以來，只靠不斷的選舉來堆砌自由民主憲政的外觀，卻未培育出

¹⁷ 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁133-135、147。

¹⁸ 詳細情形，參見王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》（台北：中央研究院臺灣史研究所、臺大出版中心，2015），頁68、84-85、90-92、123-143。

在政治對抗之後必要的相互協商、形成共識的憲政文化。分歧的國族認同，加上現實的政治和經濟利益的爭奪，經常導致對立的社會力/政治力僵持不下，徒令國家發展陷於停滯。於今台灣人民應補修過去因急於「使用」民主選舉，而來不及省思的西方憲政主義的法政基本理念，讓台灣人民的「國家認同」，就等於是對自由民主憲政生活方式的認同。按第三章較為特別的是，以理論認識的態度詮釋台灣憲政發展的經驗事實之後，本於對自由民主憲政理念的信仰進行實踐評價，而提出上述應然面向的主張。

四、日治遺緒下戰後刑事司法

第四章「日治時期刑事司法與台灣社會的變遷」，聚焦於日治時期的刑事司法，以及台灣社會因而產生的變遷。按日治時期的刑事司法制度，雖出現台灣史上首見的現代式刑事法律，但殖民地台灣卻不乏違反現代性的刑事法規範；雖出現首見的現代式法院及刑事訴訟法規，但大多數的刑事犯罪案件，卻交由較欠缺現代性的警察官即決程序處理。經由這個刑事法制的實際運作，台灣社會上的政治犯罪以及一般犯罪，呈現出怎樣的狀況呢？一般人民的刑事司法觀念有無改變？治安是否改善？這些議題大概是關心台灣史、刑法史、殖民現代性、法律社會史，以及法學或社會學相關理論者，所會感興趣的吧。

該章指出，日治 50 年間，刑事司法因時而異其風貌。就政治犯的處置，從最初的軍事鎮壓，到嚴厲的司法制裁，再發展為較緩和地依法律處罰政治異議分子，但至戰爭時期仍有若干羅織入罪的情形發生。就一般犯罪的懲治，日本統治當局一直仰仗著由法院制度、犯罪即決制、浮浪者取締制所構成的犯罪控制體系。在國家權威的強力壓制底下，以欠缺人權保障為代價，台灣的社會秩序確實已逐漸穩定，人民普遍守法。由於為人民所遵守的殖民地法律本身，業已採納許多近代西方的刑事法原則，使得日治下的台灣人有機會透過接觸而獲悉近代西方式刑事司法制度。從一個東亞社會的繼受西方法律而言，日治台灣已跨出相當重要的第一步。惟法律繼受的主動權，仍在深受東亞法律傳統影響的專制政權手中，一般台灣人在日治時期尚難以理解、進而認同近代西方刑事司法制度背後所蘊含的基本價值與理念，因此距離完全的繼受還有一段漫長的路途。

同樣的議題，可繼續觀察戰後的中華民國時期。例如政權替換後的統治初期，竟同樣發生以國家武力鎮壓社會的憾事。1895 年台灣漢人面對異族（日本人）及異制（現代型國家體制）的衝擊，而滋生「前期武裝抗日」（1895-1902），但 1945 年並無異族、也幾乎無異制可言，且各方咸認台灣人具有遵法精神，1947 年卻發生人民遭新政權鎮壓的二二八事件。是否係這個新的外來政權，有與當時的在地人民不同的歷史經驗及法律文化所致？因此須轉頭回顧在另一個地方，亦即新政權所由來之清末至民國的中國。按 1945 年 10 月 25 日起才在台灣生效的中華民國法制，出於中國清末變法之廣泛借鏡明治日本，其刑事法規及學說經常仿效自戰前日本，故本與日治台灣極為近似。然而民國中國

長期政局不穩、社會不安，使其執法者輕忽法治且偏向重刑，甚或來台後竟有以戰勝者自居，誇耀內地、鄙視邊疆的優越感。¹⁹

1949年台灣事實上成為一個國家後，刑事司法即跟隨台灣各方面的發展而演變。在政治犯處置上，重演了日治時期的三部曲，從前述戰後初期非法律手段的軍隊殺戮，到1950年代至1980年代前期以特別的軍事審判重罰政治犯，再於解嚴後由普通法院依一般刑事訴訟程序判刑。不過1991年廢止《懲治叛亂條例》、1992年修改《刑法》第100條之後，政治異議者不再因言論而遭刑罰，此為日治所無。日治時期的犯罪控制體系，實質上延續至戰後，但1980年代後漸次消逝。首先，因警察官不得即決刑法上之罪或行政刑罰，法院的角色已加重。其次，警察官雖仍得即決違警罪，但所憑藉的《違警罰法》於1980年被宣告為不合憲法之本旨（釋字166號），故1991年被《社會秩序維護法》取代，違法行為之處罰須由法院裁決。再者，沿襲浮浪者取締而來的警察提報為流氓後送管訓，1985年才制定具法律位階的《檢肅流氓條例》，但其條文一再被大法官宣告違憲，2009年1月21日終告廢止。²⁰

戰後刑事法院的表現，猶有不少值得檢討的空間。戰後檢察官受理的刑事案件中，罪責輕微者比日治時期為多，但其不起訴處分率卻至多僅約3成，不同於日治後期之約有7成。就法院科處的刑度，日治後期以科處罰金占多數，判有期徒刑者僅占約1成，極少判無期徒刑或死刑。戰後1950年代前期曾出現判有期徒刑者比判罰金者多，其後雖判罰金者漸為多數，但判有期徒刑者仍占約2成，且1987年解嚴後其占比突然提升，1990年代前期判有期徒刑者經常超過5成，轉趨重刑。日治後期實「大罪不犯、小罪不斷」，但還是讓人感覺社會治安良好，而戰後的情形又如何，則有待嚴謹的實證研究來回答。²¹

五、現代律師制度的日治及戰後經驗

為傳統中國法所無之近代西方個人主義法制中的律師制度，²²也在19世紀末伴隨日本的統治而來到台灣，當時福佬人即用福佬話唸日文漢字的「辯護士」，稱呼現代意義的律師。第五章「日治台灣的辯護士社群」，因此欲探究日治時期出現於台灣的辯護士社群。在此沿用日文漢字「辯護士」，而不改為今之華文的「律師」，乃為了顯現其時代性。受限於篇幅，將不討論與律師之法律專業內涵關係密切的法學者，以及與律師同屬法律專業社群的法官、檢察官；但在本書的「延伸閱讀書目」，仍列入與之相關的論著。

¹⁹ 參見王泰升，〈台灣戰後初期的政權轉替與法律體系的承接（1945-1949）〉，收於同作者，《台灣法的斷裂與連續》（台北：元照，2002），頁55-59、103-106。

²⁰ 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁264-269。

²¹ 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁270-275。

²² 在近代西方以「法之發現」為核心的審判程序上，允許甚至期待訴訟當事人聘請法律專家，以協助其自主地爭取自己法律上的權益，故設有須具備法律專業能力的律師。此不同於傳統中國法上，官府審案的核心在發現真實，故唯有當事者或代其陳述事實經過的（男性）家人或使用人才可現身於公堂，且子民的利益自有父母官予以保障，不容知悉律例規定卻與紛爭之事不相干的訟師參與其間。惟律師制度之要求受託律師須忠於委託之當事人的利益，與訟師之想辦法讓官府做出有利於己方的裁斷，在功能上有其類似之處。

從東亞法律史而言，這是日本明治法律現代化所建構的辯護士制度及其社群文化，向台灣社會的輸出。但此係在殖民與被殖民的不對等權力關係下進行的，例如日治下台灣人受高等教育的機會較少，²³ 當然抑制了台灣人辯護士在人數上的成長。

然而，現代律師在個人自由主義法制上被期待的對抗國權、擁護人權的角色，又有可能反過來協助被殖民的人民對抗殖民者的國家。此時律師個人的族群別，是否係一個關鍵因素呢？如第五章所示，日治台灣在 1918 年之前，所有的辯護士都是日本人，以致日治前期辯護士對人權的關懷，較侷限於事關在台日本人利益者。不過，殖民地統治當局諸如台灣法院從三審制改為二審制、刑事案件可廣泛地由警察官即決且要求比日本內地還高的控訴預納金、以行政力量推廣民事爭訟調停且在該程序中禁止辯護士代理、不採行政訴訟制度等，²⁴ 均限縮在台日人辯護士的執業範圍及機會，顯然傷害了辯護士團體的利益。從而日人辯護士對上揭涉及人民訴訟權之制度的批判，將使一般台灣人獲得「反射利益」，例如日人辯護士為增加執業獲利機會而促成的 1919 年改回三審制，即讓台灣社會上的法院使用者多得一次審級利益。²⁵ 甚至在殖民地法庭裡，較積極地為對抗日本統治當局的台灣農民運動團體辯護者，乃是某些具左派思想的日人辯護士，而非 1920 年代業已出現的台灣人辯護士。待台灣人也加入在台辯護士社群，雖其人數始終少於日本人，但的確使得人權關懷對象擴及台灣人；惟日治晚期軍國主義當道，不論台人、日人辯護士均受壓制。

第五章尚無暇處理的是，一般人民與具有這樣特質的在台辯護士社群，在法院民刑訴訟上的互動情形，及其對人民法律觀的影響。一項本於日治時期台北地方法院數萬件民刑事判決所為的實證研究，顯示當時台灣人可能出於傳統的訟師經驗下「打贏官司」的意念，而樂於聘請日人辯護士在法院為自己爭取權益。固然台灣人、日本人各在一定程度內偏好聘請同族群的辯護士，但台灣人還是以能否勝訴為最高考量，在較易溝通、法律專業能力佳的台人辯護士，與司法實務經驗豐富、官方關係良好的日人辯護士當中，選擇其認為適當者。

26

戰後之初，原日人辯護士均已離台，原日治時期台灣人辯護士經一番波折

²³ 參見黃秀政、張勝彥、吳文星著，《臺灣史》（台北：五南，2002），頁 209-211。

²⁴ 參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》（台北：聯經，修訂 2 版，2014），頁 138-139、143、198-202、218-222。

²⁵ 為減輕殖民地的財政負擔，台灣的法院從 1898 年起從原來的三審制改為二審制，1900 年甫成立的臺北辯護士會（成員全係日人）即向總督府建議應重新建立作為第三審的高等法院，但未獲採納。參見陳鈺雄，〈日治時期的臺灣法曹：以國家為中心之歷史考察〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1994，頁 158。法院訴訟程序上少一審，等於辯護士減少一次收費機會，故在台日人辯護士持續關心該議題。1915 年，總督府與推動司改的土屋辯護士達成協議：在經費允許下設高等法院。參見國史館臺灣文獻館收藏，《臺灣總督府公文類纂》，大正 4 年永久保存第 37 卷，第 6 門司法，四、「裁判所構成法及辯護士法施行之件」。總督府終於在 1919 年設置高等法院，台灣恢復三審制。1933 年，日人辯護士飯岡隆亦以台灣在立憲法治國領土內，竟無行政訴訟，有失體面為由，主張應施行行政訴訟法。參見飯岡隆，〈行政裁判法を臺灣に實施す可し〉，《臺法月報》，27 卷 6 號（1933 年 6 月），頁 4-5。

²⁶ 參見王泰升，《去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型》（台北：臺大出版中心，修訂版，2017），頁 160。

後得以續任律師，但其人數很少，故伴隨 1949 年中華民國中央政府的遷台，來自民國中國的外省族群律師已居絕對多數。²⁷ 換言之，在日本勢力退出後，民國時代中國的律師制度及其社群文化，²⁸ 已接踵而至；再經數十年台灣的從威權走向民主，方有當今台灣的律師風貌。律師在個人自由法制所扮演的對抗國權、擁護人權的角色，仍然令戰後新來的威權統治者對其存有戒心。國民黨政權長期地讓曾手握國家權力、受過較深層黨化教育的司法官及軍法官，大量的轉任為律師，以營造一個親政府、親執政黨的律師社群，以削弱其監督國權的功能。但從 1990 年代起，台灣的政治民主化及律師高考錄取人數的激增，大幅改變律師社群的組成與文化內涵，法治環境的建立，亦使得律師在政治界、商業界得到更多的倚重，擁有更大的揮灑空間。²⁹

六、資本主義財產法在日治初期的確立及後續發展

台灣經濟史學者吳聰敏曾指出，1955-2000 年期間，台灣的人均 GDP 成長率在全世界排名第一，而造就戰後台灣高度成長的條件之一，就是日治時期所建立的制度與基礎建設。在法律制度中，與前揭經濟成長關聯性最大者，即資本主義財產法制。第六章「日治初期資本主義財產法制的確立」，將立足於目前台灣有關日治時期契約與財產權法制發展的研究成果，從法律與經濟相互影響之觀點，分析台灣從日治初期所建立的現代財產法制的規範內涵、其所代表之意義，以及與現代資本主義經濟的關連性。該章指出，從 1898 年到 1905 年的這段關鍵時刻，民事法規因屬人或屬地的要素，而呈現複雜的適用情況，但在契約法制及財產權制度的建構上，已朝向近代西歐資本主義法大步邁進，當中重要的法律概念逐步地在台灣社會生根。

本於上述的法制基礎工程，日本的資本主義民法典與商事法律，從 1923 年起，已全面施行於台灣。按 1905 年透過《台灣土地登記規則》，以「舊瓶裝新酒」的方式，將台灣習慣法上業主權、典權、胎權的實質內涵，分別轉換成歐陸法系財產法制上，具絕對排他性（不附任何私法上義務）的所有權、債權人占有擔保物的質權、債權人不占有擔保物的抵押權。依 1922 年勅令第 406 號的指定，日本的明治民法典從 1923 年 1 月 1 日起，適用於台灣的財產法事項，故此後使用民法典上「所有權」、「質權」、「抵押權」之稱呼，但究其實僅係改以「新瓶」（民法典）裝上 1905 年既有的「新酒」，頂多是關於物權的得喪變更從《台灣土地登記規則》所規定的「登記生效」，改為民法典上的「登記對抗」。至於台灣習慣法上關於土地各種權利，也順勢被改造為民法典上的地上權、永小作權（華文稱為「永佃權」）、租賃權。日治初期就契約或商事事項形塑出台灣習慣法的過程，亦讓台灣人得以漸進地適應屬於西方資本主義法制的民法

²⁷ 詳細情形，參見王泰升、曾文亮編撰，《二十世紀台北律師公會會史》（台北：台北律師公會，2005），頁 119-126、163、171。

²⁸ 關於民國時代中國律師業發展經驗，參見孫慧敏，《制度移植：民初上海的中國律師（1912-1937）》（台北：中央研究院近代史研究所，2012）。

²⁹ 參見王泰升，〈台灣社會中律師的角色：鬥士乎、生意人乎？〉，《台灣法學雜誌》，第 186 期（2011 年 10 月），頁 13-15。

典內總則和債權兩編，以及關於會社（今之華文稱「公司」）或票據的商事法律。³⁰

日治時期民事財產法制的現代化變革，等於是為 1945 年稱為「中華民國」的民國時代中國資本主義財產法的施行於台灣，打好基礎、鋪好路。明治民法典與中華民國民法典同樣繼受自現代的歐陸法系，較大的差異僅是：前者有不動產質權及先取特權，後者沒有；後者有典權，前者沒有；甚至民國中國的民法學，深受戰前日本影響。因此現代資本主義財產法在台灣整個進程，基本上不受 1945 年國家法秩序之更迭所干擾。且在 1949 年台灣成為事實上國家後，因與美國存有緊密的政治與經濟上紐帶，故在原有的歐陸法系民法架構之外，增添了屬於英美法系的美國法。例如，緣自美國對台經濟援助的《動產擔保交易法》中，有歐陸法系所無的動產抵押；1980 年代在美國貿易制裁威脅下，《著作權法》採取美國法上「懲罰性損害賠償」觀念；商事法律方面，《證券交易法》明確地是以美國法為師，且《公司法》歷次修正不斷引進美國的公司制度。1990 年代的台灣民主化，亦帶動民事財產法律的「在地化」，經由民法典內債編及物權編修正，納入台灣社會常見的契約類型和民事習慣，並較之前重視習慣法。³¹ 此一發展趨勢，一直延續至今。

七、多元法律觀底下親屬繼承國家法與社會實踐的頡抗

延續第六章所述日治台灣以歐陸法系屬於間接法源的「習慣法」規範民事財產法事項，第七章「多元鑲嵌的日治時期台灣人家族法」，將討論整個日治 50 年都用習慣法加以規範的民事身分法事項。不過第七章僅僅就日治時期由法院所形塑之關於家與婚姻制度的國家法規範，闡釋其係近代西方法元素、日本法元素、傳統中國家族規範元素等多元鑲嵌的產物，另從性別研究的角度，觀察其與女性法律地位的關係。在研究範圍上，並未涵蓋日治時期所有的親屬繼承事項或女性議題。關於近代西方個人主義民法的親權、遺囑、監護制度等等，在日治台灣如何發軔，及其與戰前日本法或傳統中國法元素是否亦呈現多元鑲嵌？仍有待他文深入探究。³² 該章也還沒有交代整個身分法/家族法，日治結束後迄今的法律演變大要，故以下擬就戰後部分稍做補充，一併觀察這類涉及家族倫理觀念的國家法律，與社會實踐之間不時出現的頡抗關係。按日治時期國家法認定奴婢違反公序良俗而無效，社會上卻常透過向官方謊報為「養女」而事實上維持之；國家法雖未認定妾關係違反公序良俗而無效，但也已承認妾有自由離去夫之權利，無奈其後社會上為人妾者不減反增。³³

³⁰ 詳細情形，參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁 336-342、345-354。

³¹ 詳細情形，參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 286-288、291。

³² 可參見綦冠婷，〈論未成年人之保護—以台灣日治時期近代歐陸親權法之繼受為中心—〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2000 年；林映伊，〈死者之手：臺灣的遺囑法律史（1683-1945）〉，國立臺灣大學法律學系碩士論文，2018。目前就讀台大法律學系碩士班的葉蓁將撰寫碩士論文，討論日治時期法院如何從起初沿用漢人「託孤」觀念，到逐漸引進繼受自西歐的日本明治民法中監護制度。

³³ 參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁 372-373。日本統治當局在法律上不否定妾關係，常被批評為採取愚民政策、殖民主義，但倘若否定之，亦可能被批評為同化主義。由於其

戰後台灣的親屬繼承事項，改為由立法機關制定的民法典，而非由司法機關形塑的習慣法所規範，但戰後的中華民國法院對台灣身分事項的詮釋，經常沿襲日治時期總督府法院的見解，不願挑戰社會上一般人的觀念。如前所述，日本的明治民法典從 1923 年 1 月 1 日起直接施行於台灣，但依 1922 年勅令第 406 號第 5 條之規定，明治民法典的親屬、繼承兩編被排除適用於僅涉及台灣人的身分事項，該等事項仍依「習慣」（之前法條上用語為「舊慣」）。日治即將結束的 1944 年，日本帝國擬讓台灣人適用明治民法典的親屬、繼承兩編，但仍維持台灣人的諸子繼承以取代明治民法典上家督單獨繼承，以作為台灣人「處遇改善」措施。³⁴ 該方案還沒實施之前日本就戰敗離台，從 1945 年 10 月 25 日起施行於台灣的是，包括親屬繼承兩編在內、與明治民法典同樣繼受近代歐陸法系民法的中華民國民法典。由於民國時代中國司法實務界深受戰前日本影響，戰後中華民國法院對台灣漢人社會身分關係的法律上詮釋，經常沿襲位於戰前日本司法文化圈內的日治時期總督府法院的見解。例如，第七章提及總督府法院將傳統漢人的家產鬮分，在法律上解釋為應區分發生於「被繼承人」生前的「鬮分契約」、以及因其死亡而開始的「繼承關係」兩種，也出現於戰後台灣法院的判決中。³⁵ 又如總督府法院以近代西方民法上「收養關係」定性台灣漢人社會的童養媳/媳婦仔，亦被戰後法院所承襲，1950 及 1960 年代的大法官們還透過法律解釋（釋字第 32、58、91 號），方便童養媳在法律上的「收養關係」被終止，以促成「被收養」之女性與原為其「兄」的男性結婚，實質上延續日治時期就該等身分事項的習慣法。³⁶

不過，1930 年在中國制定（隔年施行）的中華民國民法典親屬繼承兩編，固然仍相當程度受傳統漢族的男尊女卑觀念影響，但相對於日治時期的明治民法或台灣人習慣法，已較重視女性權利的保障，例如女子對於社會觀念上為家產之法律上父親遺產具有繼承權，且妻不再是限制行為能力人。然而不容諱言，家產不分給不成「房」的女兒的傳統漢人觀念，因國家法上允許女兒「拋棄繼承」而得到相當大的喘息空間。換言之，國家法不願正面對決社會上猶存之傳統漢族的分家規範，故須待女性積極主張其繼承權時，才以公權力確保其享有這項權利，但並不阻止女子拋棄其繼承權，以致女子或透過談判獲得一定利益或根本無償地放棄民法典所賦予的繼承權。此項規範態度，毋寧是聽任社會自行調整既有的家族及性別觀念，無視於女性須面對被期待在法律上拋棄繼承的龐大社會壓力。³⁷

值得注意的是，在中華民國法制台灣化的過程，關於親屬繼承事項的立法，隨著政治民主化而經常展現「告別傳統」的氣勢。中華民國民法典在台灣施行 40 年後的 1985 年，在仍處威權統治底下，本於戰後台灣法學界自當代歐陸所引進的兩性平權觀念，修正親屬編中緣自男尊女卑觀念的夫妻財產制等規

非台灣人，怎樣做都會被質疑出於自利的動機。

³⁴ 參見王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，頁 40、46。

³⁵ 詳細情形，參見王泰升，〈論台灣法律史在司法實務上的運用〉，收於同作者，《台灣法的斷裂與連續》（台北：元照，2002），頁 224-225、228、231-232。

³⁶ 詳細情形，參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 303-305。

³⁷ 詳細情形，參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 287、305。

定。接著，有別於先前之以學者為改革主力，1990年代蓬勃發展的婦女團體積極法律動員，善用包括大法官釋憲等方式，把握國會全面改選後政治勢力須獲社會力量支持的契機，對《民法》親屬編展開以男女平等為核心的立法改革，並持續到2000年代以後。且婦運團體經常係著眼於社會實況，而非抽象的法學理論上思辨，以提出修法主張。例如2012年，有鑑於銀行時常代位身為夫的債務人，向身為妻的債務人之配偶，行使剩餘財產分配請求權，以達到其債權獲清償之目的，卻導致「夫債妻還」之實，而立法禁止該代位行使剩餘財產分配請求權。同樣的，2000年代，由於欲爭取選票的政治人物，對於弱勢家庭或是未成年人繼承鉅額債務等現象表示不滿，而在立法上修正《民法》繼承編，採取法定的全面限定繼承，完全不理會漢族傳統以家為規範上的一個單位所滋生的「父債子還」。³⁸

不過，社會上傳統勢力與力求革新的群體，相互之間在身分法/家族法上的拉扯或正面對決，迄今仍在進行中。在台漢人從清治時期即相當盛行祭祀公業，日治時期總督府法院開始以近代西方民法的概念，詮釋立足於漢人傳統的祭祀公業各種法律關係，並大體上為戰後法院所沿襲，例如祭祀公業派下權以男系子孫為限。在1990年代起親屬繼承法制劇烈變動的大環境底下，2007年12月12日公布、2008年7月1日起施行的《祭祀公業條例》，卻於第4條規定，派下員的資格依規約（按：該等規約中通常限男系子孫），無規約或規約未規定者即限於男系子孫，僅允許女性於獲得派下或成員高比例之同意時可成為派下員。其第5條雖就派下員之繼承，以共同承擔祭祀者為繼承人，未限於男系子孫，但社會上女性通常被排除於「共同承擔祭祀」之外，以致不能繼承派下權。該條例顯然不欲本於國家法上性別平等的價值，徹底否定社會上祭祀公業運作模式，寧願被動地期待社會自身的變遷來翻轉祭祀傳統。³⁹ 在馬英九執政時期，2015年3月20日公布的釋字第728號，大法官認為前揭條例就派下員係依規約定之，而非依性別定之，故「基於私法自治，原則上應予以尊重」。惟涉及家族秩序的法規範，若性質上屬強行法，自無私法自治的空間，故真正的關鍵因素是，大法官選擇了尊重立法機關的意思，而對實存於社會的性別不平等視而不見。

大法官對於家族法上爭議，亦可能強勢介入。進入蔡英文執政時期後，在司法院2017年5月24日公布的釋字第748號解釋，大法官明確地直指《民法》親屬編的婚姻規定，「未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係」，故與憲法保障人民婚姻自由及平等權之意旨有違，至於應為何等法律之修正或制定，則由立法機關決定。大法官的表態並未平息台灣社會在同性婚姻議題上的爭議，以致該等爭議於2018年11月24日，伴隨政黨間公職選舉競爭而交付公民投票，該公投結果被解讀為社會多數民意尚不支持將同性婚姻納入《民法》。於是2019年2月12日，傾向支持同性婚姻的民進黨主政下的行政院，提出俗稱為「同婚專法」的《司法院釋字第

³⁸ 詳細情形，參見王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，頁157-162。

³⁹ 參見王泰升，〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》，44：1（2015年3月），頁16-21、26、35-37、50-51。

七四八號解釋施行法》草案，明訂同性伴侶將可準用《民法》婚姻章之規定結婚。並於同年 5 月 17 日，在民進黨占有席位優勢的立法院三讀通過。台灣人民在經歷近百年的殖民、威權統治後，終究要學會自己面對社會上因對立的價值觀，所產生的家族法爭議，並共同做成決定。

八、民國中國現代法制在台灣的重生及蛻變

第八章「戰後初期新內地的再延長與法律現代化」所討論者，進入施行現行國家法秩序的戰後，亦即中華民國時期。沈浸於台灣與中國大陸同為一個國家的中國國族想像之人，傾向於認為將中國大陸的法律施行於台灣是理所當然的，但對於曾受日本統治 50 年的台灣本地人，中國大陸的法律實係「其他地方」的法律。然而，1945 年 10 月 25 日代表戰勝的盟軍、自中國大陸來接管台灣統治事務的中華民國政府，即刻宣布其在中國大陸既有的法律，亦即中華民國法制，自此全部施行於台灣。從台灣作為一個生活共同體的視角，此延續了日本帝國從 1920 年代起所積極推動的「內地延長」，只不過將原來的日本內地，替換為中國內地而已，且與 1945 年之前一樣，係由來自內地之人，掌控台灣的統治大權。簡言之，這是「內地延長」政策的再延長。且日治時期遲至 1942 年始達成內外地行政一元化，讓在東京的帝國政府內各國務大臣就其主管事務，可直接指揮在台北的殖民地總督。戰後則不僅是內外地行政一元化，在南京的中央政府內行政院可指揮在台北的台灣省行政長官；且就立法亦一元化，台灣的立法權全由中央掌控，行政長官沒有如日治時期總督之得制定律令的委任立法權；甚至司法也一元化，台灣的司法案件由在南京的最高法院為最終審裁判，且行政長官並無如日治時期總督的司法行政監督權。一言以蔽之，在法制上台灣與新的內地更加一體化。惟此局面只維持 4 年，台灣自 1949 年年底起，即與中國內地切斷政治紐帶，持續至今已 70 年。

戰後初期也見證了台灣法律的「多元匯合」。前揭 1945 年由新的中國內地傳入台灣的是以《中華民國訓政時期約法》（1947 年 12 月 25 日以後係《中華民國憲法》）為最高規範的中華民國法秩序，故在國家法規範的形式上，已與原以《明治憲法》為最高規範的日本帝國法秩序有所斷裂。但由於民國時代中國法經常仿效戰前日本法，同樣繼受西方法/現代法中的歐陸法系，且清末及民國中國的法學及司法實務見解深受戰前日本影響，⁴⁰ 故 1945 年前後這兩套國家法規範的實質內容十分近似。復因同樣處於台灣的人文地理環境中、絕大多數人口是曾受日本統治的本省人，所以就法社會而言，戰前與戰後是具有連續性的，日治時期既有的法律現代化經驗於戰後猶存。惟戰後從中國大陸移入的外省人，取代原本日本人在台灣作為統治階層的位置，也帶入其在民國時代中國的法律經驗。在不同的國家法秩序下兩種相異的人群生活經驗，即因而在台灣交會。並衍生出戰後本省人與外省人之間的族群政治，以及法制應否「本土化」的爭議。

⁴⁰ 參見王泰升，〈四個世代形塑而成的戰後臺灣法學〉，《臺大法學論叢》，第 40 卷特刊（2011 年 10 月），頁 1373-1377、1382。

中華民國法 1945 年始施行於台灣，但於 1949 年之後，卻實際上只施行於台灣，縱令規範上仍宣稱領土及於中國大陸。第九章「戰後的繼受當代歐美國法及法學」，將說明 1949 年年底在台灣形成事實上國家之後，如何「自主繼受」美國、日本、德國的法制及學說，以進行中華民國法制跟隨著台灣政經社文的變遷而調整的「台灣化」工程。且在這一波繼受外國法浪潮中，經由美國法而引進過去所無的西方法中英美法系相關概念及制度。70 年後、現今（2019 年）中華民國法制的法規範內容，已經跟 1949 年，當中華民國法制的屬性從「中國法」轉換為「台灣法」，亦即被繼受為台灣這個事實上國家的實證法/法秩序時，迥然有別。例如，當今台灣在憲法上關於總統職權的規定，已跟 1947 年《中華民國憲法》公布施行時所規定者，大不相同。⁴¹

前述多元的外來法律，業已匯整為具在地特色的台灣法。如第九章結論所述，台灣現行法制係在德國法的強勢影響下，繼受日本化的美國法、日本化的德國法，或在繼受德國法概念之後夾帶了美國法的內涵，甚或已不易區分究竟是受美國法或德國法的影響。於今台灣的法律正在全球化氛圍下，本於先前（70 年前）繼受自民國時代中國的中華民國法制，進一步透過以美、日、德為主的外國法的繼受，為台灣人民提供最妥適的法律生活方式。

九、與主流民族法律經驗平行並交織的原住民族法律史

討論台灣法律的多元性，不可忽略與作為主流民族的漢族不同的文化觀及歷史經驗的原住民族法律。向來在台灣乃至國際的法學界，較常意識到存有差異的是：近代西方尊重個體的自由民主及資本主義的法文化，與原本主宰東亞社會的傳統中國法文化之間的異同與抗衡，故擬以多元主義的視角，尋求彼此間相互調適。但是，位處東亞卻原本不受傳統中國法影響的台灣原住民族，與近代西方的法文化之間的相遇及其演變，似乎未受到足夠的注意。其實只要關心或研究的焦點移至台灣，則作為台灣本島上第一個法律文明的原住民法，即屬不能不探究的主題。按關於原住民族的法律，有兩個側面，一個從國家法出發，一個從原住民法出發。⁴² 前者從外來的政權或現代型國家的法律，包括國際法和國內法，探究其對原住民個人或原住民族整體，採取了哪些管理措施或對待方式，及其對原住民社會的影響。後者則追問原住民族自身，有哪一些自古流傳、於今仍為族內一般人普遍遵行的法律規範？以期本於多元主義/法律複數主義的價值觀，促使其被現代意義法律體系所接受，經由國家法化（權利化）來保障原住民族的生存與發展。

本書第十章「原住民族相關法制的回顧及省思」，主要是處理國家法的側面，且著重於過去數百年的發展。由於長期缺乏關注，原住民族自身法律的內涵是什麼，學界尚未精準地建構相關的知識，更遑論法律實務界，故有待未來

⁴¹ 這也是中華民國法制台灣化的一例，但台灣化的結果造就現行「有權無責」的總統制，故「台灣化」的概念僅表示已經因應台灣情事而轉變，對該轉變的結果並不賦予正當性，仍有待各方檢視該等法規範是否符合最妥適的價值及台灣的最佳利益。較詳細的論述，參見王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，頁 121-125、134-143。

⁴² 參見王泰升，〈在法學與國家法中看見原住民族法律〉，頁 3。

的持續努力，發現原住民族的固有法律/法律傳統，方能進一步思考其於今應否國家法化。基於上述書寫對象的設定，須在本書前幾章交代整個台灣的國家法發展歷程之後，才以原住民族作為相對於國家的主體，談其被納入台灣各時期的國家法之後，有別於其他族群的國家法上位置及待遇。

歷來的國家法幾乎一直視原住民族為特殊人群，將其安置於特殊地域，並貶抑甚或擬消滅其法文化。作為第一個外來政權的荷蘭當局，係將原住民視為西歐封建制度下具有服從、受保護之關係的屬民，漢人則僅是居留者。緊接而來的鄭氏政權本於漢族優越觀，反而視在台漢人為「民」，原住民為「番」，原住民族降為特殊人群。來自中國的清朝沿襲之，將版圖內漢人與熟番加以隔離，版圖外的生番則根本不予治理。被認為文化較特殊/較低落的熟番，在 212 年的清治下，流失土地並遭漢化，僅未被清朝統治的生番得以維持固有文化。日本統治後，在台漢人與平埔族於法律上合稱為「本島人」，即社會上的台灣人，使平埔族不再被當作「特殊」，但也意味著喪失其族群主體性。被稱為「蕃人」或「高砂族」的生番，成為日本當局眼中的特殊族群，土地被劃為一般行政區域以外的「蕃地」；具特殊性的蕃地面積漸少，且僅在蕃地中劃出少部分讓其居住及活動。戰後國民黨政權基本上延續日治時期作法，且基於中國國族主義，而強調應消除高山族原住民在身分上或各類活動上的特殊性。

直到 1990 年代，原住民族的主體地位才被納入憲法。原住民族基於主體意識而要求自治，即是擬將特殊性予以常態化，在承認原、漢差異的前提下，主張其個性應受尊重。2000 年代起，已有不少顧及原住民族特有法律觀的立法，但執行上仍有落差；晚近在司法上，也開始顧及原住民的差異性。於今尊重多元文化的國家法，應基於原住民族自主的選擇，以習慣法或習慣立法等方式接納其法律傳統，這樣的法治對其才有實質的意義。回頭看本書第一章所述，歐洲人早已將經羅馬法復興後產出之邏輯嚴謹的法學原理，與其在地法律傳統結合成像羅馬－荷蘭法這樣的法律體系，來台的荷蘭人政權也願意接納漢人移民的法律傳統（或稱「法習慣」）。於今崇尚歐美法學的台灣法學界，何必拒在地法律傳統於千里之外呢？冀望原住民族法律傳統被保存者，何必在法律技術上排斥被納入源自羅馬法的當今國家法律體系呢？台灣「多元法律在地匯合」的歷史，其實蘊含了許多反思後、再前進的智慧。