

## 臺灣法律史的提出及學科化\*

王泰升\*\*

### 摘要

本文解析作者在什麼情境及知識脈絡下，提出臺灣法律史的論述，並闡釋走向學科化的必要性及可行性。臺灣法律史論述先「去中國中心」，以觀察臺灣與其東亞鄰國之間的關係，再從世界史視角，指出臺灣法律史具有多源性格，經由外來法的在地化，已造就當今多元法社會。

臺灣法律史研究以議題為中心，向各方、各學派汲取知識建構上所需者。起初從法經驗科學，提出「法律發展歷程」論述。其後為建構「歷史思維法學」，乃詮釋「從法條到法社會發展歷程及其可能的互動」，期能將該等法經驗事實，運用於有關法制訂及法適用的規範論證。學科化的目的是，增進對臺灣法社會的理解，而非支持特定人學說。目前已有臺灣各時代及各族群的法律史論述，經由比較法史研究等，將可增進與各種理論及學科的交流。惟觀念的改變，非一蹴可及；在等待的時刻，應堅持深化其知識內涵。

\* 投稿日：2018年8月7日〔責任校對：黃品瑜〕。

本文初稿曾發表於中央研究院法律學研究所主辦，「法律與歷史的交匯：台灣法律史二十年」國際學術研討會（2017年11月30日至12月1日），感謝與會者的提問，例如法律史所呈現的法經驗事實如何與法律規範論證相結合，使拙文得以再為增修與潤飾。

\*\* 國立臺灣大學法律學院台大講座教授、中央研究院臺灣史研究所暨法律學研究所合聘研究員。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/30936191.pdf>。



關鍵詞：法律史、中國法、日本法、原住民法、西方法、比較法、臺灣研究、經驗科學。

## 目次

壹、緒言	肆、作為學科的既有內涵及未來 課題
貳、研究對象之設定	一、已有各時代及各族群的法 律史
一、研究上的主體及其範圍	二、展開兼顧橫向具時空性的 比較法史研究
二、歷史研究上的分期	三、增進與各種理論及學科的 交流
參、研究上的方法論	伍、結語：堅持與等待
一、屬於「臺灣研究」的一支	
二、法律史在法制訂與法適用 上的運用	
三、善用檔案並跨科際地詮釋 事實	

## 壹、緒言

在此以台灣法律史學會創立20年為契機，進行臺灣法律史研究之回顧與前瞻，有雙重意義。其一是，從個人的研究史，剖析知識的建構過程。筆者之前曾研究過「臺灣人法學之開創者」林呈祿、「日治臺灣人習慣法之闡釋者」姉齒松平、「臺灣舊慣調查事業之領航者」岡松參太郎等人的學思歷程<sup>1</sup>。能夠參考的資料無非是，他

<sup>1</sup> 參見王泰升，「鬱卒」的第一代台灣法律人：林呈祿，收於：台灣法的世紀變革，頁71-101（2005年）；王泰升，具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證，頁167-242（2010年）（以下簡稱：王泰升，具有歷史思維的法學）。吳豪人教授2004年在《戰鬥的法律人：林山田教授退休祝賀論文集》討論岡松參太郎、2006年在《「帝國編成の系譜」》討論姉齒松平等兩位的學思內涵，參見吳豪人，岡松參太郎論——殖民地法學者的近代性認識，收於：林山田教授退休祝賀論文集編輯委員會編，戰鬥的法律人——林山田教授退休祝賀論

們所正式發表的論著，或參與法案審議時的意見。然而對於其形成觀點或論述之所由來，時常無法從既有文獻得知，只好以模擬心境的方式揣測之，包括參酌所處年代的政經社文，尤其是思想流派，以及個人的學經歷背景，但終歸是當代研究者所為的詮釋。如果他們能夠對學思歷程留下一些紀錄，或許研究者就不用「猜」得那麼辛苦；縱使後來的研究者可能認為被檢視的作者另有隱情、言猶未盡，或有其不自覺的因素，但至少可知道這些人自己是怎麼講的。於是自忖：與其被誤解，不如自己先「告解」。況且在研究機構內部的評鑑程序，經常要求被評鑑人自我審視研究過程，而每位研究人員，在整個學術界都算是「被評鑑人」。為此，擬述說筆者從1990年一頭栽入臺灣法律史研究，且同樣在20年前以書名宣告「台灣法律史的建立」<sup>2</sup>，一直到現在所接續提出的學說，在背後有怎樣的故事或想法；但各項說法之較詳細的學術論證，仍請另外參閱拙作各文。

其二則是著眼於整個學界的發展，期待臺灣法律史能走向學科化。在交代筆者與臺灣法律史研究因緣際會的關係之後，學界可以了解兩者之合一，只不過是一種巧逢。沒有我這個人，也會有另一個人，在同樣的歷史時刻，探究臺灣法律史。對臺灣法律史存在意義的認知與肯定，應超越對我個人論著的好惡。至盼臺灣法律史研

---

文集，頁511-586（2004年）；吳豪人，植民地の法学者たち，收於：酒井哲哉主編，「帝国」日本の学知（一）：「帝国」編成の系譜，頁123-169（2006年）。對岡松參太郎與姉齒松平之評論，亦參見吳豪人，殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像，頁9-74、163-180、205-206（2017年）。對於過去的學者，我不贊成以現今才有、過去/當時根本不存在之理念，給予道德上的譴責，如此對這個人並不公平。不過在如實說完某個人的故事後，或可告訴讀者，若本於今天某項理念，其怎樣的行為已不可採。這是立足於現在，不希望當下或未來再發生同樣的行為。同樣的，對於過去某項行為，也須以過去存在的法律/學說，說明其在當時是否合法/有理（屬於理論認識的層面）；但必要時可表明係出於「轉型正義」之需，而持現今的法律理念對之進行評價，以究責、平反、彌補、和解共生，並向未來宣示擁護該等法律理念。

2 參見王泰升，台灣法律史的建立（1997年）。本書2006年刊印2版。

究從此可以跟我個人的學說脫勾，而有機會成為一門集體創作的學科。從事這個學科之研究，不應再被視為跟某個個人有關，可以不必顧及人情，亦不必刻意閃避，只問自己應否、願否研究臺灣法律史。臺灣法律史課程之首先出現於臺大法律系所，只不過是特定的人、事、時、地等因素剛好湊在一起所致，但也算是典藏最多臺灣法律史參考文獻及史料的臺大，原本就該承擔的責任及應有的作為。於今，講授臺灣法律史的師資已不虞匱乏，研究上所需的文獻或資料已廣為數位化，故各個學校或研究機構的成員均易於近用。臺灣法學界應思考的是：這些知識對臺灣法律人的養成、對臺灣法律及法學的發展，是否有意義？這個判斷應當超越個人或學校/機構的因素。

## 貳、研究對象之設定

### 一、研究上的主體及其範圍

戰後數十年來，臺灣的法學界頂多只見「提及臺灣的法律史」，幾乎沒有「臺灣的法律史」<sup>3</sup>。到1980年代為止，在臺灣的法律系所學生，所讀的法律教科書或法學論著，與「法律」一詞相連結的是「中華民國」、「中國」、「我國」，極少提及「臺灣省」，僅有最高法院判決所用的「台上字」一詞讓人稍微感覺到「臺灣」的存在。在法學界，除了因闡釋西方理論及其大師而擁有學術光環的法理學外，幾乎都是以法釋義學為基底的學科，而需要釋義以進行法律適用的法，係指現行有效、而非過去的法律。以過去的法規範內容為討論對象的「法制史」課程，因而位處邊緣，且除了「羅馬」

---

3 臺灣的學術界對於「法」與「法律」兩個詞彙，尚無前者指稱所有的法規範、後者專指制定法之共識，故除非特別界定，否則兩者為同義詞，端視在語感上何者為佳，即使用之。

外，也只能與「中華民國」、「中國」、「我國」相連結。戴炎輝教授運用其整編的《淡新檔案》於1979年出版的《清代臺灣之鄉治》，係當時臺灣史研究者最常閱讀的經典之作，但是戴炎輝在法律系所不曾以之為教科書開設課程，不曾以《淡新檔案》為素材指導碩士論文，蓋其課程名稱是「中國法制史」<sup>4</sup>。但有別於當時其他中國法制史研究者，戴炎輝在其中國法制史教科書中會提及「臺灣」，偶爾以《淡新檔案》所載當做「實例」<sup>5</sup>，或出現臺灣的「俗稱」<sup>6</sup>，談到臺灣的大小租時突然述及日治時期的法律<sup>7</sup>，甚至未交代《臺灣私法》一書的背景（按時人對「臺灣」居然有「私法」不免詫異），而逕引其見解<sup>8</sup>。筆者於1995年時曾稱這種論述模式為「依附於『傳統中國法之研究』」，此外還有依附於其它研究的幾種類型，並指出直到1990年代才出現少數「以臺灣為主軸的臺灣法律史研究」<sup>9</sup>。

身處1990年代臺灣意識覺醒的大時代，筆者於1995年，在〈台灣主體性的法律史研究〉這篇論文中，提出「台灣及其東亞鄰國法律發展圖」（見圖1）<sup>10</sup>。這是從實際生活經驗，而非中華民國法秩

---

4 關於戴炎輝的研究業績，以及臺大法律系的中國法制史課程教學研究狀況，請參見王泰升，具有歷史思維的法學（註1），頁123-126。某位將《淡新檔案》運用於清代中國法之研究的日本學者曾告訴筆者，閱畢拙文後才解開心中的疑惑：何以戴炎輝教授所任教下的臺大法律系，幾乎沒有學生將該檔案運用於法史學的研究。本文不揭露與筆者私下交談者之名字，以尊重其隱私，但須說明其身分在學說史上具有的意義。以下還有數例，均如是處理。

5 戴炎輝，中國法制史，3版，頁138、160、169、177-179（1971年）。

6 例如：「臺灣俗言謂之『送做堆』」、「東北地方稱為『對佃契租』，臺灣謂之『對佃胎』」、「在臺灣，有所謂『連環保』」。戴炎輝（註5），頁249、321、338。

7 參見戴炎輝（註5），頁301-302、310。

8 參見戴炎輝（註5），頁196、278、300。

9 參見王泰升，撥雲見日的台灣法律史研究，收於：台灣法律史的建立，2版，頁57、67-71、81（2006年）。

10 參見王泰升，台灣主體性的法律史研究，收於：台灣法律史的建立，2版，頁35、40（2006年）；王泰升，台灣主體性的法律史研究，律師通訊，192期，頁37-64（1995年）。

序出發，視臺灣為東亞各國之一，故在標示臺灣、中國、日本、朝鮮等四條平行的線當中，以居中較粗的橫線代表作為歷史主軸的臺灣，觀察其法律發展及與鄰國之關係。如圖1所示，臺灣與中國雖曾212年（1683-1895）屬同一國家法秩序，但自1895年迄今除短暫的4年（1945-1949）外，一百多年來均不在同一國家法秩序底下，並以獨自的法院體系建構一個特定的法域（jurisdiction）<sup>11</sup>。基於這項事實，為了解臺灣的法律發展，須從向來被中國國族主義者放在作為現代主權國家的中國之內，移置於整個共享傳統中原法律文明、屬於漢字文化圈的東亞社會當中，自為一個政治共同體。在此僅是透過較消極的「去中國中心」，而肯認臺灣在法律史上，可如同從「天朝體制」解放、進入「條約體制」而出現的中國、日本、韓國等東亞國家一樣<sup>12</sup>，具有主體的地位<sup>13</sup>。

11 1895年至1945年在日本帝國底下，臺灣擁有獨自的法院體系，臺灣的民刑訴訟案件不得上訴至日本內地的裁判所，且因「臺灣地域」關於立法權有特殊之規定，故實體法的規範內涵不一定與日本內地相同，已構成可稱為「殖民地」的政治共同體。1949年年底之後，臺灣施行著形式上是一個主權國家的中華民國法秩序，當然也是有別於中國（中華人民共和國）的一個法域。

12 當今所稱的中國、日本、韓國，都是在19世紀，依源自西方的國際法，各國應平等往來、締約等概念，所產生的「國族國家」（在聯合國體系內，中國指中華人民共和國，韓國則有兩個會員國），有別於東亞社會在此之前，以統治中原郡縣的皇帝為中心、周邊受冊封之蠻夷君長須向皇帝朝貢的「天朝」與「王國」之關係。臺灣在原住民族自治時期，並未被納入上述天朝秩序。於17世紀，因荷蘭及西班牙政權的統治，臺灣成為西方人概念中稱為「殖民地」的政治共同體，其後鄭家、清朝兩政權始將臺灣納入天朝秩序，由皇帝統治之，但1887年之前都僅屬「府」的地方層級。日本於1895年依條約體制取得臺灣主權，臺灣在日本國內並非如琉球般成為一縣，而是單獨為一個「地域」，西方人則視臺灣為日本帝國的殖民地，故性質上均屬一個政治單元/政治共同體。民國時代中國於1945年軍事接收臺灣，並當作一個省級地方團體，但1949年中華民國中央政府進駐臺灣之後，依西方的主權國家觀念及向來之視臺灣為一個政治共同體（殖民地），出現了以臺澎金馬為領土、居住其上者為人民的「事實上國家」，在地人民亦逐漸形成以臺灣為一個國族國家，亦即由住在臺灣的人組成一個現代型主權國家的認同。在東亞社會中，臺灣雖最晚、但正在進行國族國家的建構，故可視為一個政治共同體來觀察其歷史發展。已在另文引據資料為詳細討論，參見王泰升，具有歷史思維的法學（註1），頁95-113。

13 首次將包括該圖示在內的拙作翻譯為日文的後藤武秀教授，特別在「譯者解題」中詮釋在此所稱「臺灣主體性」的意涵及立場，顯示這在當時是相當新穎

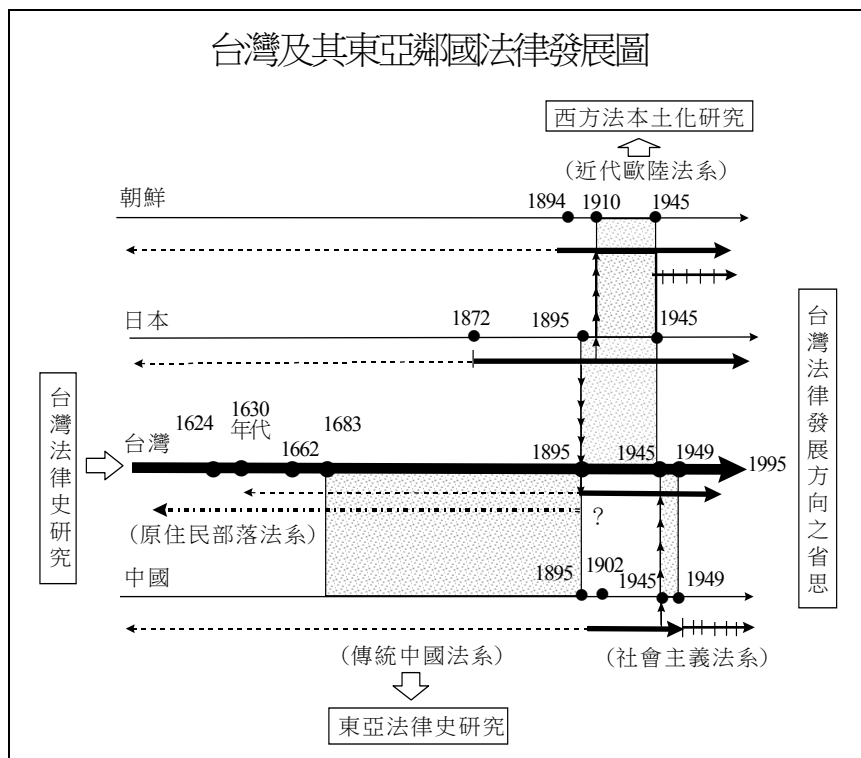


圖1 台灣及其東亞鄰國法律發展圖

資料來源：王泰升，台灣主體性的法律史研究，收於：台灣法律史的建立，2版，頁40（2006年）。

完整地闡釋以臺灣作為主體的法律史，須待2001年出版第一本關於臺灣法律史的教科書。戰後的臺灣，一直承襲民國時代中國的法律學系課程內容，在大學中開設「中國法制史」，從1946年開始運作的臺大法律系亦不例外。但50餘年後的1998年，臺大法律系經系務會議通過，將原必修的「中國法制史」，改為以講授臺灣法律

的觀點。參見王泰升著，後藤武秀譯，台灣主体性の法律史研究，比較法，34号，頁199-201（1996年）。

發展為軸線的「法律史」；另以「傳統中國法」為名取代原有的「中國法制史」名稱，而與「日治時期法律概論」及「戰後法律發展史」同列為選修課程<sup>14</sup>。筆者從1993年起在臺大法律系開設必修的「中國法制史」課程，講授以清律為例的傳統中國法，僅在討論傳統中國法對臺灣社會的影響時「提及臺灣」，故與前述戴炎輝教授的授課內容並無本質上差異。託時代演變之福，筆者有機會進行體制內改革，得以在1998年的課程調整後，講授「臺灣的」法律史。為此，須在非常短的時間內，重新編寫出授課內容，由於沒既有的教科書可依循，其難度頗高。在3年後的2001年，新的上課內容已透過《台灣法律史概論》一書，向臺灣學界公開。教科書的出版，有助於學科化的推動。

這本《台灣法律史概論》明確地指出臺灣法律的「多源」性格，故將原住民法、西方法都作為一個歷史源頭來呈現。首先以專攻臺灣史的周婉窈教授繪製、經筆者略為調整的「以今日臺灣地理空間定義歷史示意圖」（如下圖2-1）<sup>15</sup>，顯示現今的臺灣，在不同歷史時間的政權轉替及人群流動。再以這個具有法政及社會（族群）內涵的臺灣，取代1995年「台灣及其東亞鄰國法律發展圖」中那一條橫向粗線，「讓臺灣站起來」，豎立為觀察上的主軸。並從不侷限於東亞之全球的法律發展史著眼，凸顯出原住民法、西方法，搭配原有的中國法、日本法，呈現這幾條法律「流派」，如何伴隨政權轉替及人群流動，而參與臺灣法律的形成，此即「台灣法的法律淵源示意圖」（見圖2-2）<sup>16</sup>。原本在臺灣之外的各個法律體系，即因這樣的參與而成為臺灣法的一部分。為尋求與當時在臺灣文教

14 改制過程及理由，參見王泰升，具有歷史思維的法學（註1），頁129及註94。

15 王泰升，台灣法律史概論，5版，頁6（2017年）（以下簡稱：王泰升，台灣法律史概論，5版）。該書第一版發行於2001年。周婉窈，臺灣歷史圖說，3版，頁5（2016年）。

16 王泰升，台灣法律史概論，5版（註15），頁9。



界占絕對優勢的中國國族主義思維對話及交流<sup>17</sup>，這本2001年出版的教科書還明確地表示：「從台灣法的歷史淵源而言，中國法雖只是台灣法的一部分，卻是很重要的部分」，其後亦以具體的研究成果實踐這項主張<sup>18</sup>。以臺灣為主體而觀察法律史，不可能「去中國化」，例如當今臺灣社會的「檢察經驗」即來自日治臺灣及清末民國時代中國等兩個源頭<sup>19</sup>，但必須理直氣壯地說，當然可以採取「去中國中心化」的研究取徑。按以何者為中心，係依研究者所預設的認識目的而定，臺灣的歷史研究者以臺灣為認識目的，是再自然不過的事<sup>20</sup>。

17 戰後臺灣的學校教育從小到大一直灌輸的「中華民族」，實即中國國族之意，故於今是否抱持中國國族主義思維，已跟所謂「本省」、「外省」的族群背景（其差別在於有無日治時期歷史經驗）無關。中國國族作為一種政治上認同，與漢族作為一種種族文化上認同，本屬兩事（例如自認華人者在政治上建立了新加坡這個國家），但臺灣的學校教育經常藉著「中華民族」一詞中的「民族」，而將兩者混同。此所以筆者將nationalism翻譯為「國族」主義，以表達原文的意涵在於政治上組成一個國家，故與像「民族學系」這類用語中的「民族」不同。其詳，參見王泰升，具有歷史思維的法學（註1），頁110-113。

18 王泰升，台灣法律史概論，頁11（2001年）。如後所述，筆者從2007年起迄今，為了釐清現今臺灣法當中「中國元素」的內涵，陸續發表論文探究清末民國中國的檢察制度及整個現代/西式法院制度、國民黨在訓政時期中國的黨治經驗、民國中國的司法官社群及其文化，乃至催生並參與整編《最高法院遷台舊檔》。換言之，所欲探究者非中國法律史脈絡下的「清末民初」，而是從臺灣法律史出發的「民國時代中國」（從「民初」接不到戰後臺灣），其對臺灣法律史的重要性有如「戰前日本」。

19 王泰升，自序，收於：法務部編，臺灣檢察史：制度變遷史與運作實況，頁III（2008年）。該文完成於2007年。

20 臺灣的歷史研究者，亦可將中國當作認識目的，從而採取「以中國為中心」的研究取徑。事實上也有外國學者為了認識臺灣，而在研究上以臺灣為中心。曾經有一位研究中國法律史的日本學者，覺得筆者沒專注於傳統中國法之研究相當可惜，不過如果沒有人研究日本法制史，我相信這位日本學者也會優先研究日本法制史。亦曾有一位頗關照筆者、且精通大清律例的美國學者，表達過類似的惋惜。其實我在學術上將傳統中國法視為「東方的羅馬法」，也一直保持學習的熱忱，故2015年曾本於20餘年來的觀察心得，合著了一篇非以臺灣，而是以清朝的法律，作為認識目的的論文。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，頁422-423註5（2015年）。

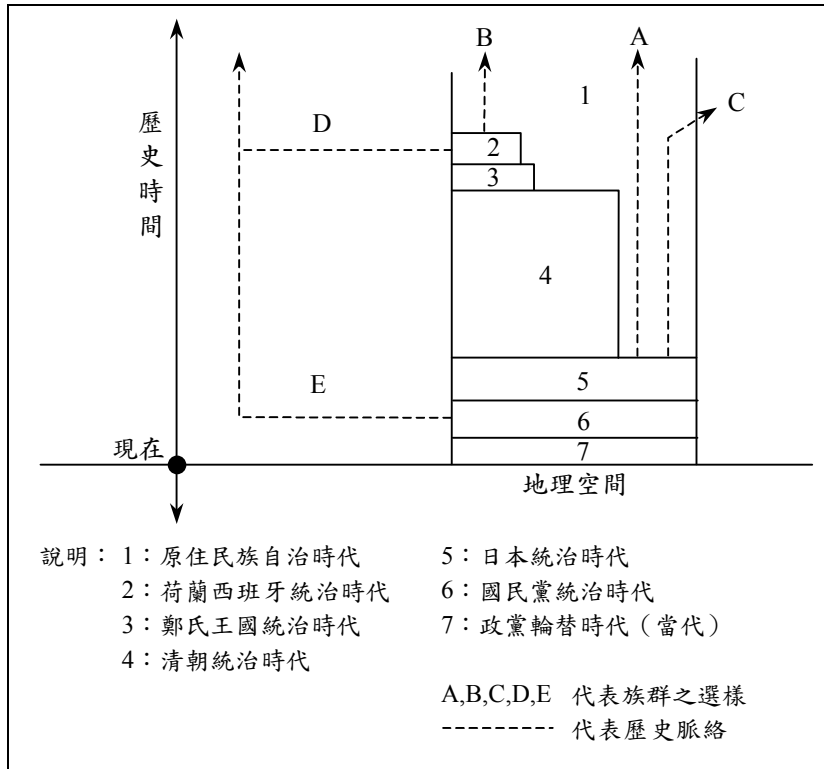


圖2-1 以今日台灣地理空間定義歷史示意圖

資料來源：王泰升，台灣法律史概論，5版，頁6（2017年）；周婉窈，臺灣歷史圖說，3版，頁5（2016年）。

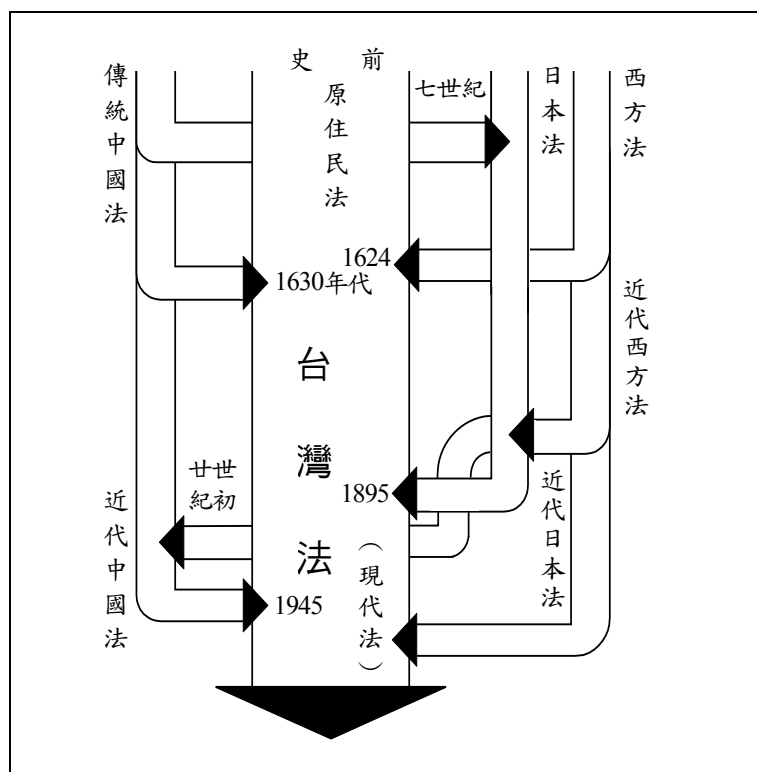


圖2-2 台灣法的法律淵源示意圖

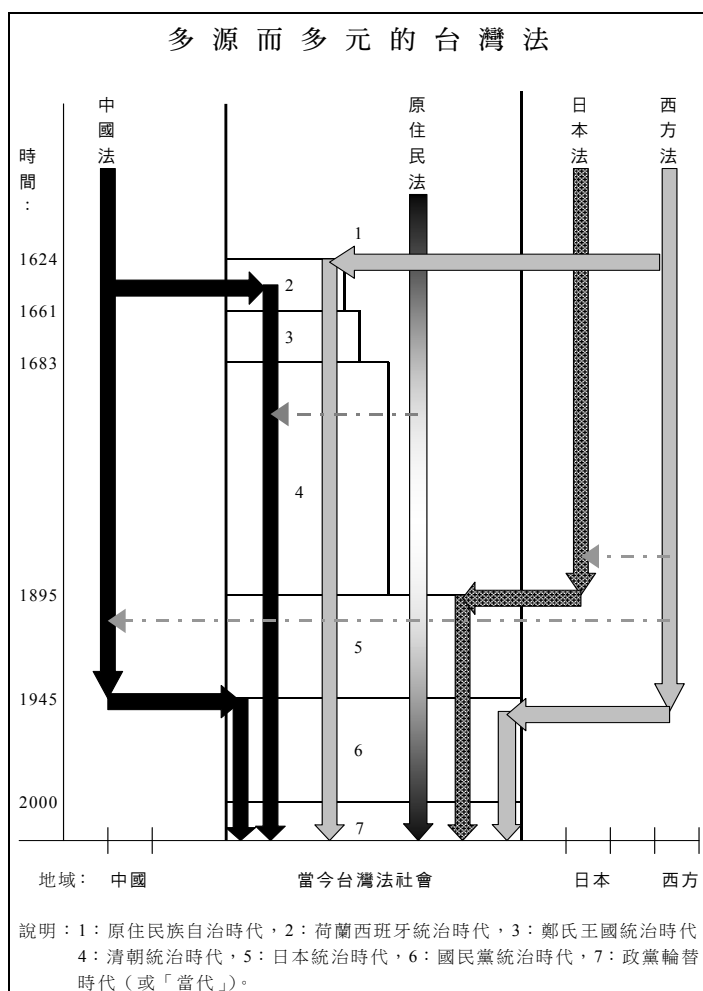
資料來源：王泰升，台灣法律史概論，5版，頁9（2017年）。

現今筆者所採用的臺灣法律史整體圖像，出自2005年時，將上述兩個示意圖合併為「多源而多元的台灣法」圖示（見圖3）<sup>21</sup>。意指當下的臺灣法社會，除固有的原住民族法律文明外，因外來的中國法在地化而有中國元素，外來的日本法而有日本元素，外來的西方法而有西方元素，整個構成「外來法的在地化」<sup>22</sup>。以臺灣為主

21 參見王泰升，多源而多元的台灣法：外來法的在地化，當代，220期，頁10-27（2005年）；王泰升，具有歷史思維的法學（註1），頁41。

22 其詳，參見王泰升，具有歷史思維的法學（註1），頁43-62。

體的法律史，須從世界史的眼光看臺灣的法律發展，也唯有如此方能認識臺灣的全貌。讓臺灣法律史可走出去，與其它地域法律史交流，也讓世界其它地域法律史可走進來，精緻化臺灣法律史的論述。其具體的作法，待後詳述。



**圖3 多源而多元的台灣法**

資料來源：王泰升，具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證，頁41（2010年）。

## 二、歷史研究上的分期

自成一格的臺灣法律史，需要有自己的分期方式。以1995年發表的〈台灣企業組織法之初探與省思——以合股之變遷為中心〉為例，係區分為：「清治之前（1683之前）、清治（1683-1895）、日治（非「日據」，1895-1945）、國治（1945-現在）」<sup>23</sup>。在臺灣，縱令是臺灣史研究者，都習於稱「清代臺灣」。惟國內外史學界通常將「清代」理解為中國史上一個斷代（1644-1911），若將其硬套至臺灣歷史，則「清代」之初，臺灣竟是由荷蘭政權統治，「清代」終結時，臺灣早已被日本政權統治十幾年了。之所以對此沒感到怪異，即因習焉不察地從中國史的眼光，視臺灣為「清代中國」的一個地方<sup>24</sup>。於今若以臺灣為歷史敘事上的主角，理應以清朝統治臺灣之起迄，構成一個歷史階段，而稱「清治時期」。例如就前述的「檢察經驗」，清治臺灣從未施行現代的檢察制度，但清代中國則在屬於末期的1906年在法制上出現了檢察官<sup>25</sup>，兩者有所不同。

不過，前述曾被戲稱為「三段論法」的「清治、日治、國治」分期方式，後來也需要修正。2001年寫《台灣法律史概論》這本教科書時，剛好至2000年5月19日為止，國民黨政權始自1945年10月

---

23 王泰升，台灣企業組織法之初探與省思——以合股之變遷為中心，收於：台灣法律史的建立，2版，頁281-282（2006年）。宜注意的是，1997年欲以「台灣法律史的建立」為名出書時，已特別說明以「日治」取代「日據」的理由，以及用「國治」表達由「國民黨政府」統治之意。參見王泰升，導論，收於：台灣法律史的建立，2版，頁21-22註25（2006年）（以下簡稱：王泰升，導論）。

24 在僅能將臺灣史視為「中國地方史」的年代，戴炎輝在書名上稱「清代臺灣之鄉治」，在章名上寫「清代內地及臺灣村庄之人格」，在內容上先引中國內地的地方禁約、合圍公議，再謂在臺灣亦如內地云云。參見戴炎輝，清代臺灣之鄉治，頁145-148（1979年）。今之臺灣學者，若已轉換為以臺灣為歷史考察上的主體，則可在稱謂或用語上有所調整，以對應到所觀察的重點已改變，亦即不是整個「清代」，而是「清朝統治下的臺灣」，因此應先談在特定時間存在於臺灣一地的現象，為解釋此現象而有必要時，才討論中國內地情形及其與臺灣的關係，按「主」客有別也。

25 王泰升（註19），第一篇，頁41。

25日的55年持續統治結束了，故「國治時期」不再是「至現在」，而是確定終結的「至2000年」，並將「國治」後稱為「政黨輪替時代」的「當代」<sup>26</sup>。果然從2000年到今之2017年，已發生過三次政黨輪替。據此，歷史事實若發生於2000年5月20日民進黨中央執政之後，即不能將其納入「國治時期」。例如2003年撰寫的〈台灣民事財產法文化的變遷——以不動產買賣為例〉，從「清治」開始談，最後談到2002年的狀況，故在「日治」之後即不用「國治時期」，而稱「中華民國法時代」<sup>27</sup>。於今就「戰後」（1945年8月15日之後）臺灣，宜依討論對象所涉及的時間點，參酌上下文脈，而稱「國治時期」或「中華民國時期」（1945年迄今）。亦可不著眼於政權或國家之變動，改依特定議題所需之基準，例如所屬的法系，或法規範之特質（戰時非常法制、自由民主法制）等，而為分期<sup>28</sup>。此外亦於2009年，將臺灣在日治時期與中華民國時期均經歷的「modernization」，翻譯為「現代化」，意指轉化為具有現代性（modernity）的事物或價值，包括「現代法」（modern law）；另在時代的分期上指稱1895年至1945年為「近代」臺灣<sup>29</sup>。

26 於2001年撰寫教科書時，將2000年5月20日之後稱為「當代」，雖還不知其後有2008年的國民黨執政，2016年的民進黨再執政，但已認為國治時期的結束，導致「政黨輪替後『新政府』的產生，無論爾後再由民進黨、國民黨或其他黨派執政皆然。」王泰升（註18），頁138-139；王泰升，台灣法律史概論，5版（註15），頁123。

27 王泰升，台灣民事財產法文化的變遷——以不動產買賣為例，收於：台灣法的世紀變革，頁325、346、354（2005年）。

28 已於另文詳述，參見王泰升，土地、人民、法律與歷史，收於：王泰升、薛化元、黃世杰編，追尋臺灣法律的足跡：事件百選與法律史研究，3版，頁269-272（2016年）。

29 參見王泰升，台灣法律史概論，3版，頁101-102（2009年）。這項修改始自該書於2009年出版的第三版。筆者認為，臺灣的學界或一般人不論稱「近代化」或「現代化」，通常係指英文中的modernization，在此情形下「近代」和「現代」彷彿成了同義詞。問題是，當「近代」和「現代」這兩個詞彙指稱的是歷史時間上的某一時代，則在不同的歷史脈絡下，不同的地域社會，所指涉的時間斷代點或時段可能不同。在處於西方歷史脈絡下的英文，modern大致上指的是工業革命等以後的時代，modern law在歐陸通常指的是1789年法國大革命後的法律，而另以contemporary一詞，指稱「當今」。日文係以漢字「近代」翻譯

## 參、研究上的方法論

### 一、屬於「臺灣研究」的一支

筆者第一份關於臺灣法律史的學術作品，亦即1992年年底在美國以英文撰寫的博士論文，開宗明義地表示其屬於以臺灣為中心的「臺灣研究」(Taiwan studies)<sup>30</sup>。由於原本所受的是1990年代之前

---

modern，並將轉化為採取西方社會在進入其modern times所發展出的事物及價值，稱為「近代化」(modernization)，對於近代西方立基於個人主義、自由主義、資本主義的法律規範，稱為「近代法」(modern law)。日本從而以1868年的明治維新，作為日本在歷史時間上進入「近代」階段的起點。日文另以漢字「現代」一詞，指稱英文中的contemporary，故「近代」和「現代」有不同的意涵。今之臺灣係使用華文/中文的國家，在包括中國在內的整個華文世界，較多數是以「現代化」、「現代性」、「後現代」這些詞彙，翻譯modernization、modernity、post-modern。筆者本於溝通上方便而從眾，故自2009年改稱modern law為「現代法」，轉化為採取現代法，即稱「法律現代化」，不再受日文漢字之影響而在華文中稱「近代化」或「近代法」。不過華文的表達上，仍可能將「近代」一詞用於指稱歷史時間上的一個時代。中國史如何定義其「近代」，在此不論。就臺灣史而言，歷史學者通常以1895年日本統治臺灣為「近代」臺灣史的開端，此似乎是比照日本史之以明治政府引進近代西方事物及價值，而以日本帝國政府將西方事物及價值引進臺灣，作為臺灣地域社會(共同體)進入「近代」此一歷史階段的基準。尚有待學界討論的是，在將「現代」作為表述近代西方的事物及價值的詞彙之外，是否亦視其為一個歷史時期而稱「現代臺灣史」？若有需要，或許可用1945年日本以外的另一個現代型國家，也就是當今的中華民國的到來，作為「現代」這個時期的開端。其實還有某些根本沒意識到前揭問題的人，直接將「現代」兩字當作與「現今」或「當代」一樣的時間上概念。特別要說明的是，筆者在論述臺灣的「法律現代化」或稱「現代法」時，都是將「現代」當作指稱前揭西方事物及價值的一個類似「理念型」的概念，藉以描述臺灣在接觸這些近代西方產物之後所發生的種種經驗事實，而非在實踐評價上認為其即為妥當、良善，亦即「現代的」不等於「好的」。簡言之，從東亞社會的視角，現代化就是西方化，在認識了如何、為何「化」為與西方相同之後，可自主地經由評價而選擇應否這般轉化。或有謂東亞應有自己衡量「現代」與否的標準，但此說比較像是進行「西方事物及價值妥當與否」的評價，跟筆者僅僅將「現代」視為一種經驗性的存在不同。

30 TAY-SHENG WANG, LEGAL REFORM IN TAIWAN UNDER JAPANESE COLONIAL RULE, 1895-1945: THE RECEPTION OF WESTERN LAW 3 (reprt. 2015)。該書的第一版出版於2000年，係改寫自作者於1992年12月向西雅圖華盛頓大學所提出的博士論文，在此引用2015年再刷版。亦參見該書的華文版：王泰升，台灣日治時期的法律改革，修訂2版，頁1(2014年)(以下簡稱：王泰升，台灣日治時期的法律改革)。

毫無「臺灣的法律史」的法學教育，筆者1990年在美國開始探討作為博士論文題目的臺灣日治時期法律改革時<sup>31</sup>，面臨「半途出家」的窘境，可憑藉者只有7年歐陸法系國家的法學基礎訓練，以及3年在臺執業律師的田野經驗。有夠誇張的是，沒有任何關於臺灣史、史學的知識，社會科學的素養也非常淺薄，蓋未曾想像自己會走上學者之路。由於只有2年多的時間可獲取撰寫博士論文所需知識，實難以透過修課而接受完整的法學理論、歷史學或社會科學等訓練<sup>32</sup>，故只能沈浸在圖書館內，進行「議題取向」的學習。除了以東亞法（含日本法、韓國法、傳統中國法）、殖民地法為議題外，就是以「臺灣研究」為議題，盡可能閱覽所有人文社會科學，特別是歷史學，以臺灣為主題所展開的論著/博士論文，間接地接觸或

---

31 在一篇記述個人從事臺灣法律史研究20年的論文中曾提及，正是為了探究這個題目，才決定攻讀博士學位，且改變原本擔任律師的人生規劃。參見王泰升，來回穿梭於法律與歷史之間，新史學，21卷3期，頁188-189（2010年）。另曾在較為輕鬆的非學術性雜誌上，說過這段故事，參見何鳴，精彩《追夢教授》王泰升：無畏無悔鍾情台灣法律史——此生最浪漫的決定，在野法潮，4期，頁46-49（2010年）。

32 正由於在西雅圖華盛頓大學法學院唸博士班的時間只有2年多（1990年9月至1992年12月），獲得博士學位回國任教後的20年間，一直維持著「法律史學生」的心境，曾7度隻身前往位於澳大利亞、美國、日本、新加坡等6所大學擔任訪問學者，以吸收在攻讀博士時沒機會接觸的學問。例如2001年在哈佛大學法學院訪問6個月的期間，透過上課（Morton J. Horwitz、William W. Fisher III兩位教授的課），及朝夕待在法學院圖書館內，才全面掌握美國的法學理論及法律史，2010年也藉著在東京大學大學院法學政治學研究科訪問3個月，對歐陸法律史有較多的了解。筆者將臺灣法學界一般人琅琅上口的那句：「法律的生命不在於邏輯，而在於經驗」，放回其出處，亦即美國社會法學倡導者的荷姆斯（Oliver Wendell Holmes, 1841-1935），於1881年所寫的《普通法》一書的文脈，闡釋其所主張的是：當代社會思潮比法律規範形式（含判例遵循）發揮更大的力量，即受惠於2001年哈佛之行。參見王泰升，具有歷史思維的法學（註1），頁31註71。2013年秋天，重回西雅圖華盛頓大學法學院為訪問學者3個月，如同「研究生」般運用該大學豐富的藏書及資料庫，寫成兩篇論文：〈臺灣司法官社群文化中的中國因素——從清末民國時代中國追溯起〉、〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，卻消瘦而歸，方終結從1996年至墨爾本大學當訪問學者起算，長達18年、另類的「博士後」研究。其後，筆者即致力於將既有的期刊論文，串連成具特定論點的學術專書。



了解美國人文社會學界的理論或基本概念<sup>33</sup>。從而雖沒辦法如數家珍地說出美國法學界、人文社會學界各個理論大師的見解，但很可能已受其觀點或理論影響，尤其是當我反芻自身的臺灣經驗，而認同其中所闡釋的道理時。換言之，所有的美國學說都須通過曾是執業律師的我自身臺灣經驗的篩選，才確信其可用以詮釋臺灣的法律現象。

上述學習歷程，使得1993年回臺灣任教後，仍傾向於針對特定議題，尋找與我在臺灣及美國受教育後所形成的想法最接近、較贊同的論述，以建構自己的學術見解。此所以1997年欲在《台灣法律史的建立》一書的「導論」，交代法律史學的方法論/研究取徑時，所引用的不是以西文撰寫的某特定理論，而是臺灣學界專攻法律史、法理學、法學方法論之學者的論著，以及西方學界關於法律社會學、法律史研究的通論式作品，還有曾對該問題表示過意見的某日本學者<sup>34</sup>，以表達「自己可以劃得出圖」的學術論點（見圖4的「法律發展歷程圖示」）<sup>35</sup>。換言之，屬於「臺灣研究」之一支的臺灣法律史研究，不妨以外國學說理論為學術資源，詮釋臺灣的法經驗事實，而臺灣學者所引進的西方學說理論已成為臺灣法學的一部分（多年之後，稱這般以外國為師的「自主繼受」為「外來學說的在地化」），亦可用來描述臺灣的法律史，但是並非一開始就立基於名號響亮的學派或大師的學說理論。這般只問議題，不問學派，等

33 於1990年代初期，正值臺灣研究的萌芽期，關於臺灣史的中英日文著作、有關臺灣社會之博士論文等論著，在數量上很有限，與今之情形不能相提並論。

34 臺灣的學者包括張偉仁、顏厥安、楊日然、王澤鑑、黃茂榮，西方學者的論著包括ROGER COTTERRELL, *THE SOCIOLOGY OF LAW: AN INTRODUCTION* (2d ed. 2005); LAWRENCE M. FRIEDMAN, *THE LEGAL SYSTEM: A SOCIAL SCIENCE PERSPECTIVE* (1975)，還有齋川真，法史學の位置と方法について，法制史研究，43期，頁117-197（1993）；王泰升，導論（註23），頁6-17。

35 王泰升，導論（註23），頁8。臺大法律系王澤鑑老師在課堂上以圖示講解民法案例的法律適用時，曾謂：如果圖能夠畫得出來，就表示真的已了解。筆者對此牢記在心，並奉為主臬。

於是「以無學派為學派」<sup>36</sup>。

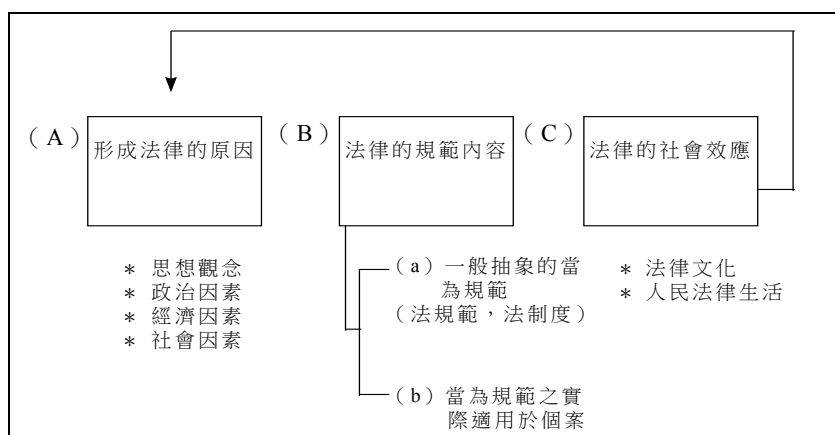


圖4 法律發展歷程圖示

資料來源：王泰升，導論，台灣法律史的建立，頁8（2006年）。

## 二、法律史在法制訂與法適用上的運用

雖然提出尖銳地挑戰臺灣法學界大多數人思維的「臺灣的」（而非中華民國、中國、我國）法律史，但盡量「與人為善」也一直是為學的基本態度。或許可從這個角度，看待筆者2010年推出的

<sup>36</sup> 亦即主張：凡特定議題之研究上所需的所有學派均可採用。筆者在學術上深受指導我撰寫博士論文的John O. Haley教授影響，Haley教授是國際學界著名的比較法學、日本法研究的專家，他的學術風格就是不受拘束地追問議題、勇於提出自己的詮釋。近日讀到指導我撰寫碩士論文、曾任大法官及司法院院長的賴英照教授，關於證券交易法上內線交易的大作，言及：「即使是規範詳細的條文，適用在具體案件，仍然不能產生單一明確的結論。真正左右被告命運的，不是立法院通過，總統公布的法律（憲法第170條），而是法官對法律條文的詮釋。……從表面觀察，造成這種現象的原因，有由於法院對於事實認定的不同，有因為法律見解的歧異。表象後面，其實是執法者價值判斷的分歧。」賴英照，誰怕內線交易，頁2-4（2017年）。對照本文後述「從法條到法社會發展歷程及其可能的互動示意圖」，有關「司法或行政上對個案適用法律」的論點，可發現原來當年賴老師的教導，已內化為筆者思想的一部分。

《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》一書。按法律史學是一門法經驗科學<sup>37</sup>，在不重視法經驗科學的臺灣法學界，不意外地會有人質問：「法律史研究有助於法律的制訂或適用嗎？」對此當然可反問：「法經驗科學本身就有其學術上意義與價值，為什麼非得服務立法、行政或司法不可？」不過，若能將理論認識所得的實然事實，與實踐評價上的應然判斷做結合，確實是美事一樁，值得追求。因此該書強調，可認識的法經驗事實，係用於「補充或強化」法律（規範）論證，協助其說服人們接受法律規範所蘊含的利益衡量或價值判斷為妥當<sup>38</sup>。因此並未否定臺灣法學界既有的法律規範論證方式之可行性，只不過主張法經驗科學可在法制訂及法適用上，適時、關鍵地扮演一定的角色。

法規範原本就是一個經驗事實。在前揭1997年圖4中的（B），業已將由應然語句所構成的法規範、個案判斷（判決、行政處分等）視為經驗事實，以觀察其與其它經驗事實，亦即（A）或（C）之間的關係（參見圖4）。於10餘年後的2010年，為了讓臺灣法律專業社群更易理解：臺灣法律史的知識可運用於「法制訂」，亦即在立法上或行政上制訂出可適用於不特定人的一般性規範<sup>39</sup>，以及「法適用」，亦即在司法上或行政上將前述一般性規範適用於具體個案，乃以類似庖丁解牛方式，重新做成「從法條到法社會發展歷程及其可能的互動示意圖」（見圖5）<sup>40</sup>。宜留意的是，該示意圖

37 楊日然，法理學，頁231（2005年）。

38 王泰升，具有歷史思維的法學（註1），頁30。

39 若稱「法制定」，則專指由立法機關/議會制定出可適用於不特定人的一般性規範，即所謂的「制定法」（statute）。按現代憲政國家在「法律保留」原則底下，須以立法者所制定的法律，作為司法或行政機關進行「法適用」時的準據法。不過，行政機關出於行政權之發動而制訂的法規命令或行政規則，亦屬可適用於不特定人的一般性規範（具有「法源」性格），只不過行政規則不對行政機關外一般人民直接發生效力。為同時涵蓋立法機關與行政機關所為之訂立一般性規範，乃稱為「法制訂」。參見王泰升，具有歷史思維的法學（註1），頁5、32。

40 王泰升，具有歷史思維的法學（註1），頁4。

僅用以描述臺灣從日治迄今所採之歐陸法系國家法規範體系，不適用於討論日治之前的傳統中國法施行經驗，以及未為臺灣所採的英美法系國家法規範體系<sup>41</sup>。

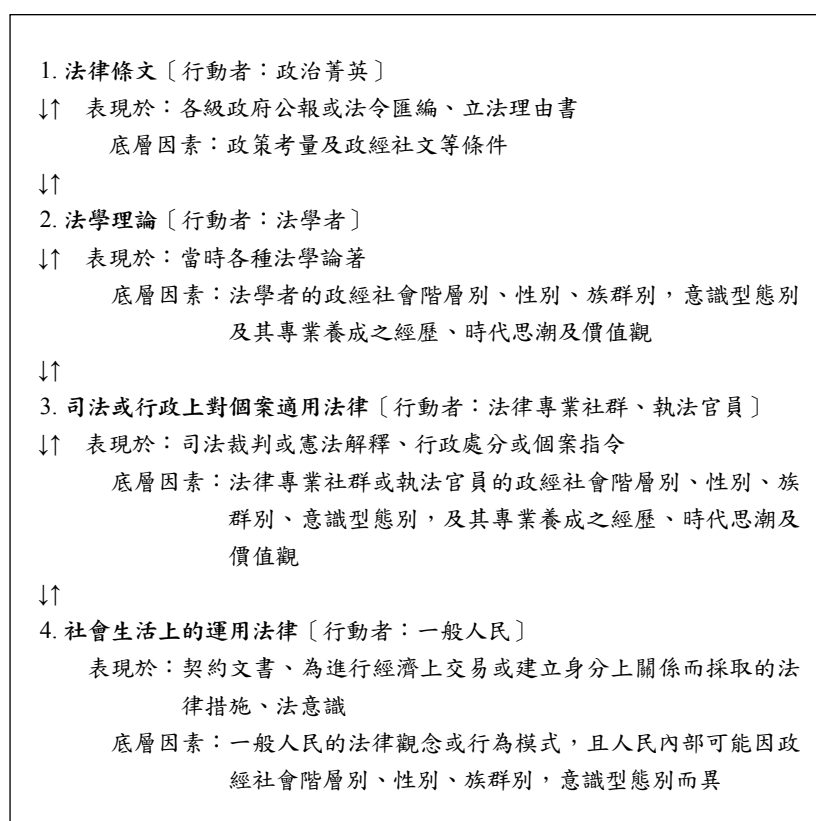


圖5 從法條到法社會發展歷程及其可能的互動示意圖

資料來源：王泰升，具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證，頁4（2010年）。

41 參見王泰升，具有歷史思維的法學（註1），頁3。

在圖5中的四個項目：法律條文、法學理論、個案適用法律、社會上法律生活，均各自例示其表現於哪些法律文本或法律上作為，以及更深層的之所以有這些表現的原因。例如，1904年臺灣總督府針對名義上由地方行政長官、實由高階警察官為「犯罪即決」之法律條文，在稱為「理由書」的文本上表示：受傳統中國法影響的臺灣人，不在乎自己的犯罪行為係由司法或行政機關裁判，由於地方法院甚少而地方行政廳眾多，故該制將使官民皆稱便，且倘若被告不服行政官的即決，只要聲請即可接受正式的法院審判<sup>42</sup>。惟該項立法理由僅是立法者的言說/論述（discourse），進一步探究其它經驗事實即知，這是立基於一般臺灣人尚欠缺現代法律觀念的社會條件，為追求減少殖民地司法成本、建立警察政治的政策目標，而訂定的法律條文<sup>43</sup>。此外，法學者在論著中建構法學理論，法律專業社群或執法官員在司法或行政個案中解釋適用法律；這些法學上論述或法的規範論證（legal reasoning），亦有諸多行動者個人或所屬時空的底層因素。一般人民的各種法律上作為，則形成整個社會的法律現象，並存在其底層因素。

若純然從事法經驗科學之探究，則只須觀察上述法律條文、法學理論、個案適用法律、社會上法律生活等之內涵，以及其相互之間的關係。就相互間之關係，如圖5所示，除了最常見的從 1. 逐次連到 4. 之外，可從 4. 逐次連到 1.，例如戰後臺灣民間普遍存在日治時期日本銀行業者所引進的最高限額抵押權，使得最高法院以判例承認其為事實上習慣，學界通說認為其不違反物權法定及抵押權須從屬於所擔保的債權而存在之法理，最後於2007年被納入民法條文<sup>44</sup>。亦可能從 1. 跳到 3. 再接 4.，例如某法條已明確到不須任何學說具體化其涵義，即可適用於個案，並影響社會生活；或從 2.

42 司法院司法行政廳編，臺灣總督府檔案司法文書選輯，頁303-306（2010年）。

43 參見王泰升，台灣日治時期的法律改革（註30），頁218-226。

44 參見王泰升，具有歷史思維的法學（註1），頁24-29。

開始逐次連到 4，例如某法學理論直接被法院採納，該司法解釋進而規制人們生活。除上舉之例，還有各種可能的排列方式。

上述法經驗科學的研究成果可稱為「法律社會史」，其與「法律社會學」並無本質上差異，雖探究對象在時間上距今的遠近，可能影響到訪談、問卷調查等研究方法之能否使用。例如以日治時期地方法院民事判決原本為材料，探究一般人民是否因社會階層別、地域別、性別等，而在使用法院上有所不同<sup>45</sup>，所獲知的經驗事實，固然是臺灣法律社會史，亦可認係法律社會學的一部分。如果以10年內的地方法院民事判決原本為材料，依同樣的研究方法探究同樣的問題，似乎較易被認為是法律社會學之研究，但既然所觀察的是已屬「過去」的經驗事實，不也算是法律社會史。

若不滿足於僅呈現某項法經驗事實，而欲進一步將其運用於有關法制訂的規範論證，則可觀察的路徑是「4、3、2.→1.」（參見圖5）。亦即，追問社會上有怎樣法律生活、司法或行政機關就個案做成怎樣的法律解釋、學界抱持怎樣的見解，以致當今存在著怎樣的法律條文。只要前三者（4、3、2.）現在已不存在或已變成不妥當，就可用來正當化當今的法律條文應做如何的改變，不然即應維持。例如，臺灣從日治時期至戰後仍屬威權統治的1980年代為止，有不少關於民事調解的法律條文，係政府部門出於不願投資司法的心態而制定；於今基於民主、司法為民的理念，其已不再妥當，故像民事簡易訴訟案件均須經強制調解之規定應受檢討<sup>46</sup>。

再者，法學界經常以外國立法例，正當化某項法制訂。對此可依前述「4、3、2.→1.」進行法經驗事實的考察，釐清該外國法條

---

45 王泰升，去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型，修訂版，頁59-80（2017年）。

46 參見王泰升，再訪臺灣的調解制度：對傳統的現代化轉譯，臺灣史研究，25卷1期，頁101-136（2018年）。

所仰賴的立法事實（法規範制訂時所立基的一般生活事實背景）、所蘊含的利益衡量或價值選擇，再就臺灣的情況，檢視是否存在同樣的立法事實、應否採取同樣的利益衡量或價值選擇。若兩者均屬肯定，即足以強化這項法制訂之正當性；若其中一項遭否定，則這項法制訂無從自該外國法條獲得正當性<sup>47</sup>。特別是法制訂時最關鍵的利益衡量或價值判斷，不能躲在「先進國家立法例」的保護傘下，須明白揭示利益或價值之衝突後，提出何者應優先的理由。

若以運用於法適用為目標，可觀察的路徑有「1、2.→3.」或「4.→3.」（參見圖5）。亦即，檢視有怎樣的法律條文、學界抱持怎樣的見解，以致當今司法或行政機關的有權解釋是什麼；若前兩者（1、2.）已因社會或科技條件之變遷而不存在、或因昔日所立足的價值觀於今已轉向而被認為不妥當，就可用來正當化該有權解釋（法適用）應做如何的改變，不然即仍應維持。或者社會上有怎樣的法律生活，以致當今司法或行政機關的有權解釋是什麼；若前者（4）同樣有已不存在或不妥當之情事，就可用來正當化該有權解釋（法適用）應做如何的改變，不然即仍應維持。按當今臺灣的法釋義學主流認為，在法律適用的場合，須先解釋作為邏輯三段論法大前提的法規範之規範意涵，為此而有文義、體系、立法史（歷史）、目的等多種解釋方法，或認為有「法律漏洞」而須變更作為大前提的法規範；然而多種解釋方法之間無必然的優先順序，應採何種解釋毋寧是利益衡量或價值判斷的結果，而應否及如何填補法律漏洞，亦是如此<sup>48</sup>。由於前述經由「1、2.→3.」或「4.→3.」所指出的「不存在」或「不妥當」，均奠基於法經驗科學之研究，故可讓法適用時無可避免的「利益衡量或價值判斷」，具有依人文社

47 以外國立法例為法制訂之理由時，還須注意歐陸法系在法律結構或用語上有別於英美法系，且各國均有其自己約定俗成的規範格式，故可能在法規範的表現形式上需為必要的調整。

48 詳細的討論，參見王澤鑑，法律思維與民法實例，頁237-343（1999年）。

會或自然科學予以檢證的可能性，從而提升法律規範論證的說服力<sup>49</sup>。

換言之，法律史研究可指出某項法釋義（有權解釋）所依存之社會脈絡，包括做成當時、當地客觀性的科技或地理條件和主觀性的社會通念或價值等，以判定於今應否延續之。例如於距今七、八十年前、在中國所做成的判例或司法解釋，究竟是在什麼客觀性條件下所為的主觀性選擇？戰後處於威權統治下臺灣司法界所為的法釋義，是否猶受戰前集體主義法學理論所支配？按許多接受戰後強調自由、民主、人權等理念之法學教育的學者，之所以認為歐美日本等國判決例所為的法釋義較為可採，其實是出於對利益衡量或價值判斷有了不同的選擇。臺灣的法學者過去可能因忌憚威權統治者的打壓，不敢明白批判有權解釋所蘊含的價值觀，遂將外國的法釋義去社會脈絡化、直接視為「先進」，以隱藏自己在價值觀上的傾

---

49 筆者2010年時曾參考黃舒芃教授於2007年、邱文聰教授於2008年發表的論文，認為在適用憲法條文而對制定法進行司法審查時，實證資料或法經驗事實固然不能用於論證作為法適用三段論法之大前提的憲法規範，但可用於檢證作為三段論法小前提的立法事實之存在與否；英美法系底下具有造法功能的普通法法院，亦以由規範語句所構成的規則（法），而非實證資料或法經驗事實，作為法適用三段論法之大前提，但可運用實證資料或法經驗事實檢證該項規則所立基的事實（立法事實）是否存在。並因而表示法釋義學之研究，「發展出許多具有高度說服力的法概念或法理論。然其有時不免流於形式化，甚至空洞化，而有待運用實證資料或法經驗事實，來補充或強化論證之理由或基礎，以相對客觀的經驗性研究，提升法律論證的相互批判可能性/科學性，俾能更加展現實踐理性。」按實證資料或法經驗事實之可被納入法律規範論證中，即意謂著可將自然科學與人文社會科學的知識，整合進以法釋義學為核心的法學中。從而提出一個可供參考的法學論述方式：第一階段像律師一樣，從各種文本找出特定議題的法規範內涵，第二階段像科學家一樣，發現從法條到法社會的各種底層因素，第三階段則作為法學者，本於前兩階段的認知，建構具有實踐評價意義的主張。參見王泰升，具有歷史思維的法學（註1），頁31-38；黃舒芃，數字會說話？——從大法官釋字第584號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位，中研院法學期刊，1期，頁1-43（2007年）；邱文聰，被忽略的（立法）事實：探詢實證科學在規範論證中的可能角色兼評釋字第584號解釋，臺大法學論叢，37卷2期，頁233-284（2008年）。



向，卻不自覺地陷入「自我殖民」困境<sup>50</sup>。在今天自由民主的臺灣，進行法適用或前述的法制訂，都應面對法律史所揭示之今昔社會情境有別，明確地對利益衡量或價值判斷表示立場及理由。單單以「先進」國家學說上或判決例係採取某種法釋義，尚不足以正當化我國的法適用應跟隨之。

較為臺灣法學界所熟悉的是，根據法律史研究所發掘的立法/修法理由，提出法釋義學所稱之「立法史解釋」（或「歷史解釋」），以立法者的言說正當化法律條文應做怎樣的解釋，惟法適用上該項解釋方法之被採用，仍出於特定的利益衡量或價值判斷。例如原住民身分法第2條第2款有關「平地原住民」之定義的條文，載明「並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者」。向來行政院原民會所為的行政解釋，認為前述「登記」係原住民身分取得之要件。對此，筆者曾指出，依該條文之前身所附的立法說明，要求辦理該項登記，乃著眼於原漢混居的情況下，便利行政機關區辨平地原住民與非原住民，從立法史解釋而言，該登記非作為原住民身分之生效要件；且法適用上基於憲法等所揭示最新的價值判斷，應採取依前述立法史解釋所獲致的見解<sup>51</sup>。不過亦須提醒，依立法者「原旨」所推論出的規範意涵，非必然優先於依

---

50 較詳細的論述，參見王泰升，四個世代形塑而成的戰後台灣法學，臺大法學論叢，40卷特刊，頁1402-1403（2011年）。

51 參見王泰升、陳怡君，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22-24（2013年）（以下簡稱：王泰升、陳怡君，西拉雅族人的原住民身分認定問題，台灣法學雜誌）；此文同時刊載於：王泰升、陳怡君，從「認同」到「認定」：西拉雅族人的原住民身分認定問題，台灣原住民族研究學報，3卷2期，頁1-20（2013年）。2018年4月26日最高行政法院107年判字第240號判決（陳怡君律師提供），已接納本文前揭的立法史解釋，推翻行政院原民會以登記為平地原住民身分之生效要件的見解。又，該判決表示其係採「合憲性解釋」，謂：「若對於法律的解釋有多數可能，其中解釋結果，必然牴觸憲法者，則對法律解釋應採其他解釋，以使法律具合憲性」；然與筆者於文中所主張，面對兩種相異的解釋結果，司法機關應依憲法增修條文、國內法化的兩公約等所揭示之價值判斷而擇一，並無二致。

其它解釋方法所得出的解釋結果；且立法機關在表述理由時，也有可能隱藏其立法政策上更重要的考量（如前舉1904年關於犯罪即決之律令）。

總之，法律史對於法經驗事實之研究，可呈現出具有規範性格的某個法條、某種學說、某項法律解釋，是在怎樣的可實證觀察到的時空環境底下被提出，故一旦現今的時空環境確實已不同於當時，這些法條、學說、法律解釋即失去其正當性，而應有所變更。這樣的主張，可稱為「歷史思維法學」（Historical-thinking jurisprudence）。

### 三、善用檔案並跨科際地詮釋事實

歷史思維法學還須面對一項質問：「法律史研究呈現的事實為真嗎？」其實法律史的知識，跟其它社會科學一樣，是來自對事實的詮釋（interpretation）。臺灣法律史特別需要善用實證的檔案，進行對事實的詮釋。從筆者踏入臺灣法律史研究的那一刻開始，就在圖書館裡形成、在檔案館裡實踐這樣的看法。1992年那本討論日治時期法律改革的博士論文，對於執政當局的改革動機，即高度仰賴實證的殖民地政府檔案，而非僅依抽象的殖民主義，進行歷史事實的詮釋。政府檔案如實記錄了當時官員們的決策過程，但囿於文件做成者自身的偏見、偏聽或立場，所述者不一定為真，故尚須比對其它史料所載，甚或從文本詮釋出其未明載的事實；且政府檔案內的評價，於今也不一定妥當，但重要的是其呈現了當時所存在的價值觀<sup>52</sup>。當今為實踐「轉型正義」而進行的真相調查，即須以嚴謹的學術態度考察威權時代政府檔案<sup>53</sup>。

<sup>52</sup> 參見王泰升，政府檔案的整編及學術上運用：一位臺灣法律史研究者的經驗談，國史館館刊，54期，頁166-170（2017年）。

<sup>53</sup> 其具體案例，參見王泰升、曾文亮、吳俊瑩，追尋記憶中的台北律師公會會館——啟動律師業的轉型正義，律師法學期刊，創刊號，頁1-62（2018年）。

筆者與檔案之研究結緣甚深，從最初的使用、到後來的整編不少檔案。在臺大法律系任教的第一學年下學期（1994年2月），即將《淡新檔案》帶至教學現場與學生共同研討<sup>54</sup>。於1999年至日本公文書館閱覽戰前日本內閣檔案，釐清日治臺灣立法權運作實況<sup>55</sup>。2006年為早稻田大學訪問學者時，閱覽其所收藏岡松參太郎文書，以了解法學者與殖民地統治相互為用的關係<sup>56</sup>；並藉此機會到日本外務省史料館閱覽外交檔案，其後再經幾次造訪，而根據這些外交檔案，描繪臺灣人持日本國籍前往中國的經驗<sup>57</sup>。同樣在2006年，開始使用中國國民政府的檔案，探究戰後來臺的國民黨政權原有的「黨治」經驗是什麼<sup>58</sup>。另一方面，2002年起著手整編《日治法院檔案》，並於2008年向國內外學界公開，但自己則在2013年才將其運用於觀察日治時期人民的法院活動<sup>59</sup>。2010年起又參與《最高法院遷台舊檔》的整編，以民事判決為主的部份於今已由中研院台史所向學界公開<sup>60</sup>，未來可用於探究戰後移入臺灣的民國時代中國司法文化，以及外省族群原有的司法經驗。

在好奇心的驅使下，筆者為了發揮《日治法院檔案》這份史料的特色，大膽嘗試對我而言全新的統計分析方法，於2017年完成《去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型》。該書在方法論上認為，雖欲整合法學、臺灣史及統計等相關知識，而為法經驗事實的

---

54 王泰升、曾文亮、吳俊瑩（註20），頁422。

55 王泰升，從日本公文書館史料探究日治台灣立法權運作實況，收於：《台灣法的斷裂與連續》，頁266（2002年）。

56 王泰升，學說與政策交織下的日治台灣民事法制變遷：以岡松文書為中心，臺大法學論叢，37卷3期，頁47、51（2008年）。

57 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，頁11、23-25、32（2015年）。

58 王泰升，國民黨在中國的「黨治」經驗——民主憲政的助力或阻力？，中研院法學期刊，5期，頁69、73-74（2009年）。

59 王泰升（註45），頁60-66、172-175。

60 參見臺灣史檔案資源系統網站，<http://tais.ith.sinica.edu.tw/sinicafrsFront/browsingLevel1.jsp?xmlId=0000276540>（最後瀏覽日期：2017年8月15日）。

描述，但希望能將各該專業知識，轉譯為一般人都看得懂的白話文。且在「理解臺灣」的認識目的下，可使用包括但不限於來自西方學界的各種理論或概念，詮釋發生在臺灣的事實，故該書先透過傳統中國法與近代西方法的比較，創新地提出「判調分立」、「審辯分立」、「審檢辯分立」等「理念型」，作為解析臺灣人民司法正義觀的概念工具。更重要的是，進行「以一定的質性研究成果為依據的量化研究」。先在統計學專家的協助下，以編碼方式收集法院判決所載個案資料，再於統計上以與論旨相關的主題，進行交叉分析。但對於這些統計分析所揭示數據之可信度的判斷，及其足以顯露之事實或所代表之意涵的詮釋，所憑藉的是既有的法學專業及長期累積的日治法律史知識，而非統計學上各種定理<sup>61</sup>。我認為，各個學科在探究真實這件事上，分工是為了合作。

## 肆、作為學科的既有內涵及未來課題

### 一、已有各時代及各族群的法律史

臺灣法律史於今有足夠的知識內涵，支撐其作為一門學科嗎？從學術而論，重點是向來在「中華民國、中國、我國」法律史中都不談的日治時期法律，於今是否有足夠的學術研究累積。蓋可能「提及臺灣」的中華民國法律史，換成臺灣法律史的論述角度，即轉化為「國治時期」或「中華民國時期」的內涵。可能「提及臺灣」的清代中國法律史，同樣可轉化為「清治時期」的內涵。只有與中國無關的「日治時期」，非從臺灣法律史的視角，不會注意到它的存在。

恰巧是對日治時期法律的好奇，引領筆者進入臺灣法律史殿

---

61 王泰升（註45），頁v、5-6。

堂。我個人最早的一本（1992）、最近的一本（2017）有關臺灣法律史的論著，以及著作中數量最多者，都是討論日治時期法律<sup>62</sup>。再加上20餘年來所指導的碩博士論文，以及這些碩博士生嗣後成為學者所發表的論著，都有相當大的部分述及日治時期法律<sup>63</sup>。從而所累積的知識厚度，可讓臺灣的華文讀者對日治時期的六法體系有一個梗概的認識，對一部分法律議題也找得到參考文獻，只不過對某些特定議題仍須至日文原典尋找法條或相關的學說見解，但已足夠在大學開設有關於日治時期法律史的課程<sup>64</sup>。可以說，筆者之研究日治時期法律，或許有助於臺灣法律史之學科化，但是臺灣法律史作為學科的存在意義，絕對與我個人無關。臺灣法律史是為了理解臺灣的法經驗事實而存在，將其學科化不是為了支持某人的學說。

現實上最大的問題是，誰在決定法律學的學科別或法學教育的課程？乃是在校期間從未學過臺灣法律史之與筆者相同或更資深世代的法學教授，以及除非是臺大法律系所畢業，從沒機會在學校學到臺灣法律史之年輕世代的法學教授。按法律是用以處理人的關係，當今臺灣有很多人的生命經驗中有日治時期，更多的人是生活在日治法律所形塑的法制環境，包括地籍、戶籍、所有權抵押權等私法秩序，以及法院建築等等<sup>65</sup>。臺灣法律專業社群中大多數人，

---

62 筆者獲博士學位後於1993年年初返臺，從1993年5月至撰文時的2017年8月止，所發表的「期刊論文」，若同一論文而以不同語文發表，或同一論文拆成上、下篇發表，均算做1篇，則共計89篇。當中「僅討論日治時期」者29篇，「討論包含日治時期在內之跨時期」者42篇，故在論文中看得到日治時期法律者共有71篇，約占8成。屬於「其它」者，有18篇，僅占2成。

63 例如最近一本將發表於台灣法律史學會之論文彙整而成的論文集，在全部共8篇中，有6篇屬於「僅討論日治時期」者。參見台灣法律史學會、劉恆奴、曾文亮、劉晏齊編，台灣法律史的探究及其運用，頁141-303（2016年）。

64 筆者目前在臺灣大學法律系及歷史系、臺北大學法律系，也曾在政治大學歷史系及臺史所、臺灣師大臺史所，開設過這類課程，故有此了解。

65 臺灣各筆土地的地號，可追溯至日治初期所做的土地調查。臺灣戶政機關內就親屬關係所為之記載，始自日治時期；現行法甚至以日治時期警察機關所做的戶口調查簿，當做原住民身分認定的依據。臺灣人清治時期傳統的大小租土地關係、胎借關係，於日治初期分別被轉化為現代的「一田一主」歐陸式所有

卻對開啟臺灣法律現代化歷程的日治時期法律非常陌生，甚或視此為某個人或某幾個人的「獨門功夫」，到底其比較在乎的是一般人民在地的法律生活，還是外國最新的立法例、判例或學說呢<sup>66</sup>？這般的有歷史經驗、卻無歷史記憶，是否「身為臺灣人的悲哀」？

姑且擱置在研讀臺灣史後油然而生的激情，再回到學術的基本面，談學科化的問題。如前已述，中國史與臺灣史各有其特定的關懷，於今筆者及其他臺灣法律史研究者，已針對向來在臺灣的中國法制史研究所未著重、但係了解臺灣的法律所需者予以補充，一併作為研究臺灣法律史的根據。就臺灣清治時期法律史，除了晚近蓬勃發展的臺灣史研究已提供通史方面廣泛的知識外，臺灣法律史研究者已運用可結合清治臺灣之人事時地物的《淡新檔案》，描繪出當時臺灣在地的法律生活經驗<sup>67</sup>。如同研究日治時期，須了解日本治臺前的明治前期<sup>68</sup>、治臺時其自身的法律史<sup>69</sup>，研究國治時期或中華民國時期，也須掌握國民黨政權治臺前、治臺時的民國時代中國（1911-1949）法律史。在臺灣，專攻中國法制史的學者已有許

---

權、借貸的債權關係與稱為「胎權」的擔保物權，同時引進最高限額抵押權制度。今天作為最高司法機關的司法院，仍座落於日治時期作為最終審法院的高等法院所在的建築物。參見王泰升，台灣法律史概論，5版（註15），頁291-295；王泰升，台灣日治時期的法律改革（註30），頁398-399；王泰升，台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、領域與法文化，臺大法學論叢，44卷4期，頁1671-1673（2015年）。

66 日本有學者對戰前日本的法學，評論為：「法學很少深入我們身邊的現實社會，反而對西歐的學界動態有著十分敏銳的反應」，當今臺灣的法學者應反省是否我們也陷入類似的情境？山中永之佑等著，堯嘉寧、阿部由理香、王泰升、劉晏齊譯，新日本近代法論，頁380（2008年）。

67 參見王泰升、堯嘉寧、陳韻如，「淡新檔案」在法律史研究上的運用：以台大法律學院師生為例，台灣史料研究，22期，頁30-71（2004年）；王泰升、曾文亮、吳俊瑩（註20），頁421-469；林文凱，土地契約秩序與地方治理——十九世紀臺灣淡新地區土地開墾與土地訴訟的歷史制度分析，國立臺灣大學社會學研究所博士論文（2006年）。

68 王泰升，台灣日治時期的法律改革（註30），頁46-61。

69 山中永之佑等著，堯嘉寧、阿部由理香、王泰升、劉晏齊譯（註66），頁11-12。

多關於中國清末民初以及大理院的研究成果<sup>70</sup>。臺灣法律史研究者所增添的研究是，成為戰後臺灣統治階層的中國國民黨政權，在中國訓政時期的法政運作方式，以及國民黨主政下最高法院及各級法院在中國的運作實況及其文化<sup>71</sup>。這些研究有助於理解擁有這些歷史經驗的國民黨政權及戰後來台的外省族群，如何與承襲日治經驗的本省人（福佬、客家、原住民）族群，共同寫下戰後臺灣的法律史。輔以前述《最高法院遷台舊檔》，具有學術深度的戰後臺灣法律史，已揚帆待發。

在時間及能力等因素下，目前對於荷西、鄭治兩時期法律史之研究較乏善可陳，僅能依既有的史學作品描繪其大概的情狀<sup>72</sup>；惟無論如何，臺灣法律史從原住民族自治時代，到當今政黨輪替時代，「兼顧縱向延續性的斷代史研究」業已初具規模。關於原住民族，筆者首先在1997年的研究計畫及前揭2001年教科書，依上述臺灣法律史斷代架構，描述原住民族自治時代的法律，及其後各斷代對待原住民族的法律<sup>73</sup>，彌補臺灣的法學論述幾乎都忽略原住民族的缺憾。由於在思考臺灣的「法治」問題時，意識到原住民族有其獨特性，故於2011年根據臺灣總督府檔案等史料，解析作為臺灣第一個現代型國家的日本政權，在法律面向如何對待原住民族<sup>74</sup>。為

---

70 例如，黃源盛，中國傳統法制與思想（1998年）；黃源盛，民初法律變遷與裁判：1912-1928（2000年）。

71 以筆者為例，參見王泰升，清末及民國時代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，頁105-162（2007年）；王泰升（註58），頁69-228；王泰升，臺灣司法官社群文化中的中國因素——從清末民國時代中國追溯起，政大法學評論，142期，頁1-46（2015年）。

72 王泰升，台灣法律史概論，5版（註15），頁23-31。

73 參見王泰升，台灣原住民的法律地位，行政院國科會專題研究計畫成果報告1997年，計畫編號：NSC86-2414-H002-005（未刊行）。《台灣法律史概論》各章在討論各項主題時，都會交代與原住民族相關者，但並沒有抽出這一切而以專章為原住民族進行論述。

74 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，頁1-98（2011年）。

呼應司法院終於願意採取筆者早在2003年即主張的法院內設置原住民專庭<sup>75</sup>，於2013年表示應「在法學與國家法中看見原住民族法律」<sup>76</sup>。臺灣法律史當然可嘗試以原住民族為敘事主體，單獨建構縱向的族群史；筆者於2015年論述臺灣歷來政權對原住民族的法律措施時，特別留意國家法律與原住民族固有法律相互之間的關係<sup>77</sup>，即視國家與原住民族為兩個應對話的主體。

臺灣法律史研究者所使用的學術語言，相當的多元。筆者於1990年代是先以英文撰寫、再改寫為華文；從2000年代迄今，主要以華文創作，再被翻譯為日文、英文、韓文，另輔以英文創作<sup>78</sup>。後來更多的臺灣法律史研究者於美國、臺灣、日本、法國取得博士學位，因此其學術作品使用英文、華文、日文、法文。還有幾位日本的學者，也以日文進行臺灣法律史研究<sup>79</sup>。凡此均有助於國際學界對臺灣法律史研究的認識，進而視其為有別於中國法律史、日本法律史的一個學科。

## 二、展開兼顧橫向具時空性的比較法史研究

臺灣法律史既有的內涵雖已足以自為學科，但其確實還有再精

---

75 參見王泰升，附論——彌補世紀創傷的第一步：設置原住民專業法庭，收於：台灣法的世紀變革，頁365-373（2005年）。

76 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，頁1-46（2013年）。此外，亦曾為文呼籲國家法應承認平埔族人具有原住民身分，參見王泰升、陳怡君，西拉雅族人的原住民身分認定問題，台灣法學雜誌（註51），頁12-25。

77 王泰升（註65），頁1639、1643。

78 譯為日文的代表作：參見王泰升著，鈴木賢、松田惠美子、西英昭等譯，台灣法における日本の要素（2014年）。英文創作的論文，例如：Tay-sheng Wang, *The Legal Development of Taiwan in the 20th Century: Toward A Liberal and Democratic Country*, 11 PAC. RIM L. & POL'Y J. 531 (2002); Tay-sheng Wang, *Translation, Codification, and Transplantation of Foreign Laws in Taiwan*, 25 WASH. U. L. REV. 307 (2016).

79 例如鈴木賢、後藤武秀、宮畑加奈子、西英昭、松田惠美子等教授，參見蔡秀卿、王泰升編，台灣法入門，頁230（2016年）。



進的空間，為此可採取的方法之一是：「展開兼顧橫向具時空性的比較法史研究」。前述從世界史的眼光看臺灣的法律發展，即此處所談的比較法史研究。例如荷、西治臺的法律，必須放在當時西歐法制狀況來理解，而該狀況是什麼，須參考歐陸法律史。殖民地臺灣的法律若與殖民母國一樣，想必出自法律移植，若不一樣則需探究原因。一樣是殖民地，若在臺灣的法律與在爪哇的不一樣，亦需探究原因。透過對同一時間之不同空間所為的比較研究，或許更能精確地理解當時的臺灣本身。西歐在進入近代後所發展出來的法規範，於19世紀末才經由日本統治而被施行於臺灣。同樣的法規範，在不同的時間與空間，所具有的社會意義一樣嗎？亦屬比較法史，而不單純是殖民主義的問題。從這個面向，方可考量全球性的西方勢力崛起後對東亞具支配性的影響，而非眼中只有臺灣內部的殖民與被殖民關係。接著，美國法在戰後被引進臺灣者不少，這些美國式法規範過去如何在美國被形成<sup>80</sup>，在怎樣的情境下、被移植到怎樣的社會條件下的臺灣<sup>81</sup>，也是臺美比較法史的重要議題，且能更透徹地了解臺灣自身的法律。

比較法史的研究取徑，還可讓專攻其它地域法律史之研究者，有機會接觸臺灣法律史，甚或進行共同研究。臺灣法律史研究在國際學界已累積一定數量的文獻，使得跨國，尤其是東亞各國之間的比較研究，成為可能。例如同樣處於移植西方法制的所謂「法律現代化」壓力下，20世紀前半葉的臺灣、日本、韓國、中國，各自以什麼樣的方式回應呢？當時臺、日、韓同屬於日本帝國，臺、中則同以漢族為主，在這樣「同」的情況下，若有所「異」，其原因是什麼？透過相互比較，或更能看出己身的特色，亦有助於相互了解

---

80 華文讀者可參見：Lawrence M. Friedman著，劉宏恩、王敏銓譯注，美國法律史（2016年）。

81 例如美國的軍事審判制度，在1950年代臺美軍事同盟的情境下，名目上被引進臺灣於1956年制定的「軍事審判法」。王泰升，臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」，頁184-187（2015年）。

與接納，甚至可形成整個東亞的理論，持之與某些根據拉丁美洲經驗所建構的理論對話。

### 三、增進與各種理論及學科的交流

不止是筆者個人，每位研究者都有其獨特的學術成長歷程，故均可擷取其所接觸過的各種學說理論，作為研究臺灣法律史的資源。惟須區分「為了闡釋理論」與「為了詮釋臺灣」，兩者終究不同，臺灣法律史研究著重的是後者。臺灣法律史的學科化，可讓「詮釋臺灣」成為一種不但存在、且被尊重的選項。10餘年前曾有一位臺灣史資深研究者對筆者直言，沒必要總是在論文的起頭交代為什麼要研究臺灣，難道研究臺灣需要理由嗎？不過，在臺灣法律史研究欠缺學術名分的情形下，有時不能不先自我表白或辯護。記得有一位研究「清史」的學者，曾在進行學術評論時，指摘我過度重視《淡新檔案》，忽略了資料更豐富的四川《巴縣檔案》。但對於旨在詮釋臺灣之法經驗事實的臺灣法律史，資料豐富與否不是重點，關鍵在於《巴縣檔案》裡看不到臺灣，不能用以了解清治時期的臺灣。若出於比較法史或中國史的關懷，欲探究清朝統治下的中國大陸或四川，與清治臺灣之異同，則當然有必要研讀《巴縣檔案》<sup>82</sup>。

此外，透過與其它學科之間的跨學科交流，經常能觸發更多臺灣法律史的問題意識，或獲得更多詮釋法律事實的靈感，還可讓其它學科的研究者意識到臺灣法律史知識的必要性。這是我個人在歷史系所開課，與史學研究者一起進行整合型研究計畫，參與「臺灣制度與經濟史學會」的小小心得。

---

<sup>82</sup> 亦參見前註20。

## 伍、結語：堅持與等待

在臺灣「苦悶的歷史」下<sup>83</sup>，臺灣法律史起初只能因緣際會地由一個海外留學生，以個人學說的方式提出，且20多年來只磨這一劍。再於20年前，在黃宗樂教授登高一呼下，成立了台灣法律史學會<sup>84</sup>。於今關於臺灣法律的各個斷代史已經逐一初步形成，研究方法上更是百花齊放，也不斷進化。或以史學知識進行法律論證，或將法學整合進入史學論述。或藉由與更多地域法律史的結合，進行比較法史之研究，以增加臺灣法律史的深度。或與人文社會領域各種理論對話，不但以臺灣法律史闡釋各該理論，亦可從臺灣法律史歸結出新的、跨境或在地的理論。臺灣法律史之成為一個學科，時機已到。

1990年代臺灣政治自由化、民主化之後，臺灣作為一個國家主體的光榮感逐漸浮現，才有倡導臺灣法律史的學者，從一個變成數個，並在解嚴後十年的1997年成立專業學會。然而，在臺灣自身的法律上，迄今臺灣還不是一個國家。從2001年的臺灣法律史教科書，到2015年關於臺灣法律現代化的學術專書<sup>85</sup>，不論外在的政治環境如何，筆者一貫地指出一項事實：中華民國中央政府於1949年年底移至臺灣後，一直以臺灣（臺澎金馬）為統治地域，管轄該地域上的人民，營運一個主權國家，但其卻將原統治中國時以「中國」為國族想像的憲法，當成其營運中、在臺灣的這個國家的憲法<sup>86</sup>。目前臺灣政府在中國強權的武力要脅下，不願明白調整憲法

---

83 語出王育德，*台灣：苦悶的歷史*（1979年），這也是筆者在西雅圖華盛頓大學東亞圖書館內所讀的第一本臺灣史。

84 1997年10月18日成立「台灣法律史學會」，創會理事長為黃宗樂教授。參見台灣法律史學會、劉恆奴、曾文亮、劉晏齊編（註63），發刊詞。

85 王泰升，*台灣法律史概論*，5版（註15），頁117；王泰升（註15），頁132；王泰升（註81），頁79。

86 此一現象起因於，1949年年底出現的這個以臺灣為領域的事實上國家，第一任總統蔣中正為了保有重返中國執政的名分，需要維持中華民國憲法之有效性，

上的國族想像，故長期宰制臺灣法律社群之以中國為中心的法律史思維（經常被聯想到的是唐律、清末民初等），得以延續，「臺灣」仍舊只有附帶被提及的份（例如依附於清律之研究，但並不存在於記述唐律或清末民初中國的歷史當中），臺灣法律史因而難以被學科化。

臺灣作為來自（今稱）中國之漢人的移墾地，相當於西方人語境中的殖民地（colony）<sup>87</sup>，故臺灣法律史之於中國法律史，猶如美國法律史之於英國法律史，各有其學術上的定位<sup>88</sup>。惟美國在法律上已從殖民地提升為國家，故較易於有自己的法律史，具有悠久學術研究傳統的英國或歐洲的法律史，在美國僅僅作為其法律淵源之一<sup>89</sup>。學術脫離不了政治，在政治尚未改變之前，學術上應堅持

---

以建構所謂的「法統」，支撐「其餘由中國人民組成之政府」的說詞。在此略過無實權的嚴家淦，繼任總統的蔣經國承襲其父的權威而繼續為政治強人，雖進行法制調整，以避免憲法上領土宣稱造成本省人政治菁英參政受阻，而降低其統治的內部正當性，但不願根本變動對國民黨威權統治有利的憲法架構；不過此時的中國（中華人民共和國），為了保有併吞臺灣的名分，亦不希望臺灣政府改變其國家領土包括中國大陸的法律上宣稱。中國之憑藉武力反對臺灣放棄蔣中正所持的中國國族想像（臺灣為中國一部分），可能是其後李登輝、陳水扁、蔡英文等總統，仍維持蔣中正當年確立的憲法上領土宣稱的主要原因，但馬英九總統則可能原本就支持蔣中正的中國國族想像。參見王泰升（註81），頁80-84、97-105。

87 參見Tonio Andrade著，鄭維中譯，福爾摩沙如何變成臺灣府？，頁222-223（2007年）；Wen-hsiung Hsu, *Chinese Colonization of Taiwan* (1975) (unpublished Ph.D. dissertation, University of Chicago) (on file with author). 這項論述已認知到：漢人移民入臺前、原居住於島上者為原住民族，清治212年係漢族取代原住民族而成為臺灣主要人口的關鍵時期。鄧津華教授認為清朝對臺灣的統治，亦展現與西方「殖民主義」相似的性格，例如領土征服、政治控制、經濟剝削、文化霸權等，並指出：「藉由承認歷史上清朝在臺灣的存在具有殖民性質，我們便能將後殖民批評延伸、應用在漢人對待臺灣原住民的方式上。」惟縱今在問題意識上可獲得西方後殖民理論的啟發，最好還是不依賴西方人語境中所謂「帝國主義」、「殖民主義」，而是以漢族當時的概念，詮釋清朝之將版圖擴張至臺灣。參見Emma Jinhua Teng（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），頁10-13、289-300（2018年）。

88 王泰升，具有歷史思維的法學（註1），頁43。

89 美國法律史在論述上先談美洲原住民族的法律，參見MICHAEL GROSSBERG & CHRISTOPHER TOMLINS EDS., *THE CAMBRIDGE HISTORY OF LAW IN AMERICA VOLUME*

的是，不斷地深化知識本身，也就是臺灣法律史的內涵。學科的內涵總是與時俱進，例如日本於明治初期剛引進西方法制時，法學教育機構竟區分為講授法國法者及講授英國法者兩個系統，直到1889年後、諸多日本的法典出現了，才轉變為以講授本國法為學科核心，外國法退居參考科目<sup>90</sup>。中華民國法制自1949年脫離屬原生地的中國，而僅施行於臺灣，迄今已達70年；臺灣的法學教育對其之認知，因此亦從原本「中國的」，逐漸改為「臺灣的」法律規範。只要再將法學關懷面向擴及被規範的人，亦即臺灣社會，自然在溯源時會採取上揭的臺灣法律史。耳邊彷彿響起「守著陽光守著你」那首歌，守著臺灣法律史研究，同樣需要「等待的歲月」<sup>91</sup>。

身為臺灣法律史研究的「園丁」<sup>92</sup>，所做的只不過是「整地」的工作。這塊田地，亦即這個學科，還有待更多的人，一起來播種、灌溉，方能歡呼收成。

---

1: EARLY AMERICA (1580-1815), at 32-33 (2008); GEORGE S. GROSSMAN, THE SPIRIT OF AMERICAN LAW 4-5 (2000)。亦有學者從白人的殖民地時期法律，開始談美國法律史，參見Lawrence M. Friedman著，劉宏恩、王敏銓譯注（註80），頁47-52。今之美國法中的普通法源自英國，故若編排目的是提供法律適用上可資運用的法律史資料時，可回溯至1215年英國的大憲章（Magna Charta）等，例如KERMIT L. HALL, PAUL FINKELMAN & JAMES W. ELY, JR., AMERICAN LEGAL HISTORY CASES AND MATERIALS (3d ed. 2005)。臺灣法律史若編排目的是提供今之臺灣法，進行解釋適用時所需史料，亦可回溯至清末民國時代中國的法律或判例，不過其不像英美普通法可將判決先例直接作為法律適用上法源。

<sup>90</sup> 參見手塚豐，明治法學教育史，頁199-200、205-206（1988年）。

<sup>91</sup> 「守著陽光守著你」是筆者1982年大學剛畢業時，最喜歡的一首歌，「讓我執起你的手，在等待的歲月中，我已經學會了不絕望，守候著你，我就守候住一身的陽光。……什麼樣的信約，可以等候三世，什麼樣的記憶，可以永不遺忘，什麼樣的思念，可以不怕滄桑，什麼樣的日子，可以讓你不再流淚，讓我不再心傷。（守著陽光守著你）」在此，誠摯地感謝20多年來，陪我守著臺灣法律史研究，走過臺灣法律史研究「等待的歲月」的學界好友和學生。一位人文社會的研究者，一生一世總期望有朝能似櫻花滿開般著書立說，然綻放亦為凋零的開始，唯盼如櫻吹飄落大地，宣告一個美麗的結束，並預約下一個櫻花季的到來。

<sup>92</sup> 在談到整編日治法院檔案時，筆者曾表示：「就好比是面對無人聞問一片荒蕪，只好自己先拿起鋤頭來墾地的園丁」。王泰升，日治法院檔案的整編與研究，臺灣史研究，16卷1期，頁193（2009年）。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- Emma Jinhua Teng (鄧津華) 著，楊雅婷譯 (2018)，臺灣的想像地理：中國殖民旅遊書寫與圖像 (1683-1895)，臺北：臺大出版中心。[Teng, Emma Jinhua. 2004. *Taiwan's Imagined Geography: Chinese Colonial Travel Writing and Pictures, 1683-1895*. Cambridge, MA: Harvard University Press.]
- Lawrence M. Friedman著，劉宏恩、王敏銓譯注 (2016)，美國法律史，臺北：聯經。[Friedman, Lawrence M. 2005. *A History of American Law*. 3d ed. New York, NY: Simon & Schuster.]
- Tonio Andrade著，鄭維中譯 (2007)，福爾摩沙如何變成臺灣府？，臺北：遠流。[Andrade, Tonio. 2007. *How Taiwan Became Chinese: Dutch, Spanish, and Han Colonization in the Seventeenth Century*. New York, NY: Columbia University Press.]
- 山中永之佑、三阪佳弘、白石玲子、藤田正、岩谷十郎、出口雄一、中尾敏充、石川一三夫、吉井蒼生夫、菊山正明、林真貴子、高橋良彰、橋本誠一、近藤佳代子、高昌史人、矢野達雄、岩村等、小沢隆司著，堯嘉寧、阿部由理香、王泰升、劉晏齊譯 (2008)，新日本近代法論，臺北：五南。[山中永之佑編 (2005)，新·日本近代法論，京都：法律文化社。]
- 王泰升 (1995)，台灣主體性的法律史研究，律師通訊，192期，頁37-64。
- (1997)，台灣法律史的建立，臺北：自版。
- (1997)，台灣原住民的法律地位，行政院國科會專題研究計畫成果報告 (NSC86-2414-H002-005)。(未刊行)
- (2001)，台灣法律史概論，臺北：元照。

- (2002), 從日本公文書館史料探究日治台灣立法權運作實況, 收於: 台灣法的斷裂與連續, 頁261-291, 臺北: 元照。
- (2005), 多源而多元的台灣法: 外來法的在地化, 當代, 220期, 頁10-27。
- (2005), 「鬱卒」的第一代台灣法律人: 林呈祿, 收於: 台灣法的世紀變革, 頁71-101, 臺北: 元照。
- (2005), 台灣民事財產法文化的變遷——以不動產買賣為例, 收於: 台灣法的世紀變革, 頁323-373, 臺北: 元照。
- (2005), 附論——彌補世紀創傷的第一步: 設置原住民專業法庭, 收於: 台灣法的世紀變革, 頁365-373, 臺北: 元照。
- (2006), 導論, 收於: 台灣法律史的建立, 2版, 頁1-31, 臺北: 自版。
- (2006), 台灣主體性的法律史研究, 收於: 台灣法律史的建立, 2版, 頁35-56, 臺北: 自版。
- (2006), 撥雲見日的台灣法律史研究, 收於: 台灣法律史的建立, 2版, 頁57-96, 臺北: 自版。
- (2006), 台灣企業組織法之初探與省思——以合股之變遷為中心, 收於: 台灣法律史的建立, 2版, 頁281-343, 臺北: 自版。
- (2007), 清末及民國時代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, 頁105-162。
- (2008), 自序, 收於: 法務部編, 臺灣檢察史: 制度變遷史與運作實況, 頁III-V, 臺北: 法務部。
- (2008), 學說與政策交織下的日治台灣民事法制變遷: 以岡松文書為中心, 臺大法學論叢, 37卷3期, 頁47-95。
- (2009), 台灣法律史概論, 3版, 臺北: 元照。
- (2009), 國民黨在中國的「黨治」經驗——民主憲政的助

- 力或阻力？，中研院法學期刊，5期，頁69-228。
- （2009），日治法院檔案的整編與研究，臺灣史研究，16卷1期，頁169-201。
- （2010），來回穿梭於法律與歷史之間，新史學，21卷3期，頁187-232。
- （2010），具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證，臺北：自版。
- （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。
- （2011），四個世代形塑而成的戰後台灣法學，臺大法學論叢，40卷特刊，頁1367-1428。
- 王泰升（2013），在法學與國家法中看見原住民族法律，政大法學評論，134期，頁1-46。
- （2014），台灣日治時期的法律改革，修訂2版，臺北：聯經。
- （2015），台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、領域與法文化，臺大法學論叢，44卷4期，頁1639-1704。
- （2015），臺灣司法官社群文化中的中國因素——從清末民國時代中國追溯起，政大法學評論，142期，頁1-46。
- （2015），臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」，臺北：中央研究院臺灣史研究所、臺大出版中心。
- （2016），土地、人民、法律與歷史，收於：王泰升、薛化元、黃世杰編，追尋臺灣法律的足跡：事件百選與法律史研究，3版，頁260-273，臺北：五南。
- （2017），去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型，修訂版，臺北：臺大出版中心。
- （2017），台灣法律史概論，5版，臺北：元照。
- （2017），政府檔案的整編及學術上運用：一位臺灣法律史研究者的經驗談，國史館館刊，54期，頁165-182。



- (2018), 再訪臺灣的調解制度：對傳統的現代化轉譯，臺灣史研究，25卷1期，頁101-136。
- 王泰升、阿部由理香、吳俊瑩 (2015)，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，臺北：五南。
- 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。
- (2013)，從「認同」到「認定」：西拉雅族人的原住民身分認定問題，台灣原住民族研究學報，3卷2期，頁1-20。
- 王泰升、堯嘉寧、陳韻如 (2004)，「淡新檔案」在法律史研究上的運用：以台大法律學院師生為例，台灣史料研究，22期，頁30-71。
- 王泰升、曾文亮、吳俊瑩 (2015)，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，頁421-469。
- (2018)，追尋記憶中的台北律師公會會館——啟動律師業的轉型正義，律師法學期刊，創刊號，頁1-62。
- 王育德 (1979)，台灣：苦悶的歷史，東京：台灣青年社。
- 王澤鑑 (1999)，法律思維與民法實例，臺北：自版。
- 台灣法律史學會、劉恆奴、曾文亮、劉晏齊編 (2016)，台灣法律史的探究及其運用，臺北：元照。
- 司法院司法行政廳編 (2010)，臺灣總督府檔案司法文書選輯，臺北：司法院。
- 何鳴 (2010)，精彩《追夢教授》王泰升：無畏無悔鍾情台灣法律史——此生最浪漫的決定，在野法潮，4期，頁46-51。
- 吳豪人 (2004)，岡松參太郎論——殖民地法學者的近代性認識，收於：林山田教授退休祝賀論文編輯委員會編，戰鬥的法律人——林山田教授退休祝賀論文集，頁511-586，臺北：元照。
- (2017)，殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像，臺

北：臺大出版中心。

周婉窈（2016），臺灣歷史圖說，3版，臺北：聯經。

林文凱（2006），土地契約秩序與地方治理——十九世紀臺灣淡新地區土地開墾與土地訴訟的歷史制度分析，國立臺灣大學社會學研究所博士論文。

邱文聰（2008），被忽略的（立法）事實：探詢實證科學在規範論證中的可能角色兼評釋字第584號解釋，臺大法學論叢，37卷2期，頁233-284。

黃舒芃（2007），數字會說話？——從大法官釋字第584號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位，中研院法學期刊，1期，頁1-43。

黃源盛（1998），中國傳統法制與思想，臺北：五南。

——（2000），民初法律變遷與裁判：1912-1928，臺北：自版。

楊日然（2005），法理學，臺北：三民。

賴英照（2017），誰怕內線交易，臺北：自版。

戴炎輝（1971），中國法制史，3版，臺北：三民。

——（1979），清代臺灣之鄉治，臺北：聯經。

## 2. 外文部分

### (1) 日文

手塚豐（1988），明治法學教育史，東京：慶應通信。

王泰升著，後藤武秀譯（1996），台灣主体性の法律史研究，比較法，34号，頁171-202。[王泰升（1995），台灣主體性的法律史研究，律師通訊，192期，頁37-46。]

王泰升著，鈴木賢、松田恵美子、西英昭、黃詩淳、陳宛妤、松井直之、阿部由理香譯（2014），台灣法における日本の要素，臺北：臺大出版中心。

吳豪人（2006），植民地の法学者たち，收於：酒井哲哉主編，「帝

国」日本の学知（一）：「帝国」編成の系譜，頁123-169，東京：岩波書店。

蔡秀卿、王泰升編（2016），台灣法入門，京都：法律文化社。

齋川真（1993），法史學の位置と方法について，法制史研究，43期，頁117-197。

## (2) 西文

Cotterrell, Roger. 2005. *The Sociology of Law: An Introduction*. 2d ed. New York, NY: Oxford University Press.

Friedman, Lawrence M. 1975. *The Legal System: A Social Science Perspective*. New York, NY: Russell Sage Foundation.

Grossberg, Michael, and Christopher Tomlins, eds. 2008. *The Cambridge History of Law in America Vol. 1: Early America (1580-1815)*. New York, NY: Cambridge University Press.

Grossman, George S. 2000. *The Spirit of American Law*. Boulder, Colorado: Westview Press.

Hall, Kermit L., Paul Finkelman, and James W. Ely, Jr. 2005. *American Legal History Cases and Materials*. 3d ed. New York, NY: Oxford University Press.

Hsu, Wen-hsiung. 1975. Chinese Colonization of Taiwan. Unpublished Ph.D. dissertation, University of Chicago (on file with author).

Wang, Tay-sheng. 2002. The Legal Development of Taiwan in the 20th Century: Toward A Liberal and Democratic Country. *Pacific Rim Law & Policy Journal* 11:531-559.

Wang, Tay-sheng. 2015. *Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule, 1895-1945: The Reception of Western Law*. Reprt. Seattle, WA: University of Washington Press.

———. 2016. Translation, Codification, and Transplantation of Foreign Laws in Taiwan. *Washington International Law Journal* 25:307-329.

## The Emergence of Taiwanese Legal History and Its Becoming a Discipline

*Tay-Sheng Wang\**

### Abstract

This article explains the specific circumstances and knowledge network under which the author has proposed his interpretations on Taiwanese legal history. However, it is necessary and feasible, this article argues, for the Taiwanese legal history studies to become a discipline. Taiwanese legal history, the author argues, has not adopted a China-centered approach so that it could focus on the relationship between Taiwan itself and its neighboring East Asian countries. From a global viewpoint, Taiwan's legal history has multiple origins, and this makes Taiwan's society diverse through the localization of foreign laws. Such a legal history needs its own terms to identify different phases.

As a branch of Taiwan studies, Taiwanese legal history learns essentials in shaping the discourse from various aspects. At the beginning, the “whole process of the development of law” is illustrated from the viewpoint of empirical science, and then that is further interpreted as the “whole process of the development from statutes to legal society and their possible interactions” in order to employ these empirical facts in conducting legal reasoning for legislation and the application of law.

The accumulated academic knowledge of the author and other researchers on the law during the Japanese period is certainly helpful for

---

\* NTU Chair Professor, College of Law, National Taiwan University; Joint Appointment Research Fellow, Institute of Taiwan History and Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.

promoting Taiwanese legal history to be a discipline, but the purpose of this promotion is to enhance our understanding of legal facts in Taiwan, rather than to support certain theories of scholars. There have existed legal discourses for various historical periods and all ethnic groups in Taiwan, which will become more advanced due to exchanging ideas with lots of theories and academic fields. Nevertheless, it is not easy to change the ideas of the general public and academics. We should continue to deepen the knowledge relating to Taiwanese legal history while waiting for this change.

KEYWORDS: legal history, Chinese law, Japanese law, indigenous law, Western law, comparative law, Taiwan studies, empirical science.