

來回穿梭於法律與歷史之間*

王泰升

本文主旨在於說明筆者於過去 20 年間，藉由法律與歷史、當為的規範與存在的事實、法學與史學之間的來回穿梭學習，發現了某些早已存在卻一直被忽視的現象，或從某一個角度來思考一般人習以為常的論述。例如戰後臺灣法學界就法律的現代化，向來僅從清末與民國時代中國，亦即以外省族群的歷史經驗入手。然而被忽略的是，福佬、客家、原住民等族群與現代型法制的第一次接觸，實係長達半世紀的日本殖民統治。於戰後，帶著日治所遺留的法律生活經驗的臺灣社會，即與甫來自民國時代中國的中華民國法規範，相互滲透地形塑出當今臺灣的法律與社會。接著舉出數例擬說明，若欲探究臺灣在進入施行現代型國家及法律的年代所發生之歷史事實，實不能不參考某些現代法學知識。正因所關心的不僅是現行的法規範，而擴及包含著施行過去法規範之遺緒的法社會，故提出：由於在歷史上具有「多個源頭」，以致當今臺灣法社會呈現出「多元」的風貌。最後擬討論，應如何在顧及「法」字意涵今昔之別的情形下，書寫 / 描述過去的法律。並為此目的而精簡地交代今之法是什麼，且於適當之處比較其與過去的法律之異同，以供在學術研究上同時涉及法律(學)與歷史(學)者參考。

關鍵詞：法律繼受 日治時期 臺灣法律史 傳統中國法 法學

*本文初稿承蒙新史學編輯委員會惠賜審閱意見，獲益良多，至為感謝，但文責當由筆者自負。

本文主旨在於說明自己某些既有或即將發表的學術論點的形成過程。但與其說本文在於回顧個人的研究歷程，不如說是在於反思因著某種特定關懷進而探究某特定議題的過程。從 1989 年 9 月初以執業律師的身分前往美國法學院念書開始，迄今 20 個年頭，就在法律與歷史、當為的規範與存在的事實、法學與史學之間來回穿梭。因此，我「看」到了某些早已存在卻一直被忽視的東西，也把一般人習以為常的事，從另一個角度來觀察。至於最終要自我定位在探究堅實且理性的法律適用或制定，還是徜徉於浩瀚且感性的歷史論述呢？或許只能留待另一個二十年來決定。

一、日治時期法律史研究的浮現

(一)日治時期法律經驗的意義與再現

故事要從 1990 年 2、3 月間，在美國的法學院裡的學習經驗談起。美國或國際學界對於東亞法律之研究，相當重視東亞在十九世紀現代化(modernization)之前，具廣泛宰制力的「中華法律傳統」(Chinese legal traditions)。作為臺灣的執業律師，筆者所感興趣的議題是，為何沿襲自近代西方法制的中華民國法制在民國時代中國社會(1911-1949)處處碰壁、難以推動(至美國修習此課程後方知這項事實)，然而二次大戰後，這套中華民國法制——至少其中的民、商法部分——卻能在同屬以華人為主的臺灣社會運作地有模有樣？緣於筆者自身福佬族群的家庭經驗，自然意識到臺灣社會的「日本時代」或許在此中扮演關鍵角色。於是進而追問：那麼日本時代的法律是什麼？¹

¹ 我在臺灣接受 4 年大學部 3 年研究所、共計 7 年法學教育，竟然對家鄉不

1990 年代之前的臺灣主流教育對於日治時期的臺灣史著墨極少。其歷史論述基本上是以中國的清末民初來化約這一段歷史經驗。我在華盛頓大學的經驗以及歷史疑問，使我決定「要回」這一段可以稱之為被遺忘的歷史。為此，1990 年的春天，筆者改變原本的人生規劃並放棄既有的事業基礎，從一片空白開始，一點一滴地認識臺灣包括法律面向在內的歷史。基於能力的考量，起初只能先「救回」自己所屬族群的歷史，故以日治時期法律上所稱的「本島人」，亦即福佬、客家族群以及原住民族中的平埔族，與日本殖民統治當局引進之現代式法制的接觸及所受的影響，作為論文題目，攻讀博士學位。²在尊重差異的前提下，就原住民族的法律經驗，須待 1990 年代晚期才開

到 50 年前所施行的法律是什麼，完全不知。我對臺灣法律史的疑惑，竟必須透過美國法學院東亞法中心和東亞圖書館得到解答。當時情景不得不自然升起「被偷的一代」(the stolen generation)的強烈感受。所謂「被偷的一代」原指戰後澳大利亞白人政府，曾經將某些原住民族的小孩送給白人家庭養育，以使其斷絕與原住民族歷史文化間的紐帶，後來澳大利亞政府已為此滅絕文化的措施向原住民族道歉，但這個世代的原住民族已失去對民族固有文化的認知。在臺灣，於 1990 年代之前，國民黨政府的教育政策獨尊華語、禁止使用當地語言，且只講述民國時代中國的歷史，幾乎不談日治時期臺灣歷史，以致福佬、客家、原住民等族群在學校受教育的一代，不能理解或甚至鄙夷其上一代的語言文化。這等於是國家制度性暴力，剝奪新生代了解其父母或祖父母的機會。參見王泰升，《臺灣法律史概論》(臺北：元照出版公司，第 3 版，2009)，頁 187-188。

² 1992 年 12 月完成論文，取得西雅圖華盛頓大學法學博士學位，該論文於 1999 年出版華文版、2000 年出版英文版、2010 年出版日文版。參見王泰升，《臺灣日治時期的法律改革》(臺北：聯經出版事業公司，1999)；Tay-sheng Wang, *Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule (1895-1945): The Reception of Western Law* (Seattle, Wash.: University of Washington Press, 2000)；王泰升著，後藤武秀、宮畑加奈子譯，《日本統治時期台灣の法改革》(東京：東洋大学アジア文化研究所，2010)。

始著手研究。³按同屬臺灣人民的外省族群在清末民國中國的法律經驗，從臺灣法律史的角度，亦有深化研究的必要。⁴從 2005 年起亦嘗試以新的史料，包括民國時代中國的法學論著、國史館所藏國民政府檔案等，將來還有可能運用「最高法院遷臺舊檔」，探究這段屬於外省族群、且嗣後影響戰後臺灣法政發展甚鉅的歷史。⁵

(二)對法學界既有之法律繼受論述的衝擊

戰後臺灣法學界有關「法律繼受」的論述，僅以「中國」，亦即以外省族群的經驗為準。臺灣的法學界於戰後脫離原本之由日本法學者宰制，轉換成由甫來自民國時代中國的法學者主導，點綴著幾位曾

³ 參見王泰升，〈臺灣原住民的法律地位〉，未出版之國科會研究報告，1997 年。基於此項研究方能在第一本關於臺灣法律史的教科書(王泰升，〈臺灣法律史概論〉[臺北：元照出版公司，初版，2001])，納入原住民的法律觀及其在各時代的法律上處境。於 2009 年 12 月完成的〈日治時期高山族原住民的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心〉，已獲《臺大法學論叢》之「接受刊登」。

⁴ 這一點筆者在 1997 年以專書向臺灣學界宣告「臺灣法律史的建立」時，即已明確表達。參見王泰升，〈導論〉，收入氏著，〈臺灣法律史的建立〉(臺北：作者自刊，1997)，頁 29。

⁵ 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(臺北，2007.9)，頁 105-162；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(臺北，2009.9)，頁 69-228。筆者於 2007 年 10 月間伴隨司法院前往最高法院木柵庫房勘查而發現「最高法院遷臺舊檔」，其係中華民國最高法院於 1949 年遷臺時，所攜來之某些發生於中國大陸、於 1940 年代或更早之時繫屬於法院但經上訴至最高法院的民刑事案件，包括各案件從第一審法院到最高法院的審判卷宗。目前由中研院近史所、臺史所進行整編，可能數年後即可用於學術研究。

受日本法學教育的臺灣本地的法學者。⁶按東亞社會從十九世紀後半葉起開始將近代西方，特別是歐陸的法制，漸次採取為本國的國家法制，法學界通稱為對西方／西歐法律的「繼受」。東亞各國實際上的繼受過程乃至內容不一，日本、中國、韓國的學者通常也聚焦於討論本國的情形。對剛從中國大陸移居臺灣的外省族群法學者而言，這條繼受現代法(modern law，亦即具有現代性[modernity]的法律)的路線，是從中國清末現代型法典的起草開始，經民國建立後北洋政府的若干修改，再至南京政府於 1929-1935 年的一連串現代型法典的公佈施行。且於 1949 年中華人民共和國政府建立後，這些仍認為在臺灣的中華民國政府即「中國政府」的法學者，將現實上只在臺灣施行的中華民國法制的歷史淵源，求之於前述民國時代中國的法制變遷歷程。

少數了解臺灣社會是在日本殖民統治下繼受現代型法制的「本省人」法學者，例如戴炎輝、蔡章麟、洪遜欣等，僅僅在作為「地方志」的《臺灣省通志稿》，提到臺灣曾在日治時期施行現代型法制。⁷更重要的是，在 1950 年代至 1980 年代，以國家法律強制人民僅能接受中國國族主義(主張以臺灣作為獨立國家者被認為係觸犯叛亂罪)的政治氛圍底下，以法制史大家著稱的戴炎輝教授，不曾將其有關日治時期法律的觀察，甚至幾乎不將其以臺灣社會為觀察對象、運用《淡新檔案》所寫的《清代臺灣之鄉治》，帶入其所任教的臺大法學教育當中。⁸

6 就臺灣法學教育史已另有專文，於此不再論述，請參見王泰升，〈臺灣法學教育的發展與省思——一個法律社會史的分析〉，《臺北大學法學論叢》，68(臺北，2008.12)，頁 9-15。

7 參見戴炎輝、蔡章麟撰，《臺灣省通志稿·卷三政事志司法篇》(臺北：臺灣省文獻委員會，1955)，第 1 冊，頁 6、141-318；洪遜欣、陳世榮撰，《臺灣省通志稿·卷三政事志司法篇》(臺北：臺灣省文獻委員會，1960)，第 2 冊，頁 1-369。

8 在大學部課程中只有「中國法制史」，研究所亦僅開設有關於唐律的課程。

從而，戰後在臺灣受法學教育者，雖然大多數係屬於經歷日治時代的福佬、客家族群，⁹但談到法律西方化／現代化及其對在地社會的影響，總是聯想到中國史上的「清末民初」，而不是臺灣社會俗稱的「日本時代」。例如，曾任臺灣法學會理事長的著名律師陳傳岳，憶及初入法律系時(1950年代)，對於與華人傳統文化相衝突的這套法制不太能接受，直到讀了王伯琦教授所著《中國固有文化與西洋法律思潮》，才以法律有必要進行「繼受」來說服自己繼續讀法律。¹⁰屬外省族群的王伯琦教授，所講的當然是中國之繼受西方法的過程。當時的臺灣學子根本沒機會知道，如林呈祿、鄭松筠等 1920 年代的臺灣法律人，就已經面對來自近代西方文明的現代法與漢族固有文化相衝突的困境，並力求尋找調適之道，¹¹按國民黨教育告訴學生的是：「臺灣人在日據時期不能念法律」。所以，今之臺灣整個法律專業社群，大多數安於過去所受教育之人，並不知道臺灣社會第一次接觸現代法，或者說是對西方法律的繼受，乃是在日治時期。

前揭日治時期法律經驗的再現，必衝擊到法學界有關「法律繼受」的論述。2005 年由司法院主辦的「百年司法展」，從臺灣社會在 1896 年出現第一所現代型法院，來定義「百年」，並首次用臺灣總督府司法行政文書及其法院判決等，描述日治時期的司法故事。¹²2006 年由

參見王泰升，〈從帝大到臺大的臺灣法律史研究與教學〉，《臺灣本土法學》，57(臺北，2004.4)，頁 11-13。

⁹ 參見王泰升，〈臺灣法學教育的發展與省思——一個法律社會史的分析〉，頁 15-16。

¹⁰ 參見王泰升、曾文亮，《二十世紀臺北律師公會會史》(臺北：臺北律師公會，2005)，頁 334。

¹¹ 參見王泰升，《臺灣日治時期的法律改革》，頁 120-123。

¹² 筆者負責此次展覽的展件選取及解說，其詳參見司法院司法行政廳編，《百年司法——司法、歷史的人文對話》(臺北：司法院，2006)，頁 8-73、

法務部主辦的「檢察世紀文物展」，雖從 1906 年清朝中國首次在一條條上採用歐陸的檢察官制度，來定義「世紀」回顧，但在展件中同時呈現日治時期臺灣總督府法院文書，以及清朝和民國時代中國法院文書。法務部在展件解說一開始是這樣說的：

由人民觀點，追溯我國目前的檢察制度，可從兩條軸線進行探索。一條係臺灣日治時期，自 1896 年起，日本殖民地政府中即有具有現代意義檢察官之設置；另一條現制的直接溯源，即中華民國政府遷臺前的檢察制度，其可追溯至中國清末 1906 年創建的檢察官制度。¹³

是以從臺灣法律史而言，2006 年時，可以說中華民國檢察制度剛好滿 100 年，而臺灣人民的檢察經驗則已達 110 年。¹⁴若本於上述「中華民國政府遷臺」之後，事實上已出現一個以臺灣為領域的主權獨立國家的政治事實(此尚未為現今臺灣國家法律規範所接納，亦即俗稱「維持現狀」之選項的內涵)，¹⁵則作為事實上國家的臺灣，乃是將「遷臺前……制度」

118-151、172-182。

¹³ 法務部編，《傳承歷史、航向未來——檢察世紀文物展展件說明》(臺北：法務部，2007)，頁 7。筆者參與此次展覽的展件選取以及撰寫大部分的解說，但引文這段並非筆者所寫。

¹⁴ 王泰升，〈自序〉，載於法務部編，《臺灣檢察史——制度變遷史與運作實況》(臺北：法務部，2008)，頁 IV。

¹⁵ 例如，為表現「體育與政治無涉」的國際奧委會，於 1959 年，面對中華民國政府和中華人民共和國政府皆在「法理論述」上自稱代表「中國」，乃基於國際法上「實質管轄領有論」原則，提出「實際控制體育領域」的「事實論述」，1960 年中華民國奧委會即以臺澎金馬為有效控制領域加入國際奧委會。參見張啟雄，〈「法理論述」vs.「事實論述」——中華民國與國際奧委會的會籍認定交涉，1960-1964〉，《臺灣史研究》，17：2 (臺北，2010)，頁 85-129。同樣的，臺灣在 WTO 也以「臺澎金馬單獨關稅領域」入會。這些「某某領域」都彰顯出臺灣(臺澎金馬)有主權國家之實質，卻在法理上未被承認。

當作本國的法制，亦即「繼受」了原施行於民國時代中國的中華民國法制。提出「臺灣繼受中華民國法制」的意義在於，「外來的」的中華民國法制有必要因應臺灣政治或社會之需求而修改，¹⁶一如依法律繼受的道理，外來的近代西方法制有必要配合各東亞社會之情勢而調整。¹⁷

當今臺灣的法學界，已有部分學者接受上述臺灣法律現代化「兩源說」。例如民法學大師王澤鑑教授，於 2009 年出版的《民法概要》中表示：

〔臺灣〕現行民法制定於民國十九年(1930)，迄今已達八十年，適用於臺灣超過六十四年(1945-2009)。這部制定於中國大陸的民法所以能在臺灣穩定的成長，其主要原因之一，係臺灣曾受日本統治(1896-1945)〔筆者註：從主權移轉而言宜自 1895 年起算〕，而日本與中華民國的民法基本上同係繼受德國民法，具有共同的歷史基礎，使臺灣的私法秩序不因政權的更替而受影響，得以繼

¹⁶ 較詳細的論述，請參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁 322-324。以下引用本書皆以第 3 版為準。

¹⁷ 早在 1956 年，王伯琦教授就沈浸於中華傳統的中國應如何繼受近代西方法制，認為應坦然而對外來(即「新的」)法律觀與固有(即「舊的」)法律觀之差異，其曾生動地說：「在大學一年級第一學期第一課所講的就是『人』，獨立自主具備平等人格的人。這樣的一個人，在倫常觀念及唐律體系裡怎能容納得下呢？在這樣的情況下，我們的法律〔筆者註：指繼受近代西方法制的中華民國法律〕始終難以在本地生根。」然而，仍有必要在固有文化的基礎上進行融合，王伯琦表示：「我們對於新的制度必須有深切的認識了解及體會，在我們的舊制度裡加以縝密的分析選擇，針對我們現時的需要，就其最相接近之處，予以闡發，這樣方能使新舊在精神上得到貫通，新舊文化才能得到融合。」見王伯琦，《中國固有文化與西洋法律思潮》(臺北：法務通訊雜誌社，1981)，頁 57、71。

續發展，更為成熟。¹⁸

上述見解似乎也呼應了筆者所持的淺見，亦即面對日治臺灣 50 年的法律史，宜將法律制定的動機與法律施行的結果分別看待。按日本政府在臺灣起初不施行、其後才施行日本民法典的財產法部分，動機上皆是出於各階段統治利益的考量，但在非屬原先動機的最終結果上，卻使日治下臺灣社會逐漸習於歐陸式資本主義民事財產法，有利於戰後繼續發展資本主義經濟。¹⁹

至於在臺灣的「中國法制史」學界，對於日治時期法律史，似以臺灣有其特殊政治際遇為由而認為有研究必要。²⁰不過，亦有以中國為歷史論述主體而論及「日據時期」臺灣法制的研究者，似不願就如何釐清日治時期的歷史事實來進行相互辯詰，²¹以致失去學術討論的

18 王澤鑑，《民法概要》（臺北：王慕華，2009），〈新版序言〉，頁 1-2。

19 筆者於 2002 年即以專文提出這項觀點，請參見王泰升，〈臺灣法的近代性與日本殖民統治〉，「東亞的法、殖民主義及近代性研討會」，光州：全南大學、韓國法制史學會，2002 年 9 月 27-28 日。該文其後收入王泰升，《臺灣法的世紀變革》（臺北：元照出版公司，2005），頁 39-69。另參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁 111、277-284。

20 在此主要是參考從事中國法制史研究的黃源盛教授的看法，其在 1993 年時即曾表示日治時期法律是「值得開發、研究與教學的新領域」，後來亦曾謂「一百多年來，臺灣政治環境際遇特殊，經歷了三個不同政權的更迭，……臺灣法史……研究上皆具有發展的潛力」，但或因專長之故，其迄今尚無這方面的作品，故不敢遽認其對日治時期法律經驗所持立場與見解。參見黃源盛，〈臺灣的中國法制史教育及其問題點〉，收入陳惠馨編，《中國法制史課程教學研討會論文集》（臺北：政治大學法律系、中國法制史學會，1993），頁 27；黃源盛，〈近十年來臺灣法史學教育的實證分析(1993-2002)〉，《法制史研究》，3(臺北，2002.12)，頁 332。

21 黃靜嘉律師於 1960 年曾出版《日據時期之臺灣殖民地法制與殖民統治》，筆者於 1990 年代研究同一法制時，對其所述同意者引用之，不同意但可為對話者亦記明此旨，參見王泰升，《臺灣日治時期法律改革》，頁 67 之註 11、76 之註 37、349 之註 87。然而，黃律師於 2002 年將舊作增補

意義。

(三)對史學界既有之日治歷史論述的質疑例舉

另一方面，以曾受法律專業訓練的背景，審視日治時期的原始史料時，不免對於史學界長年以來所認知的若干歷史事實，提出質疑。從下舉數例，或可顯現當臺灣進入施行現代型國家及法律的年代，在歷史事實的探究上，即有參考某些現代法學知識的必要。

1. 臺灣總督是三權合一的土皇帝嗎？²²

在此舉出 1896 年(明治二十九年)臺灣總督根據臺灣史向來最喜歡提

後再次出版時，不參閱筆者業已出版的華文版或英文版的博士論文，卻片段式解讀僅兩頁英文的「論文摘要」(按其似刻意忽略引文後緊接的：「但臺灣人為獲得這般由日本人主導的法律改革的副產品，付出極大代價」)，即謂：「是否得認為日本係臺灣法制之改革者(註 2)？這些溢美日本殖民統治的說法，如係出於無視歷史真相，已足令人扼腕；如係蓄意曲解，藉以貶抑對父祖原鄉之認同及紐帶，尤足令人慨嘆！」。按該「註 2」係：「參閱第 3 章第 2 節第 2 目註 6」，而該處註解則記載：「Tay-sheng Wang,……, 作者因而稱日本為臺灣法制之稱職的改革者(competent reformer)，見其論文摘要。」至於為什麼「這些」是「溢美」之詞的理由，卻只概括地說：「細譯本書各章之相關論述，即足提供……反證」，根本不言明到底針對何項事實、或何種說法，根據什麼史料或理由而有什麼不同意見，故也無從與之進行學術對話。從而，亦不知黃律師對筆者以外的法學研究者，例如王澤鑑教授曾表示的見解將做何評論？參見黃靜嘉，《春帆樓下晚濤急——日本對臺灣殖民統治及其影響》(臺北：臺灣商務印書館，2002)，頁 45、458、459、462。

²² 史學界通說肯定之，參見盛清沂等編，《臺灣史》(臺中：臺灣史文獻委員會，1977)，頁 491；黃昭堂著、黃英哲譯，《臺灣總督府》(臺北：自由時代雜誌社，1989)，頁 227-228。

及的「六三法」，所發佈的第一號律令的檔案，其部分內容如下(原係日文)。²³

臺灣總督府法院條例業經臺灣總督府評議會議決通過，並獲得勅裁，特此公布。

明治二十九年五月一日 臺灣總督伯爵樺山資記
律令第一號

……

第一條 臺灣總督府法院屬於臺灣總督管理，掌理就民事刑事所為之裁判。

……

由此可知總督以六三法所授權的律令來規範在臺灣的法院制度，是經過「勅裁」的。基於對戰前日本帝國的憲政體制的了解，可知「勅裁」雖由天皇發布，但在明治憲政體制下係由實際負政治責任的內閣會議議決後，始奏請天皇為之。再查閱日本公文書館所藏內閣檔案，更可確認臺灣總督府的律令案會先經內閣法制局實質審查與修改，再由總理及各部門大臣所組成的內閣會議進行實質討論，若閣議通過，天皇通常即刻批准以完成「勅裁」的法定程序。²⁴換言之，臺

²³ 《臺灣總督府公文類纂》，明治 29 年，永久保存，第 2 門官規官職，官制類，「臺灣總督府法院條例發布ノ件」。其翻譯及解說，亦可參見司法院司法行政廳編，《百年司法——司法、歷史的人文對話》，頁 122。

²⁴ 其實也不一定需檢視內閣檔案，研究者只要曾閱讀過日治時期唯一的法學專業期刊：《臺法月報》，就可以發現不論在日治前期或後期，臺灣總督府方面都提到律令案須通過法制局審查這一關，且並不容易。參見王泰升，〈從日本公文書館史料探究日治臺灣立法權運作實況〉，收入氏著，《臺灣法的斷裂與連續》（臺北：元照出版公司，2002），頁 263-264、284-285。在最近公開的《岡松參太郎文書》，亦可看到臺灣總督府官員為了律令案將受內閣法制局審查，而先向作為法學博士的岡松參太郎請教因應之道，其詳請參見王泰升，〈學說與政策交織下的日治臺灣民事法制

灣總督依六三法而對臺灣事務所行使的委任立法權，仍被置於帝國中央政府的掌控下，這也符合總督僅是臺灣地域最高行政首長的定位。況且，帝國議會對臺灣事務的立法權並沒有喪失，實際上也發布不少直接對臺灣發生效力的法律。²⁵這樣的一位臺灣總督，怎會是不受其他勢力節制的「土皇帝」呢？況且，從事民刑事裁判的「司法審判權」，如上揭法院條例第一條所示，乃是由法院，而非總督行使，總督僅擁有「司法行政權」。假如總督擁有審判權而可就個案審判結果為準否之決定，即毋須在個案中更換法官以防止發生其所不欲的結果，也就不會有 1897 年高等法院長高野孟矩遭撤換的事件。²⁶因此宜更細緻地說，臺灣總督相當集權地享有在中央指揮監督下的行政、立法兩權，以及不包括作為司法核心之審判權的司法權和至 1919 年為止的軍事權(其後改屬臺灣軍司令官)。²⁷

由此衍生的問題是，臺灣史學界延續戰後初期法學者的作品，而將日治時期法制分為「律令為主」(1896-1921)和「勅令為主」(1922-1945)兩階段。²⁸此舉是否妥當？這項分期方式，最早是出現在日治後期師

變遷——以岡松文書為中心》，《臺大法學論叢》，37：3(臺北，2008.9)，頁 55-56。

²⁵ 在此係指不經勅令即施行於臺灣的法律，參見王泰升，〈日治時期臺灣特別法域之形成與內涵——臺、日的「一國兩制」〉，收入氏著，《臺灣法律史的建立》，頁 101-129。

²⁶ 擔任高等法院長的高野孟矩素與行政部門有摩擦，1897 年當其正在審理涉及總督府高官貪污之案件時，總督府當局欲予以調職，但高野孟矩拒絕接受，再因這項抗命而遭免官(喪失法官資格)。正是因為制度上判官可逕為判決而不受總督指揮，總督才會擔心其做出「不利於對臺統治」的判決，故擬以「換法官」，亦即調職的方式干涉司法。參見《臺灣日治時期法律改革》，頁 147-148。

²⁷ 參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁 128-132。

²⁸ 這應是沿襲戰後初期法界人士之著作而來的。參見戴炎輝，〈五十年來的

齒松平法官的著作中。但姉齒松平的這項分期係針對民事法的變遷而發，分期的理由在於依據 1921 年制定、1922 年生效的「法三號」，²⁹於 1922 年發佈勅令第 406 號指定日本民法商法等施行於臺灣，故此後民事法源即是日本民法商法等，不同於原先之依據由六三法所創設的律令(即「臺灣民事令」)。³⁰這是一位司法官僚純粹從法規範的形式所做的分期，但對日治下一般臺灣人民而言，民事法律生活真的有所改變並非始自 1922 年，而是從 1923 年日本民法、商法等在臺灣生效之年開始。所以今天若是站在臺灣人民的立場撰史，似以 1923 年來分期較恰當。該分期更不合理之處在於，日本刑法典在臺灣殖民地一直是以被納入律令的方式來實施，根本沒有像民事法般在 1922 年發佈勅令、施行日本刑法。是以，1922 年前後的刑事法規並無任何改變，怎能作為分期的基準年？

再以日本公文書館所藏內閣檔案來觀察，當臺灣總督府將其所擬定之指定某日本法律施行於臺灣的「勅令案」送到內閣時，同樣要經

臺灣法制》，《臺灣文化》，5：1(臺北，1949)，重刊於《近代中國》，19(臺北，1980)，頁 79-86；戴炎輝、蔡章麟撰，《臺灣省通志稿·卷三政事志司法篇》，第 1 冊，頁 141-292；黃靜嘉，《日據時期之臺灣殖民地法制與殖民統治》(臺北：作者自刊，1960；原係 1957 年國立政治大學政治研究所碩士論文)，頁 76-91。

²⁹ 法三號延續六三法所創設的委任立法制度，亦即總督擁有律令制定權，但新添了限制條件，須無應適用的日本法律或雖有之但難以依下述「特例勅令」辦理，且因臺灣特殊情形有必要之時，方得發佈律令。同時法三號新創「特例勅令」制度，亦即以勅令指定日本內地的法律在臺灣生效(六三法即有此規定)時，得以勅令排除該法律的一部份在臺灣生效，以此便利日本內地法律之延長至臺灣。參見王泰升，〈日治時期臺灣特別法域之形成與內涵——臺、日的「一國兩制」〉，頁 112-113。

³⁰ 參見王泰升，〈以臺灣法制研究為志業的姉齒松平〉，收入王泰升、劉恆姁編，《以臺灣為主體的法律史研究》(臺北：元照出版公司，2007)，頁 314-316。

過法制局及閣議的審查，³¹換言之，「勅令案」與「律令案」一樣，都必須獲得中央政府的同意。施行於臺灣的律令案或勅令案原則上均由臺灣總督府主動提出，內閣會議也盡量尊重「現場第一線指揮官」總督的需求，所以總督的確對臺灣的立法有重大影響力。但是最終裁斷權仍握在中央政府手中，或者說是取決於整個帝國的殖民統治政策。因此，所謂「勅令為主」，僅是從立法程序上著眼。倘若研究對象是殖民地臺灣的立法程序，則從法規範的形式區分「律令為主」、「勅令為主」尚無可厚非。

若以人民法律生活實際上受到改變為準，則自 1923 年 1 月 1 日起可稱「內地延長法制時期」(至 1945 年 10 月 24 日)，相對的之前可稱「特別統治法制時期」(1895 年 5 月 8 日至 1922 年 12 月 31 日)。按如前舉民事法之例，改變人民法律生活的那些日本內地重要法律，多數是依 1922 年年底制定、但 1923 年 1 月 1 日生效之「有關民事之法律施行於臺灣之件」、「行政諸法臺灣施行令」等兩號勅令的指定而在臺灣發生效力，包括在 1920 年代藉由刑罰打壓政治異議者的治安警察法、行政執行法等。此外，還有一些以勅令個別而非前揭包裹式指定而施行在臺灣的日本內地法律，雖非自 1923 年 1 月 1 日生效，但絕大多數是在是日之後生效，例如訴願法自 1922 年 3 月 28 日生效，司法代書人法自 1923 年 4 月 1 日生效，涉及政治鎮壓的治安維持法則自 1925 年 5 月 12 日生效等等。³²況且，此項改變來自日本於 1919 年確立「內地延長主義」殖民統治政策，單單稱「律令為主」、「勅令為主」難

31 參見王泰升，〈從日本公文書館史料探究日治臺灣立法權運作實況〉，頁 275-281。

32 參見王泰升，〈日治時期臺灣特別法域之形成與內涵——臺、日的「一國兩制」〉，頁 114-118；拓務大臣官房文書課，《內外地法令對照表》(東京：作者自刊，1941)，頁 9-14、91、122。

以彰顯此性質，故不如直接以「特別統治法制」、「內地延長法制」指稱不同的法制內容。³³

2.日治前期臺灣人不能組現代的公司？

在過去，臺灣史學界一直認為日本治臺前期不准臺灣人設置現代的公司，所根據的就是臺灣總督府 1912 年發布府令第 16 號曾表示，僅由臺灣人、僅由中國人、或由臺灣人與中國人設立的團體，其商號中不可使用會社之文字，違反者處二百圓以下罰金；目前使用會社文字者，於本令施行後三個月內應取消該會社之文字。³⁴不過，一位受過現代法學訓練的研究者乍視之下，可能產生的疑惑是：若日本當局對於人民的民事事項，不依法律位階(含「具有與法律同一效力」的律令)，而依僅有命令位階的府令來規範，則已涉及憲政層次的問題了。又當今臺灣的公司法第 19 條不也同樣規定：「未經設立登記，不得以公司名義經營業務或為其他法律行為」，且對違反者科以有期徒刑、拘役或罰金，「並由主管機關禁止其使用公司名稱」，難道也是禁止人民組設公司嗎？

其實，於日治前期係「合法」地阻礙臺灣人組設現代的公司(當時法律上稱「會社」)，但臺灣人也能循「合法」的管道突破這項限制。按日治前期依律令之規定，「僅涉及臺灣人之商事事項」，應「依舊慣」，故所有股東皆為臺灣人的企業只能「依舊慣」行事，無從組設

³³ 參見王泰升，《臺灣日治時期法律改革》，頁 107-111。

³⁴ 參見黃靜嘉，《春帆樓下晚濤急——日本對臺灣殖民統治及其影響》，頁 121-123、142。黃靜嘉律師在新版中並未改變其舊版中所持見解。這項說法來自經濟學家矢內原忠雄在其所著的《日本帝國主義下之臺灣》一書，而矢內原忠雄的資訊來源可能是蔡培火。

舊慣所無、屬日本商法上的「會社」，但某些全由臺灣人組成的企業基於便利等種種考慮，對外逕自稱為「會社」。此舉使得與該企業交易者誤以為其在法律上有獨立人格，總督府才為此發佈前揭府令禁止之。³⁵換言之，禁止的法源不在府令，而在律令。然而，基於法律是政府與人民所共同信守的現代法理念，當企業中有一位股東是日本人，即不再是條文上所說的「僅涉及臺灣人」，故不再「依舊慣」，而可依日本商法組設會社(現代的公司)；於是，在經濟上有需要的臺灣人只要找一位日本人入夥，即可組設現代的公司，其例不少，例如 1905 年由臺灣人資本所設立的「彰化銀行株式會社」。當時在臺執業的日本人辯護士，亦了解此臺灣人合法設置會社的管道；法院的「判官總會決議」還曾依法論法，表示倘若日本人股東皆過世，該會社在法律上即不能再存續。這些情形，於今都有史料可稽。³⁶

到了日治後期，臺灣人之組設現代公司，在法律上已全然無阻礙了。自 1923 年 1 月 1 日起，日本商法已直接施行於臺灣，縱令全部股東都是臺灣政治異議人士，總督府也不能禁止其組設現代的公司。依日治末期的統計，屬較大型的株式會社，臺灣人企業與日本人企業在家數上已幾乎平分秋色，不過在資本額上臺灣人企業遠比不上日本人企業；屬中小型的合資會社和合名會社，則以臺灣人企業的家數為多；就全部會社的家數而言，亦是臺灣人企業較多。³⁷這樣的臺

³⁵ 總督府檔案指出，制定本府令的目的在於避免交易上第三人，誤將新式合股當做商法上會社而受不測之損害。參見《臺灣總督府公文類纂》，明治 44 年(1911)永久保存第 33 卷，第 6 門，第 3 類，12。另參見〈會社號使用之禁止〉，《臺法月報》，6：3(臺北，1912.3)，頁 82。

³⁶ 其詳，請參見王泰升，〈臺灣企業組織法之初探與省思——以合股之變遷為中心〉，收入氏著，《臺灣法律史的建立》，頁 315-316。

³⁷ 參見王泰升，〈臺灣企業組織法之初探與省思——以合股之變遷為中心〉，頁 316-322。

灣人會社(現代公司)經驗，其實是始自日治前期的。

3.違反匪徒刑罰令者都是抗日英雄嗎？

過去在歷史教材中總喜歡以「抗日英雄」替換日本統治者所稱之「土匪」，³⁸但已有歷史學者指出抗日者各有其背景與反抗動機，³⁹都稱得上「英雄」嗎？若再從法律面向觀察，則益發覺得這項替換似乎過快，因為他們都在「抗日」嗎？按日本統治當局所稱之「土匪」，與法律上「匪徒刑罰令」(律令)之規定有關。該令之制定動機，毋寧是日本統治當局準備用司法的手段，而非起初的軍事殺戮，來鎮壓臺灣人武裝抗日，故先為此項立法以利於「依法審判」。從今天的觀點，的確可批判該令為「不正義的實證法」。⁴⁰不過，匪徒刑罰令第一條關於「匪徒罪」的構成要件，係「不問其目的為何，凡以暴行或脅迫為達成其目的而為多眾結合」，並未以「政治反抗」作為要件，故如當時覆審法院某判決例所示，肆行結夥搶劫的非政治性的盜匪集團亦將該當此一匪徒罪。⁴¹

最近向學術研究者公開的《日治法院檔案》，⁴²可讓我們對於國

³⁸ 此項既有文獻之回顧與評論，參見劉彥君，〈強盜或抗日——以日治法院判決中的「匪徒」為核心〉(臺北：臺灣大學法律系碩士論文，2006)，頁1-4。

³⁹ 參見翁佳音，《臺灣漢人武裝抗日史研究(1895-1902)》(臺北：國立臺灣大學出版委員會，1986)，頁5-10、190-195。

⁴⁰ 參見王泰升，〈日本殖民統治下臺灣的「法律暴力」及其歷史評價〉，《國立政治大學歷史學報》，25(臺北，2006.6)，頁7。

⁴¹ 參見王泰升，《臺灣日治時期的法律改革》，頁272。

⁴² 筆者於2000年發現此檔案，自2002年開始進行整編工作，2004年起與臺大圖書館合作進行資料庫的建置，並於2008年9月20日向國內外學術研究者公開「日治法院檔案資料庫」。關於此檔案之整編及其資料庫之使

家法律上的「匪徒罪」與「強盜罪」的界線，以及所謂匪徒與抗日活動之間的關係，得到進一步的釐清。在一項根據日治時期臺中地方法院與匪徒刑罰令相關的刑事判決所為的研究顯示，⁴³(1)匪徒罪與強盜罪不易區分，但法院對匪徒罪構成要件採限縮性的解釋。在前揭判決中，所謂「訴盜判匪」，亦即檢察官以強盜罪起訴、法官以匪徒罪定罪者，有 12 件。其中有 6 件係匪徒刑罰令制定後約一個月時為判決，故可能是起訴時尚無此令；有 5 件是在此令施行約一年間為判決，則可能是司法界對於構成要件模糊的匪徒罪如何認定尚在摸索中。同一批判決內，所謂「訴匪判盜」，亦即檢察官以匪徒罪起訴、法官以強盜罪定罪者，多達 94 件。依警察機關之移送而由檢察官認為係「匪徒」的強盜犯，由於法院認為所謂的「多眾結合」，須是一個緊密的團體，而非臨時、一時衝動的犯罪結合，故數名強盜犯若不足以稱為「緊密的團體」，即不構成「匪徒罪」。總之，依該法院所形成的見解，搶劫行為若出於「多眾結合」，則行為人在法律上觸犯匪徒罪，否則僅觸犯強盜罪。但無論如何，並未將具有抗日動機與否作為匪徒罪的認定標準，故非出於抗日動機的結夥搶劫者，也構成匪徒罪，而被日本統治當局稱為「土匪」。從另一個角度來看，未採武裝活動的抗日者即不至於該當匪徒罪，但難道他們就不是「英雄」？

更值得注意的是，(2)遭匪徒罪定罪者其犯行大多數與抗日無關，且大多數的被害人係臺灣人。從 1898 年至 1910 年，臺中地方法院判處匪徒罪之案件計 1,089 件。依所認定之犯罪事實，屬於「單純武裝反抗」，即指「直接與殖民地官方相關連」者有 167 件(15.33%)；屬於

用，以及相關的研究，參見王泰升編，《跨界的日治法院檔案研究》(臺北：元照出版公司，2009)，頁 1-393。

⁴³ 以下所述，參見劉彥君，〈強盜或抗日——以日治法院判決中的「匪徒」為核心〉，頁 52-82。

「非武裝反抗」，即指「純粹侵害個人法益而與日本官方無直接關連」者有 822 件(75.48%)；屬「複合犯行」，即指「包括單純武裝反抗與非武裝反抗」者有 100 件(9.18%)。故遭匪徒罪定罪者，約有四分之三可能是與政治無關的盜賊。又，依《臺灣總督府統計書》就 1900 年至 1902 年「土匪被害案件」所為統計，於臺中地區，被害人計 766 人，其中臺灣人(「本島人」)有 708 人(92.42%)，日本人(「內地人」)有 58 人(7.57%)。雖然這份統計可能是以警察部門所認定的匪徒罪為準，其部分案件最終可能不為法院認定為係觸犯匪徒罪，但考量這項可能的誤差，還是可說大多數的匪徒罪受害人乃是臺灣人。

基於以上的分析，於今仍應譴責日本殖民統治當局以匪徒刑罰令「陷民於匪」，並科以極刑，實為不當。但是，將被法院判處匪徒罪者一律視為「抗日英雄」，亦屬扭曲史實。從上述研究可知，法學的角度以及法院運作資料的考察，對於歷史事實的釐清可發揮相當大的功能(但亦有其侷限，待後詳述)。

二、「多源而多元」的臺灣法社會

或許有人會覺得如上所述地探究史實，太過於「鑽牛角尖」，其實那的確不是最終的研究目的。筆者學習歷史的目的，一直是為了理解當今臺灣社會與法律相關的種種現象。例如執業律師時所遇到的當事人為什麼會這樣想、這樣做，特別是當那些想法與作法迥異於國家法律或課堂上的法學理論之時。歷史學因此是一門為「現在」而探索「過去」的學問，史學的論述因此是與「現在的人」溝通曾發生之「過去的事」。

「時間」所造成的距離，經常是超乎想像的。今天大家言談間很自然脫口而出的中國、日本、韓國等詞彙，乃是十九世紀之後援引西

方主權國家的理論與實踐而產生的概念，而非漢字古籍中在「天朝—王國」體制下如「朝鮮國王」中「國」的概念，故今之中國的涵義實不同於漢字古籍中所稱的「中國」。臺灣之成為一個政治共同體，乃是十九世紀晚期的事，⁴⁴在形成共同體意識的時間點上比中國、日本、韓國來得晚，⁴⁵建構主權國家的步伐因此較其來得緩慢而艱辛，復因地理上較易於被納入中國的影響圈內(例如二次戰後同盟國因此將日本統治下的臺灣交由當時的中國政府接收)，而難以如遠離中國的新加坡之得以漢族／華人為主、於 1965 年即完成建國。若再從十九世紀晚期迄今的法律文化變遷來看，今天某些臺灣人的法律觀念，可能較接近無血緣關係的今之美國人，而非 100 多年前五、六代以前原住民族、漢族的祖先。是以，雖使用當今的語言而為歷史論述，但須謹記於心的是：所描述的時代可能不存當今的語言。

因此，筆者所稱之「臺灣法律史」，欲探究的是當今臺灣共同體(指共同生活的群體，community)，亦即目前尚稱「中華民國」的政府及其法律管轄的地域(或稱「臺澎金馬」)上的人民，在不同的歷史時間裡所經歷的法律生活。同樣以當今所稱臺灣原住民族、中國(中華人民共和國)、日本以及西方(the West)為準，原住民族固有法、中國歷來的法、

⁴⁴ 臺灣在原住民族部落自治時代，固無作為一個整體性的概念，荷蘭人政權亦僅視之為荷蘭東印度殖民地上某一商館的控制地，鄭氏王國沿襲之為奪取中原控制權的根據地，清治後成為福建省的一個府、兩個府到後來的三個府，直到 1887 年以臺灣作為一省，始具政治共同體雛形。1895 年日本領臺並視之為與其他領土不同的特殊地域，明確地使臺灣成為一個政治共同體，「臺灣人」的稱呼亦自此產生。

⁴⁵ 於 1920 年代，某些臺灣漢族知識菁英以西方殖民統治理論自認係「被殖民民族」，故尋求在臺灣建立殖民地議會，作為將來朝向自治殖民地發展的基礎，並使得由被殖民民族成立自己政府的願望有機會實現，故可視為是「獨立建國」運動的開端。

日本歷來的法、西方歷來的法等，都或早或晚、深淺不一地形塑成當今臺灣的法律生活。正因歷史上具有「多個源頭」，以致當今臺灣法社會(相對於「法規範」而言)，呈現出「多元」的風貌。⁴⁶以下將分別說明之。

(一)原住民族元素

從歷史是為現在而存在的觀點，臺灣的歷史應從原住民族開始談起。按「原住民族」一詞就是不存在於過去之今日用語，其不同於僅有人口數量意涵的「少數民族」，而強調在今之主流民族遷入之前原本已定居的民族；在臺灣的脈絡即指在漢族自十七世紀開始遷入臺灣之前，就已經居住於臺灣的南島民族。這是一個主觀的歷史論述的態度，表達對於特定土地上原住人民的尊重。在人類歷史上，外來的統治階層或移民集團，經常挾其強勢的力量壓迫原本在地居住者，臺灣史上同樣屢見不鮮，於今應認為此為不符公義之事，故至少在歷史論述時應以原住民族居首。是以臺灣史應先論述臺灣原住民族，縱令沒有文字記載仍可呈現「史前史」；漢族雖使用文字的時間較久，但移居臺灣的時間較短，若依西方的觀念，漢族來到原住民族居住之臺灣亦屬「殖民民族」，所以就算要談夏商周的歷史，在臺灣法律史上，也應該置於原住民族之後。

原住民族的元素，也客觀的存在於今日臺灣法律生活中。按原住民族是以口傳的方式延續其文化觀念，其內容曾被與其接觸的外族(漢人、歐洲人、日本人)所記載下來，當中較為翔實的記載，即屬日本統治

⁴⁶ 筆者曾在另文為較詳細的論述及圖示，於茲盡量不再重複。參見王泰升，〈臺灣法律史概論〉，頁 4-11；王泰升，〈多源而多元的臺灣法——外來法的在地化〉，《當代》，220(臺北，2005.12)，頁 10-27。

當局對於首次遭外來文化入侵的高山族原住民族所為的「習慣調查」。⁴⁷或許因日本當局使用現代法學觀念底下的「習慣」，以致迄今仍有一些人質疑原住民族有「法律」嗎？其實在回答此問題之前，如同稍後要討論的漢族的「法律」一樣，須先確認法律的定義是什麼。今之法律規範與其他社會規範不同處在於，現代型主權國家將以強制力確保該等規範之被遵守，如果堅持這項看法，未被國家權威當局所接受的原住民族社會規範，當然不是法律，而僅是習慣。但如果認知到現代型主權國家在各地出現的時間不一，在東亞尤其是較晚，則只要是某特定社會的政治權威將以強制力執行者，都可謂「相當於」今之法律了。若如此，原住民族依前述「習慣調查」所示，已有相當於法律的社會規範存在。在歷史的洪流中，原住民族中的平埔族的法律觀念首先遭到荷蘭人，尤其接著長期不斷遭到漢族的同化。高山族原住民族(即日治時期所稱「生蕃」、「蕃人」、「高砂族」)則在日治時期才開始受到現代法有限的影響，戰後卻幾乎皆須依中華民國現代法典行事，以致固有法律觀念快速流失。不過，2003年發生鄒族頭目於其傳統領域內向漢人奪取蜂蜜竟被判刑的事件後，政府展開原住民族習慣調查，可發現原住民族仍保有一些異於現行法制的法律觀念，⁴⁸這就是原住民法仍存續的證明。臺灣的最高法院已在2009年12月的一項判決中，首度表示應尊重原住民族的固有法律觀念。⁴⁹

47 例如，臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部·蕃族慣習調查報告書》(臺北：臨時臺灣舊慣調查會，1914-1919)，計5卷；增田福太郎，《未開社会における法の成立》(京都：三和書房，昭和39年[1964])。

48 行政院原民會已委託各方學者做過數族的習慣調查，但總結這些報告以具體提出原住民族與現行法相異的法律觀念，並思考在現行法制底下如何處理此項問題，尚待未來的努力。

49 參見王泰升，〈法律史——臺灣法律發展的「輪替」、轉機與在地化(2007-2009)〉，《臺大法學論叢》，39：2(臺北，2010.6)，頁195-196。

(二)中國元素

今之臺灣人民的祖先，除了屬原住民族之外，絕大多數是來自今稱中國的地域。從荷蘭統治時期的 1630 年代起，第一批來自今之中國福建、廣東兩省的漢人農民絡繹不絕地移居臺灣，直到 1895 年日本領臺才大體上停止。接著，第二批來自中國各省的今之「外省」族群，自二次戰後的 1945 年，尤其是在國民黨政權撤離中國的 1949 年移入臺灣。⁵⁰中國元素因此成為臺灣法文化中非常強勢的一部份。⁵¹晚近臺灣的新移民中，也有部分來自共產黨統治下的中國，但其人數不多、影響力弱。

第一批與第二批漢族移民及其後裔，乃至被第一批漢族移民同化的平埔族，共同擁有漢族的法律傳統，亦即學界所稱之「傳統中國法」。源自夏商周、從秦朝貫穿至清朝的傳統中國法，因此成為當今臺灣固有法律文化的重要成分。不過，占今之臺灣人口多數的福佬、客家族群，係在清朝眼中的一個邊陲且曾叛離的小島、且性質上屬移民社會裡，經歷傳統中國法的施行，故在此處所形成的法律文化，恐相對於京城或中國早已開發或富裕之地區仍有其獨特性，這是臺灣法律史所需特別留意者。

第二批中國(絕大多數為漢族)移民將可稱為「近代中國法」的中華民國法制帶至臺灣，迄今仍是臺灣的現行法。尤其臺灣從 1945 至 1988

⁵⁰ 已於另文詳細論述，但當時使用「華人移民」一詞。參見王泰升，〈近代西方法對臺灣華人的影響〉，收入氏著，《臺灣法的斷裂與連續》，頁 114-119。

⁵¹ 這樣的講法並非「去中國化」，但的確是「去中國中心化」。之所以如此乃因歷史認識的目的是：了解現在的臺灣社會，以作為制定、修改、施行臺灣現行法制時之參考，故須以臺灣，而非中國為中心。

年為止的政治領導人皆屬外省族群，其在民國時代中國的法政經驗，成為戰後臺灣社會的主流勢力，甚至幾乎是唯一的歷史記憶。55 年的黨國格局，促使中國因素較諸其他法制源頭，更堅固地滲透到臺灣的法律文化內。⁵²

(三)日本元素

日本從 1895 至 1945 年在臺灣進行長達半世紀的殖民統治，這使得日本元素成為臺灣人民法律生活的一部份。同屬東亞漢字文化圈的日本，在吸收近代西方文明後成為東亞強權，並於 1895 年自清朝手中奪取臺灣。此後臺灣的統治階層由日本人所構成，對在臺漢族和原住民族而言，係屬異族統治，而統治的日本人則積極想「同化」臺灣人民。一方面是 50 年的統治時間相對的尚不足以完成同化，另一方面來臺灣的日本人人數不多，最多時亦僅占全臺人口 6%，其文化滲透力無法在全臺各地、各階層全面展開。但是，日本人帶進臺灣之異於清治時期的「異制統治」，亦即施行日本仿效自近代西方的現代型法律制度，在當時已漸次被吸納成為臺灣人法律生活的一部份，且因其與戰後中華民國法制同係源自歐陸而實質上被延續，倒是影響臺灣社會相當的大。

從《日治法院檔案》可看到日本在臺施行的現代法制，已相當程度滲透入日治下的臺灣社會，以致其影響力仍留存於今之臺灣。例如，筆者的研究團隊整編前述《日治法院檔案》時，發現當時有許多關於「胎權」的民事判決原本或公證書；在戰後臺灣，也常可聽到人

⁵² 於今，可謂進入政黨輪替時代。姑不論 2008 年之後再次輪替為國民黨執政，縱令在 2000-2008 年民進黨執政期間，仍難跳脫 55 年國民黨統治所確立的法政思考格局。

們在言談間說到「胎權」或辦理「二胎貸款」等。然而，在中華民國民法或法律系的課堂上，卻看不到、聽不到這個詞。按清治臺灣原有「胎借」習慣，日本統治後不久即將「胎」的關係，改造成實質上等於歐陸法抵押權(日文漢字是「抵當權」)的「胎權」。改造後的內容輕易地為臺灣人所接受，縱令國家法律在 1923 年後因日本民法的施行而將胎權改稱「抵當權」、1945 年因中華民國民法的施行而將「抵當權」改稱「抵押權」，人們仍不時使用似乎較親切的「胎權」。甚至，原屬於日本人習慣的「根抵當」，亦即現今所稱「最高限額抵押權」，也因被視為一種較特別的胎權而為臺灣人所接受，以致戰後中華民國法院已認為設定最高限額抵押權是臺灣的「習慣」。⁵³

又如《日治法院檔案》內有眾多的「印鑑簿」，而申請印鑑以委請代書辦理登記，迄今仍是臺灣民間進行不動產買賣時的通例。按印鑑制度係日治時期引進的，民進黨執政時曾以中華民國戶籍法上並未列戶政機關得辦理印鑑登記而予以停辦，而擬以地政士簽證制度取代，但引起民眾抗議而再恢復辦理。似乎民進黨政府並未意識到中華民國法制係來自中國，當然沒有臺灣因被日本統治而生之使用印鑑的習慣；但要求恢復印鑑制度者，恐亦少有人知道此乃源自日治時期。⁵⁴就像臺灣於今仍盛行的代書業，亦源自《日治法院檔案》內公證契約上常見的日本法上司法代書人(或稱「司法書士」)，但一般人不見得知悉；許多具有日本元素的制度，正以這種「來源不可考」的樣態被延續，此十足表現出國民黨教育之「成功」。但無論如何，隨著世代交替，臺灣人民已較常使用「抵押權」而非「胎權」，現行法上欲取代社會

⁵³ 就以上敘述所需引註的參考文獻眾多，故請參閱既有論述，參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁 293、296-298。

⁵⁴ 參見王泰升，〈臺灣民事財產法文化的變遷——以不動產買賣為例〉，收入氏著，《臺灣法的世紀變革》，頁 354。

上「代書」的「地政士」一詞，也漸漸出現在廣告招牌上了。⁵⁵

(四)西方元素

臺灣之受西方法律文明影響，始於荷治時期(1624-1662)。⁵⁶不過，從歐陸法律發展史而論，當時的荷蘭法制尚未進入「現代法」(modern law)階段，故例如 1789 年法國大革命後始出現之現代檢察官制度，於荷治時期尚無從引進臺灣。荷蘭治臺期間所帶入的法制，經歲月侵蝕後於今已不多見，除了較為人知的土地計量單位「甲」外，還有在民間也漸少被使用的「賸」(其涵意接近「租賃」)，此部分導因於日治時期已將臺灣「舊慣」上各種「賸」關係，改造再轉化為日本民法上各種權利類型。⁵⁷

如前所述，戰前日本法和中華民國法皆繼承了近代西方，特別是歐陸的法制，故透過這兩套法制之被施行於臺灣，西方法的元素也「間

⁵⁵ 日治時期的司法書士，在當時臺灣人社會中被稱為「代書」，但其業務及職權(例如撰寫民刑事案件訴狀)已依日本的司法書士法之規定，實非原本傳統中國社會的「代書」。1945 年臺灣改為施行中華民國法制，但制定於中國的中華民國法上並無「代書」制度，於是為了讓曾受日本統治之臺灣的司法書士能繼續執業，而「暫時」承認之，直到 1969 年年底為止。從 1970 年起，中華民國法制對於社會上依然存在的代書業即不聞不問，以致從事代書者良莠不齊，故內政部於 1981 年發佈「土地登記專業代理人管理辦法」，擬將代書業務縮小至土地登記相關事項並予以管理。至 2001 年 10 月 24 日公布「地政士法」，將土地登記專業代理人改稱「地政士」，並自隔年 4 月 24 日施行，但社會上仍有許多人稱其為「代書」。參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁 235-237。就臺灣的整個代書制度，參見吳俊瑩，《臺灣代書的歷史考察》(臺北：國立政治大學歷史學系，2010)。

⁵⁶ 其詳，請參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁 23-28。

⁵⁷ 參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁 293-296。

接」被引進臺灣人民法律生活當中。這項近代西方法，在華語世界中又被稱為「現代法」，所以此項西方元素也可稱為「現代元素」。就在 1949 年因「中華民國」中央政府遷臺而在臺灣出現一個事實上主權國家之後，臺灣人民即不再假借日本或中國的法律，而以自我決定國家法律內容的方式，「直接」引進當代西方的法制與法律思潮。且因與美國的政治結盟關係，而引進某些屬英美法系的美國法內容，更加豐富了臺灣法社會的西方元素，不過現行臺灣法制仍以歐陸法系作為骨架。⁵⁸

三、臺灣當今的法與傳統中國的「法」

以下筆者將討論如何顧及「法」字意涵的今昔之別，而書寫描述過去的法律。為此，擬極其精簡地交代今之法是什麼，並在適當處比較其與過去的法律，亦即今之有引號的「法」之間的差異。此下所論，將依循臺灣自日治時期即開始施行的近代歐陸式法制架構，從法條文之制訂，到法社會之形成的整個過程來進行討論。然須再次強調，當今在現代法底下過生活，只是不同時空裡眾多法律生活中的一種，按原住民族或漢族在未接觸現代法之前，即曾有不同於今的法律生活。

(一)法律條文

按歐陸法系國家為了以具有強制力的法律規範(係廣義的法律，亦可稱「法規範」)，規制社會上的一般人民，乃由制憲或修憲機關制定或修

⁵⁸ 關於美國法對戰後臺灣的影響，請參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁 120-121、289。

改憲法條文，再由立法機關透過條文形式(即「成文」)頒行法律(指狹義的法律，亦可稱「制定法」，statute)，或由行政(含司法行政)機關依條文形式頒行命令，包括緊急命令、法規命令(或稱授權命令、委任命令，例如日治時期的勅令或律令)、行政規則(不對行政機關外一般人民發生規範效力，但因具內部拘束力而「間接」衍生出外部效力，或稱職權命令，日治時期稱訓令)。⁵⁹此外，由國家與其他國家簽署的條約或協定，包括臺灣特有之在中華民國法體制下的「兩岸協議」，以及由國內公法人(例如今之縣市鄉鎮、日治晚期之州市)所訂定的自治規章，亦屬於對不特定人具有一般性拘束力的法規範。⁶⁰在法律現代化以後的臺灣，以上五種法規範形式，即一般所稱的「直接法源」，係得直接以之處理社會上法律問題的法規範。立法或行政機關所頒行的法律條文，通常登載於政府公報或公私部門所編的法令集，且其經常附有政府所宣稱的制訂理由。

⁵⁹ 文中所述各名稱的意義及其具有法源性格，可參見吳庚，《行政法之理論與實務》(臺北：作者自刊，2009)，頁 42、45-48；李建良，〈行政法的法源、規範及其位階(上)〉，《月旦法學教室》，24(臺北，2004.10)，頁 40-44；長尾景德、大田修吉，《新稿臺灣行政法大意》(臺北：杉田書店，1934)，頁 58；園部敏，《新修行政法原論》第 2 分冊(臺北：野田書房，出版年不詳)，頁 43。在行政命令方面，有論者認為還包括在傳統特別權力關係範圍內所訂之規章，稱「特別規則」。參見吳庚，《行政法之理論與實務》，頁 48。此外，今有許多論者認為命令中僅法規命令可為法源，不含行政規則，例如參見李太正等，《法學入門》(臺北：元照出版公司，2009)，頁 109。至於臺灣現行法上「行政規則」與學說上所稱之「職權命令」是否同一，學者間仍有不同意見。參見吳庚，《行政法之理論與實務》，頁 47；李建良，〈行政法的法源、規範及其位階(上)〉，頁 37。關於臺灣日治時期各種法源之介紹，參見王泰升，〈日治時期臺灣特別法域之形成與內涵〉，收入氏著，《臺灣法律史的建立》，頁 114-129。

⁶⁰ 參見李建良，〈行政法的法源、規範及其位階(中)〉，《月旦法學教室》，26(臺北，2004.12)，頁 55-56；吳庚，《行政法之理論與實務》，頁 43-45、50-51；王泰升，〈日治時期臺灣特別法域之形成與內涵〉，頁 136。

相對的，必須依附於某法律條文才能對多數不特定人發生一般性拘束力的法規範，被稱為「間接法源」，包括習慣法、法理等。⁶¹例如日治前期的臺灣民事令(律令)規定：僅涉及臺灣人之民事事項「依舊慣」，日治後期某勅令規定：僅涉及臺灣人之親屬繼承事項「依習慣」，現行民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣」，就在該法律條文所訂範圍之內，習慣規範成為可拘束一般人的國家法的一部份。又，前述民法第一條後段規定：「無習慣者，依法理」，現行行政程序法第 4 條規定：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束」，皆可使某些外國法學理論得以「法理」的身分來規範一般人的生活。習慣法和法理這兩種間接法源的規範形式，皆屬於所謂「不成文」(unwritten)，意指：雖係具有一般性拘束力的規則(rule)，但其在被適用於個案之前，並未被預先地書寫下來，故有別於直接法源之均具有條文形式(「成文」)。因此，作為間接法源的習慣法或法理，須待行政或司法機關在個案中明確宣稱習慣或法理的內容是什麼(故欲知其內涵者需閱讀相關的行政或司法文書)。

關於法院之判決能否對人民發生一般性拘束力的議題，實導因於英美法系在制定法之外還有普通法。按在英美法系國家憲政體制下，普通法法院可從判決先例(precedent)個案中，基於其對怎樣的案件事實(facts)給予怎樣的法律效果的法律論證(reasoning)，找出/發現(find)具有一般性拘束力的規則(rule)，再依判決先例遵循原則而以之適用於當下繫屬於法院的個案。⁶²這項在個案中作為判案準據的法規範(law)，事

61 參見吳庚，《行政法之理論與實務》，頁 52-54、56-73；李太正等，《法學入門》，頁 112-114。

62 當然英美法系國家在「普通法」之外，還有由議會將規則(rule)明文寫下來的「制定法」，對於這些制定法的解釋，亦須探求立法意旨等，但究竟在個案應做怎樣的法律解釋，還是依從判例遵循原則。參見 Richard

先未被書寫下來故屬「不成文」，但與由議會以成文方式制訂的制定法同樣可直接拘束一般人民，惟一旦與制定法相衝突則以制定法優先。然而，歐陸法系並不承認上述普通法法院運作模式。

臺灣的國家法在日治時期或當今的中華民國時期，均依循歐陸法系的建構秩序，故不以判決／判決例(日治時期用語)作為直接法源。不過，中華民國法制內有文化傳承自清朝官僚體系編案成例的「判例」制度，亦即由最高法院或最高行政法院於行使司法審判權之外，在其所有判決中挑選出若干「足堪為例」的判決，抽離該判決的個案事實，而摘出判決理由當中有關法律見解之陳述，甚或予以增刪，以做為「判例要旨」並公布之(故可從司法院歷次公布的判例要旨彙編知其內涵)。由於依大法官會議之解釋，判例違憲等同於法令違憲，以致臺灣現行國家法認為判例對於將來發生之同類事件有一般之拘束力，有別於歐陸法系傳統(包括日治時期臺灣)之認為判決例雖對同類案件具有事實上影響力，但仍僅有個案拘束力。⁶³然而，判例要旨本身並不能獨自發生法的效力，必須其所詮釋／依附的法律條文仍屬有效，始能附隨地產生前述的「一般之拘束力」，殊不同於英美法系上之得由普通法法院創設一般性法規範。是以，判例雖預先以成文的方式表達法規範內涵(此與前揭作為間接法源的習慣法或法理不同)，但在臺灣現行法上仍屬間接法源。⁶⁴

以上花費如許篇幅介紹「法源」觀念，除為了介紹今之法律是什麼之外，還擬接著提問一個法律文化史裡相當具關鍵性的問題：研究

Chisholm and Garth Nettheim, *Understanding Law* (Sydney: Butterworths, 1992), pp. 36-46, 74.

⁶³ 參見吳庚，《行政法之理論與實務》，頁 55-56；王澤鑑，《民法概要》，頁 16。

⁶⁴ 同說，參見王澤鑑，《民法概要》，頁 16。

者能不加思索地使用今日習見的法學概念，例如「法源」，來描述傳統中國法的內涵嗎？⁶⁵按前述的「法源」概念來自於一項根本性的前提，亦即存在著一個可適用於所有的人(而非特定個案內之人)的一般性規則(rule)，不論是成文(自始即被書寫)或不成文(未被書寫但臨案須發現之)，且將被無差別地適用於凡符合該規則之構成要件事實的所有個案上，而給予該個案在規則中已預設的法律結果。進而在現代憲政體制之權力分立的設計理念下，將制定一般性規則的立法機關，與適用一般規則於個案的司法機關，加以分離，且由具有法律專業的司法機關在不受行政機關指導的情況下，裁斷國家及人民是否遵守作為一般性規範的法。

因此，須質問的是：傳統中國在以文字條列出稱為律、令、例、典等等規定時，是否同時接受前述之法的定位與權力分立憲政架構？其答案應是否定的。按帝制中國的皇帝為任何統治行為時，本即不受其所頒行之條文的拘束。雖皇帝亦以經編纂的條文，指示所有的官僚在什麼情形時，應做成什麼樣的處置，以節省決策成本並伸張皇帝的權威，但是並不要求官僚們絕對要遵照該等條文辦事。⁶⁶例如，清朝道光年間刑部曾謂：「居喪嫁娶雖律〔筆者註：係立國之初所頒行的成文法條〕有明禁，……例〔筆者註：指頒行全國之既有案件內判詞〕稱揆於法制似為太重，或名分不甚有礙，聽各衙門臨時斟酌，……凡屬辦此種案件，

⁶⁵ 曾受現代法學訓練的日本滋賀秀三教授係使用「法源」一詞，再接著說明傳統中國法具有不同於現代法的法源內涵，例如參見滋賀秀三著，范愉譯，〈清代訴訟制度之民事法源的概括性考察——情、理、法〉，收入王亞新、梁治平編，《明清時期的民事審判與民間契約》(北京：法律出版社，1998)，頁19-53。筆者則認為在論述傳統中國法時，現代法學概念只是一個選項，而非必然的前提。

⁶⁶ 較詳細的說明，請參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁44-49。

原可不拘律文，斷令完娶……」。⁶⁷換言之，依「律文」應禁止，但「例」卻明白表示不必然須依律禁止，然而律文也沒因此被刪除或表示絕對不再被引用，亦即仍可援用居喪嫁娶之禁文來處置個案。因此即不宜以現代法學中所謂「例外法排除原則法」或「特別法優先於普通法」的概念，⁶⁸來描述「例」與「律」的關係，因為依現代法學，屬於上述「原則法」或「普通法」者即遭排斥而不再被適用，此有別於「律」之仍有被援用可能。⁶⁹這使我們察覺到「從傳統中國理解傳統中國」的思考，確有其必要性。

甚至在皇帝未明示可以斟酌的情形下，地方官也可能自作主張地不依律例辦案。例如，清治時期曾在鹿港任官的陳盛韶，在其撰寫的《問俗錄》中稱：「番地例禁典賣，官何勿禁乎？……因其俗而撫恤則安，如必事事執例過求，反致紛紛爭訟，囂然不靖」，亦即為了地方的安定，可不執行朝廷頒佈的成文規定(即文中所稱之「例」)，而依從地方習俗。不過就另一事項，陳盛韶卻堅持執行朝廷頒佈的成文規定(「例」)，按其在《問俗錄》又謂：「臺民無子者買異姓為子，……謂螟蛉子，……平日三令五申，聽訟時復照異姓不准亂宗例斷之，此風

⁶⁷ 參見瞿同祖，《中國法律與中國社會》(臺北：里仁書局，1984)，頁117。

瞿同祖係從《刑案匯覽》上引用該段原文。關於《刑案匯覽》之介紹，參見張偉仁，《清代法制研究》(臺北：中央研究院歷史語言研究所，1983)，第1輯第1冊，頁418。

⁶⁸ 這兩組概念之內涵，參見李太正等，《法學入門》，頁118-120、129。

⁶⁹ 黃靜嘉先生在論述律與例之關係時，曾表示「具有一種原則法與具體法的關係」，且謂：「具有普通(原則)及特別(具體)法之區別，而特別法在適用上優於普通法也」，不過其同時強調：「立例原意固在輔律，並非以之破律」，似乎與本文見解相近，但用語上卻曾引用「特別法優先於普通法」。參見薛允升著述，黃靜嘉編校，《讀例存疑重刊本》(臺北：成文出版社，1970)，第1冊，頁5。

庶可稍回。」⁷⁰之所以陳盛韶帶著炫耀的心情，公然表示是否依據條文審案可臨事處斷，即因依當時的法律文化觀念，官府內的成文規定僅是裁斷個案的準則「之一」，而非「唯一」，一位好的父母官應該還要參酌民間習慣或情理，而就個案尋得一個平衡各方利益的解決方式。是以，今有學者以「非規則型」來描述清朝律例的屬性。⁷¹

傳統中國官府成文規定之「非規則型」，與來自西方的現代法之為「規則型」，同為法律生活型態的一種。依漢族的傳統觀念，並不認為事先定下一個規則，並據此判斷所有個案之是非曲直是聰明的辦法。也因此「審判」並不是先「發現」(find)法，再將之適用於個案，而是從個案的具體情節出發，參酌皇帝頒行的成文規定、地方的習俗、一般的情理之平等，做出可兼顧各方、回復和諧的利益分配。⁷²這個想法放在特定的時空，例如過去中國的農業社會，或許有其道理。⁷³在傳統中國，經過可從這種想法中獲利的統治集團的大力鼓吹，大多數民眾可能也認同如此處理的正當性，並形成了所謂「君父權統治」型態，由聖君賢相、父母官或家族內男性尊長來擔任「睿智的個案裁決者」的角色。今之研究者，實不應以不存在於過去時空的概念來描述當時的現象，否則不但是不尊重當時人們的想法，且易扭曲真實。

⁷⁰ 參見陳盛韶，《問俗錄》，收入《四庫未收書輯刊》(北京：北京出版社，2000，清道光刻本)，第10輯第3冊，總頁265、275。

⁷¹ 參見寺田浩明著、魏敏譯，〈「非規則型法」之概念——以清代中國法為素材〉，《法制史研究》，12(臺北，2007.12)，頁81-124。寺田教授在日文中清楚地表示該「規則」係指英文的“rule”。

⁷² 詳細的論述，請參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁36-41、44-51、66-73。

⁷³ 在一個追求自足安定的農業社會，政府的功能在維持安定的秩序，紛爭的發生不利農作，故如何就個案彌平裂痕才是重點；相對較欠缺複雜的商事交易關係，也可能減少預先設想有怎樣紛爭及該如何解決的需要，蓋不如等紛爭發生時再來針對案情尋求解決。參見王伯琦，《中國固有文化與西洋法律思潮》，頁95-96。

(二)法學理論

被稱為歐陸法系的法律規範的共同起源，乃是業經幾個世紀法學者的詮釋與建構而成形的羅馬法，雖歐陸各國在制定各自的法典之後，彼此在內容上也不盡相同，但仍使用著共通的基本法律概念或學理，例如公法、私法或債權、物權之區分，或者像侵權行為、不當得利等等理論。⁷⁴上述由國家機關所制定的法律條文，既然是本於這些基本法律概念而被書寫的，其規範內容也必須放在這些法律專門用語的脈絡中來理解，例如「善意」一詞的意涵不是好心腸，而是不知情或正當信賴。也因這些歐陸法學概念是特定法律發展及法制下的產物，故不一定具有超越時空的普遍性而可用於詮釋傳統中國法，更何況當今非習法之人亦不見得皆能精準地掌握這些法學概念的內涵。

在歐陸法系國家，專精於基本法律概念及學說理論的法學者，因而對法律條文的內涵具有強大的發言權，甚至導致法條的規範內涵，超出一般人民從法條的文字本身所能理解的範圍，而須待法學者的詮釋始能完全的展現。有時法學者還會從國外引進的所謂「學理」，或以其自行發展出來的法學論述為基礎，促成學說內涵的法律條文化。⁷⁵由於法學者對於社會上發生的具體個案應如何解釋適用法律，也經

⁷⁴ 就此的一般性介紹，參見李太正等，《法學入門》（臺北：元照出版公司，2009），頁 55-58。此又與共享著近代個人主義、資本主義法律價值的西方國家，在法律制度上的相互影響有關，參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁 102-106。

⁷⁵ 例如，德國等歐陸國家所謂的「法律優越原則」，先被戰前日本、中國的法學者所接受，再透過彼等的論述與傳播，而為 1946 年中華民國憲法第 171、172 條以及第 116、125 條所採納，此時在國家法律上已是以「法律條文」的規範形式出現了，不再是外國法或作為間接法源的「法理」。參見吳庚，《行政法之理論與實務》，頁 83-84。又例如一般認為臺灣近年

常表示見解，故其亦可影響「司法或行政上對個案適用法律」(詳後述)。

不過，學說有多數說(通說)、有力說、少數說之別。法學理論的內涵不像法律條文那般單一旦明確，故需要從眾多學者的論著中，進行歸納整理後方能掌握。同時，法學理論內涵也具有時間上的流動性，某一年代的學說與另一年代的學說，可能是相同、可能已有修正、或根本是迥異，故須留意相關學術論著的出版或發表時間。且若認識目的在於探究法學理論與法律條文、個案解釋適用或社會一般人法律生活之間的因果關聯，則到底哪個法學理論 / 學說於過去當時或於今較為「正確」或「妥當」，實非問題之所在，應關切的是：提出各項法學理論 / 學說的法學者的主觀理念、或其與各種現實利益之間的糾葛。為此，須追問作成這些法學理論 / 學說者之知識背景或生活經驗，包括其政經社會階層別、性別、族群別、意識型態別，乃至其法學專業養成之經歷(例如留學國別)。⁷⁶

同樣須在此停下來問：在傳統中國存在著扮演上述角色的法學者嗎？按在傳統中國法家的「法由君生」概念下、尤其當制度上已將統治權力完全集中於皇帝一人時，根本不容許存有專對法律內涵壟斷詮釋、甚或僅是有所置喙的法學者階層。相較於西方法學者或法院之以法的權威足以抗衡國王的統治權，甚至自命為法的代言人來對抗國王的作為，傳統中國的讀書人或官僚並沒有這種思想上的武器。在儒家思想中，固然有「天」、「禮」等觀念來評斷「國法」，但漢朝以下

來有關民事訴訟法條文的修改，相當大程度是受到力主跳脫德日學說舊框框、以因應臺灣社會需求的邱聯恭教授的學說影響。參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁 310-311。

⁷⁶ 例如，筆者曾以 1946 年至 2000 年在臺大法學系任教者的族群別、性別、留學國別、公職經歷等等，詮釋臺大法學教育及其研究風格的變遷。參見王泰升，〈臺大法學教育與臺灣社會(1928-2000)〉，收入氏著，《臺灣法的世紀變革》，頁 180-214。

的歷史實踐上，儒者或以儒教合理化皇帝對個案之科處刑罰，但曾否訴諸「天」或「禮」而要求改變律文或否決皇帝對個案的裁斷？恐怕值得深入探究。至少，我們相信中國歷史上對皇權的制衡，與西方法學者的論辯方式應該大異其趣。

也因此，今之歷史研究者針對一件發生於中國唐朝或宋朝的案件，在描述其案情後，宜否依照今之學者對當時法條的詮釋，甚或依西方學者對於法律應如何解釋或運作的看法，來主張該案在當時「應該」怎樣判？按其所使用的這些詮釋或看法，不但不存在於唐朝或宋朝當時，可能跟當時對「法」的認知都不相同。或許較值得注意的仍是，當時哪些人有哪些意見，各意見所涉及的意識型態或現實利益上的考量是什麼，而最終政治最高權威選定了某項意見，又顯現了什麼樣的價值或利益的取向。簡言之，與其主張「古案於古應如何判」，不如探究「古案於古是如何判」，並詮釋其文化或政治上的意涵。當然還可能是以「古案」的案件事實為例，探究「於今應如何判」；這時應先註明是依據今之哪一特定國家(或法域)之法律；若係依臺灣現行法，則必須依從後述的有關現代法的法律適用方式。

附帶一提的是，若在描述唐朝或宋朝的歷史事實時，使用了「法官」或「檢察官」的詞彙，⁷⁷不免令人以當時並不存在之當今法官或檢察官的角色或職權，來想像甚或要求歷史人物為一定作為。當論者評述某帝制中國的「法官」，於審案時受到皇帝或上級官員的干預時，應提醒今之讀者當時制度上根本無現今「應獨立審判的法官」，故所

⁷⁷ 「檢察官」一詞係在中國清末的 1906 年，始首度出現於華文世界的法律條文上，乃沿襲日本明治時期於制訂西式刑事訴訟制度時所採用的日文漢字，其所指稱的內涵，則是 1789 年法國大革命後所產生的檢察制度。參見王泰升，《臺灣檢察史——制度變遷史與運作實況》（臺北：法務部編印，2008），第 1 篇，頁 5、13、41。

謂的「干預」可能是當時朝廷或官僚體制所要求的指揮或監督；但既然如此，不如稱呼其為「司法官僚」。同樣的，「權利」一詞在今之法學與法制上有一定的意義（與「利益」一詞有截然不同的意涵），該項意義使得權利人對於權利概念所要保護的利益之實現與否握有主控的權力，而如「永佃權」一類名詞在現行民法典上也有特定的內涵。所以若以「權」或「永佃權」來描述當時不存在這些概念的清朝統治下社會，今之法律人（或知悉今之法律者）可能以現在對「權」或「永佃權」的定義／內涵來認知當時的情況，而造成誤會。⁷⁸由於現今法律上各種「權利」的制度，係日治後，亦即法律現代化之後，才出現於臺灣人民的法律生活中，故筆者在論述清治時期的法律史時，一概不使用各種「權利」之名稱及相關的法律概念。⁷⁹曾有一本碩士論文的題目是「從業到所有權」，欲呈現清治時期臺灣的「業」之不同於現代法上「所有權」，並描述臺灣法制上如何從前者轉變成後者。⁸⁰若清治時期就使用後來才有的「所有權人」來描述「業主」，即難以顯現出變遷的軌跡了。

(三)司法或行政上對個案適用法律

在現代法底下，國家司法或行政機關面對其所受理的社會上發生的個別事件，將先解釋法條的涵義再將其適用於案件事實，以判斷該個案的是非曲直或要求相關當事人應為一定的作為或不作為，從而干

⁷⁸ 同說、梁治平，《清代習慣法——社會與國家》（北京：中國政法大學出版社，1996），頁51、88。

⁷⁹ 較詳細的論述及具體例子，請參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁48、77-95。

⁸⁰ 魏家弘，《臺灣土地所有權概念的形成功過——從業到所有權》，（臺北：臺灣大學法律研究所碩士論文，1996）。

涉了特定人的法律生活。其具體的呈現，即司法機關的裁判或憲法解釋，以及行政機關的行政處分或個案指令等。參與這項「對個案適用法律」之人，包括作為國家機關一份子的法官、檢察官、和職司執法的行政官員(例如警察人員、衛生或環保機關稽查人員等)，以及本於經國家認證的法律專業能力，協助人民處理與國家行使司法權或行政權有關的法律事務的律師、公證人、代書(各時期的法定名稱與職務不同)等。這些司法或行政機關的「法律實務見解」，可能由來於接受了法學者們對於法律條文的詮釋，此將使得法學者所為的「無權解釋」變成屬於國家實證法一部份的「有權解釋」。而在出現眾多的法律實務見解之後，也可能有法學者據以提出一定的法學理論，故兩者有其互動關係。宜注意的是，如上所述包含檢察官、律師在內的司法運作體系，乃是傳統中國法所無。

現代法更具特色的是，司法裁判 / 憲法解釋或行政處分 / 指令就特定的個案，為什麼應根據某法律條文而給予制訂法條時已預設的法律效果，必須交代其法律論證的過程。所謂的法律論證 / 法學論證是一種就規範而為的論證，其目的不在於證明某經驗事實之存在，而在於證明某種法律規範適用之妥當，以正當化(justify, 或譯為「證立」、「證成」)應依某法律規範而為一定的約束或強制。⁸¹如何建立這種正當性，依不同的法系、不同的國家、在不同的時代而可能有相異的看法。臺灣從日治時期開始盛行著歐陸法系的「法釋義學」(其不存在於傳統中國法)，認為闡釋法律時有其應遵守的規則，亦即須經由文義、體系、立法史、比較法、立法目的等解釋方法，闡釋法條的內涵。再以此被闡釋後的法規範作為邏輯三段論法上的「大前提」，將存在著特定的個

81 參見王澤鑑，《法律思維與民法實例》(臺北：王慕華，1999)，頁 252；顏厥安，《法與實踐理性》(臺北：允晨出版公司，1998)，頁 98-99。

案事實(符合法規範之構成要件所描述的具體生活事實)作為「小前提」，而以該法規範上法律效果的發生作為「結論」，完成整個法律適用。不過司法機關還是可在法條可能的文義範圍之外，進行類推適用等「司法造法」活動。⁸²總之，所有的法律論證都被期待符合其所處時代有關法釋義的要求。

然而法釋義學上各種解釋或適用的方法，僅使得法律解釋適用的內涵及結果具有多種可能性，究竟應該採取哪一個法律適用的結果，仍是實踐上的一個評價。按從事法律解釋適用者，可能因其在法秩序中被期待的角色功能而異其價值取向。例如檢察官與律師，即可以其在法制上分別扮演「替國家訴追犯罪」，與「維護被告的訴訟上利益」的角色，而說明其之所以得出不同的解釋適用結果。但在法制上被期待中立於原告被告之外的法官，又為何採取某種解釋適用以產生某一法律結果呢？這項疑惑顯然已不能從法規範本身得到答案了，而必須回到社會脈絡來理解。至於非屬一般所稱「法律專業」的執法官員，在制度上並無類似司法獨立、身分保障等用以排除法律以外因素干擾的設計，故更不宜僅用法規範本身來詮釋其執法行為。於是，法律專業社群和執法官員的政經社會階層別、性別、族群別、意識型態別，及其專業養成之經歷、時代思潮及價值觀，成為詮釋其行動時，除了法規範面的抽象規則之外，所必須加以考量的因素。⁸³

由於法律論證具有如此高的專業性，且在邏輯上沒有唯一的標準

⁸² 其詳請參見王澤鑑，《法律思維與民法實例》，頁 239-343。不過，王澤鑑自德國引進的這些學說，自 1970 年代起才逐漸成為臺灣法學界的主流通說，不宜逕以詮釋處於不同年代之法律人的行動。

⁸³ 可作為這項研究之參考文獻，例如司法院司法行政廳編，《臺灣法界耆宿口述歷史》第 1 輯、第 2 輯、第 3 輯、第 4 輯(臺北：司法院，2004、2006、2007、2008)；王泰升、曾文亮，《二十世紀臺北律師公會會史》，頁 61-88、155-217。

答案，最終仍是一種實踐上的評價，那麼以探究經驗事實為旨的歷史研究者，需要對個案的解釋適用表達「應」如何判斷的看法嗎？蓋一旦欲如此做，即必須交待係依據某特定法體系、提出怎樣的法律論證來支持其應然的主張。筆者在某些關於法律史的研究中，並未就特定法律議題應如何解釋適用表達意見。例如，雖曾描述臺灣歷史上與主權相關的事實有哪些，但並未透過國際法的解釋適用／法律論證而主張今之臺灣主權應歸屬於誰，⁸⁴因為自忖尚欠缺國際法的專業知識。又例如，雖指出 1949 年後臺灣是一個事實上主權獨立國家，中華民國憲法已有「臺灣化」的事實與趨勢，但並不如許多憲法學者那樣從法律解釋來證成「兩國論」的主張，⁸⁵因為自知憲法解釋非自己強項。或許正因了解法學是什麼，故不敢對例如臺灣主權問題等複雜的法律議題強為解人吧。

在「依法裁判」、「依法行政」等制度要求下，司法或行政機關乃是將社會上所發生的事實，姑且稱「社會事實」，配合法律構成要件的用語，而轉化成用法律語言來描述的「法律事實」。且不論是法律事實或社會事實，均是法院依據訴訟雙方的主張及舉證等程序而認定的「事實」，尤以強調當事人進行主義的民事訴訟程序為然。是以，前舉法院判處匪徒罪之判決原本，僅表達出法院認為某人有構成匪徒罪要件的行為，亦即存在著「某人被法院判處匪徒罪」之事實，尚不能遽斷此人真的有集結成團體以行搶的行為。若法院在判決中認定某一群人並未集結成「緊密的團體」，故不以匪徒罪論斷，則真實的情

84 參見王泰升，〈臺灣歷史上的主權問題〉，收入氏著，《臺灣法律史的建立》，頁 259-280。

85 參見王泰升，〈憲法的臺灣化〉，收入黃昭元編，《兩國論與臺灣國家定位》（臺北：學林文化事業公司，2000），頁 173-202；黃昭元，〈導言〉，收入黃昭元編，《兩國論與臺灣國家定位》，頁 5。

形又是如何呢？可能其實已集結成緊密的團體了，然法官出於放被告一馬的念頭，為避免被告遭判處匪徒罪而認定為未達「緊密」程度，亦即法院所認定的法律事實不同於真正的社會事實，但也可能是的確是沒有形成這樣的團體。從法院史料可確定為真實的僅有：一旦法院認定是「集結成緊密的團體」就會科處匪徒罪，不然改論以強盜罪。因此，研究者可能需另從其他管道或史料，包括民間書寫甚或當事人自己書寫者，例如回憶錄或日記，來與官方史料交叉比對。歷史研究者是有可能依史料耙梳出一定的社會事實，推翻法院認定的法律事實。

其實，許多文字史料都是一定制度的產物，在解讀該史料之前，須先理解相關的制度。例如，清朝內閣題本中有關刑案之被稱為「刑科題本」的檔案，⁸⁶乃是清朝中央政府的審案資料。官員們為了讓案件事實與其所引用的律例等成文規定上所載情形相吻合（按清律斷獄門「斷罪引律令條」規定：「凡斷罪皆須具引律例」），可能會傾向於使用律例上的名詞，來套用於社會上所發生之事實，這一點是在利用這些審案史料時宜謹記在心者。縱使案件上所載之事實，經確認為無誤，也須了解在清朝的制度下，僅僅特定的重案才會審轉至中央政府，⁸⁷因此中央層級審案史料內所提及的事實，在當時社會上是否相當普遍？即值得慎思。例如因竊盜而發生命案，就很可能被送至中央審斷，但這類涉及命案者不一定能代表所有竊盜案件的整體情況，蓋其僅是官府所處理的竊盜案件中的一小部份爾。若擬以官府審案記錄探究當時社會的實況，恐怕更須考量：清朝統治下的社會，若發生兇殺、竊盜等刑案或一般財產上紛爭時，究竟有多少案件會進入官府衙門？因此刑科題本當然是重要的史料，但對於其可以有效詮釋的範圍宜有所警

⁸⁶ 參見賴惠敏、朱慶蓀，〈婦女、家庭與社會——雍乾時期拐逃案的分析〉，《近代中國婦女史研究》，8（臺北，2000.6），頁6。

⁸⁷ 關於此項制度，參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁66-69。

覺，就某些議題可能在考量到其所載案件已被重重篩選過的侷限性之後，宜再另尋其他史料以佐證之。

同樣的，屬於清朝地方政府層級的《淡新檔案》，也有類似情形。在該檔案內，可看到原告、被告、證人等的呈狀或訊問筆錄、官差或民間領導人的呈報、幕友和大老爺(知縣或同知)的批示或裁斷等等。然而，這些記載各項爭執或斷定犯罪行為存在與否或財產應如何分配的文書，其內容只是作為書寫者／表意者的前揭人士之一方說詞，原本即非對於當時社會事實或現象為客觀描述。且究竟案件發生時的真實是什麼？案發當時的人們都未能有十足把握，遑論處於今日的研究者，雖然也不排除後人尋得當時未被提至衙門的事實(如同前述之研究者可發現某些社會事實以推翻法院的法律事實)。不過，檔案中存有可以確定的真實，那就是：這個人，在這時候，講這樣的話，或官員採取這樣的作為。有鑒於發言者為爭取別人相信其說詞，通常會盡量配合當時一般人們的觀念，故或許可從文書的文本內容來詮釋：正因為當時一般人存在著某種觀念，所以某種說詞經常出現。或者可利用《淡新檔案》之包含了審案各階段的文書類，而描繪出當時官府進行審案的過程。⁸⁸總之，務必先理解政府檔案所收錄的文書，在當時整個法制乃至社會運作上的位置。

(四)社會生活上的運用法律

現代型國家法從法條的揭示、法學理論的闡述、司法或行政個案

⁸⁸ 對上述研究方法有興趣者，可參見陳韻如，〈帝國的盡頭——淡新檔案中姦拐故事與申冤者〉(臺北：臺灣大學法律系碩士論文，2004)；堯嘉寧，〈官府中的紛爭解決——以淡新檔案觀察相當於今日新竹市之區域之案件——〉(臺北：臺灣大學法律系碩士論文，2005)。

中的法律適用，最終即形塑出整個當今人民的法律生活。對於可謂鋪天蓋地的現代型國家各式各樣法律，一般人除了可從國家正式發佈的法條來獲悉外，也可能經由媒體傳播等方式，知悉在司法或行政個案中所宣示之法律上應遵守的行為準則。不過，知法不一定守法，雖社會生活上發生符合法律所預設的情狀，但當事人仍有可能不依照法律所為的指示行事。換言之，法律上有效的法規範，在社會生活上不一定具有「實效性」，尤以當國家法規範所蘊含的理念或行為模式，尚未為被規範的人們所接納時為然。有時需要國家持續且有力的推動，經一段轉型期之後，方能使這類法規範在社會上實效性提高。不過，社會也非全然被動地受國家法宰制，按一般人運用法律的方式，也可能導致國家的法律條文有所改變。⁸⁹

到底國家法在一般人的社會生活中發揮多大的拘束力？有多高的實效性？其答案須透過經驗事實的考察而獲得。因此，主要的研究素材乃是一般人在社會生活上運用國家法律所直接產出的文書，例如為進行各種交易／利益交換或建立共同生活關係所締結的契約書、向政府所為的各類登記等，以及紀錄一般人運用法律之實況的文書，例如公私部門的各項社會實況統計、報章雜誌上的記載、學者的觀察報告等，或記錄自己之運用法律的文書，例如日記、回憶錄等。而影響這些法律上作為的底層因素，則為一般人民的法律觀念或行為模式，或稱之為法律文化，其雖然不斷累積、創新，但卻又具有一定的穩固性，非旦夕之間可改變。

人民在社會生活中，可能出於某些動機而對國家法律為某種「欺騙」。意即人民向國家為一定的宣稱，並因而產生一定的國家法上效

⁸⁹ 例如原本法無明文，但一般人經常使用的合會、最高限額抵押權、祭祀公業等，於晚近均在民法典中增列法律條文以規範之。參見王泰升，《臺灣法律史概論》，頁 286-288。

果，但在社會生活上卻無所宣稱的關係。國家法於察覺後，將認定該「欺騙」者並無其所期待的法律效果。例如，日治時期法院於 1917 年時即宣告：奴婢之約定因違反公序良俗而無效，但有些人民卻將實為奴婢者申報為國家法律上的養女，⁹⁰若後來被察覺而依法認定實為奴婢，則在國家法上即不再具有收養關係，只是事實上似乎不常被察覺。又例如，向國家機關申報並登記某人為某筆不動產在國家法律上的所有人，但其實乃是另一人擁有該不動產並持有法律上權狀以防權利被轉讓。倘若實情被發覺並經國家機關確認為造假，則該國家法上所有人的地位即因存在虛偽意思表示而無效；惟以今之臺灣社會而言，因此被國家法認定為無效的案件似不多。前揭「欺騙」行為由於經常未被揭發，故實際上仍相當程度地存在於一般人的法律生活中，此凸顯出國家法實效上的曖昧性。

宜補充說明的是，於社會生活上運用法律的「一般人民」，在內部仍可能因政經社會階層別、性別、族群別、意識型態別等等因素，而對於是否接受某種新的法律理念或制度，存在著不同的考量和態度，並產生相異的法律上作為。例如，筆者曾依據司法機關的統計數字，指出日治時期「臺灣人」之使用法院作為解決民事紛爭的比例，呈現逐漸升高的趨勢，顯示當其將民事紛爭交由國家解決時，越來越喜歡使用法院內的民事訴訟程序，而非地方行政機關的調解程序。⁹¹然而該項研究自始即因當時法制及史料性質之故，而未納入高山族原住民族。⁹²就當時屬於漢族或被漢化的平埔族之法院使用者，將來亦可利用《日治法院檔案》中民事事件簿所載當事人資料，探究其是否集

90 參見王泰升，《臺灣日治時期的法律改革》，頁 365-366。

91 參見王泰升，《臺灣日治時期的法律改革》，頁 199-213。

92 日治時期臺灣殖民地政府對於高山族原住民族，採取與漢族或被漢化的平埔族不同的統治方式及法制。

中於特定的社會階層。

至於傳統中國法底下一般人民的法律生活，是否亦有如上所述的各種問題，或者有些實不成問題，倒另有滋生其他問題，在在都值得進一步探究。不過，在思考同樣的問題時，宜考量到傳統中國「天朝」統治體制對民間的滲透力或掌控力，不及西方傳入的現代型國家。

結語

如何將歷史研究的成果回饋給法學研究，或將歷史的省思與批判帶到法學的領域，一直掛念於心中。因此擬在法學界提出「具有歷史思維的法學」，主張應將臺灣法律史知識納入有關中華民國法的法律論證當中，並以臺灣社會多數人的價值與利益，作為立法、行政、司法實踐上的最高判準。惟礙於本文篇幅已過長，在此即不再論述。不過，若沒有質量兼具的臺灣法律史研究的支撐，所謂「具有歷史思維的法學」將無從展開其論述。所以，未來仍將戮力於史學研究，並嘗試具體地將其與法學 / 法律論證結合。

對自己所提出的疑惑追尋答案，讓筆者有一種「我思故我在」的感覺。不過，就像頑童之勇於挑戰大人們的世界觀，童言童語固有其真誠無偽，但或有思慮不周之處，尚祈各方惠賜指正。

(本文於 2010 年 1 月 7 日收稿；2010 年 5 月 16 日通過刊登)

Back and Forth between Law and History

Tay-sheng Wang

National Taiwan University College of Law

This article considers why and how the author has dealt with the inter-relationship between law and history, and that between jurisprudence and the science of history over the past two decades in Taiwan. One of my findings, which has been previously neglected, is that the process of modernization of law in Taiwanese society began during the Japanese colonial period (1895-1945). Both the ROC law, which was the product of legal modernization in Republican China (1911-1949), and the legal legacy of Japan's fifty-year rule of colonial Taiwan have shaped today's Taiwanese society in its law. Researchers who wish to explore Taiwan's development after modern law was enacted on the island must have an understanding for these roots of its modern jurisprudence. Due to the multiple origins of Taiwan's legal system, there are now plural viewpoints and values in Taiwanese legal society. Finally, I discuss how to interpret and write on past legal phenomena based on an understanding of how the meaning and contents of law have changed from the past to the present.

Keywords: reception of law, Japanese period, Taiwanese legal history, traditional Chinese law, jurisprudence

