

課程名稱：法律史
授課教師：王泰升

• **課程概述：**

歷史知識是為了讓人們更了解其生活周遭環境，以思考或解決當今的問題而存在。在此係以**台灣社會**（共同體）為主體，略古詳今地探討其**法律生活的發展歷程**；從原住民族自治時代開始觀察，經荷西統治、鄭治、清治、日治等時期，談至「國民黨一黨執政時期」終結的 2000 年為止，但很多議題已持續探究至 2000 年起迄今的當代/「政黨輪替時期」，而可整個稱「戰後」或「中華民國時期」。並以放眼世界的態度，述及與台灣法律發展脈絡有關之重要法系和鄰國法律史，包括原住民法、傳統中國法、前近代及近代西方法、近代日本法律史、近代中國法律史。

• **課程目標：**

由相關的法律規範所組成的「法律制度」或「法秩序」，當然是本課程重要的討論對象，但同時將探究這些法規範所由生的政經社與思想等方面的背景，以及法規在社會生活中的運作實況和所形塑的法律文化。作為法律系學生必修的基礎課程（不再兼顧非法律系），旨在**提供關於台灣法律史的基本知識**；雖列有可進一步探究的議題及資料，但僅供參考。所述將聚焦於**法律當為規範與社會實存現象間之關係**「是」什麼，並立基於這些法經驗事實，思考現行國家法「應」如何解釋適用、或「應」如何立法，以在為實踐評價時，有另類的觀察及思辨的角度。

• **課程要求：**

修習者須於上課前預習教材內容。上課時以學生業已預習為前提，依預定的大綱及進度，運用教科書、簡報而為講述。若不能在課前做預習，必影響學習效果，不宜選修本課程。由於採用「老師課堂演講式」教學，**修習者務必親臨課堂聽課**，方能吸收某些不在教科書內、僅講課時提及的內容，**不喜歡這種學習方式者請勿選修**。未依前揭課程規劃上的要求，很可能將導致期末筆試成績不佳。**歡迎在下課時向授課老師提問**。課餘時間可至授課老師的**個人網頁**，觀看台大開放式課程錄製的 2016 上課實況，或所撰法律史論著（論文和自版書有全文）及史料介紹，若有疑惑亦可下課時詢問。本課程以專攻法學的學生為講授對象，但授課內涵不限於法學。必備的教科書為：王泰升，《**台灣法律史概論**》（元照，6 版 2 刷，2022），並依其章節安排授課進度，**惟講授內容不侷限於該書**。本課程期待法律系學生已獲較多現行法及法學之訓練後，再為古今之辨與省思，故限大學部二年級以上者選修。選修人數設有上限，**不以任何方式辦理授權碼加簽，請不必再私下函詢**。對台灣法律史具有濃厚興趣、但未能選上此課程者，獲授課老師同意後可旁聽。

• **評量方式：**

本課程沒期中考亦不交報告，**平時需預先為期末考做準備**，可自備上課筆記或心得供臨考時參考。前述教科書及課堂上講述內容（含補充教材），皆納入期末筆試的範圍。**修習者一律依期末考答案卷決定學期成績，不接受以撰寫報告等其他任何方式代替筆試**。就評為「不通過」，無特定比率，亦無年級、國籍之考量。

2024 年講授日期及其主題

2/20 第一章 台灣為主體的法律史

2/20、2/27 第二章 複數法律文明的並存（史前至 1683 年）

2/27 第三章 傳統中國法律文明的盛行（1683 年至 1895 年）

3/5 第四章 清治時期的行政組織及司法運作

3/12 第五章 清治時期「民事」法

3/19 第六章 台灣現代法律體系的確立

3/26 第七章 憲政體制及實踐－現代憲法在台灣的發展

4/2 不上課

4/9、4/16 第八章 行政組織及作用－現代行政法在台灣的發展

4/16、4/23、4/30 第九章 司法制度及法律專業社群

4/30、5/7 第十章 刑事法規與犯罪懲治

5/14、5/21、5/28 第十一章 民事法規與紛爭解決

5/28 第十二章 展望未來－以台灣為主體兼容並蓄

6/4 期末考

6/11 討論期末考試題及自主考察的家族史

其他參考資料：

(1) 個人網頁「泰升的法律史研究」中的「教學活動」、「學術論著」、「研究展示」、「研究資源」等主題：<http://homepage.ntu.edu.tw/~tswang/index.html>。

(2) 科技部人文司「人文·島嶼」平臺專訪：「臺灣史上第一本護照，中國人也搶著要？臺大王泰升帶你回到日治時期的那些年」（2020 年 9 月）：https://humanityisland.nccu.edu.tw/wang_taisheng/。

(3)【科技部人社中心】多聲部島語 Newsletter No. 35，連采宜採訪、撰文，「立足臺灣，建構法學，奠基歷史——王泰升」（2022 年 6 月）：<http://www.hss.ntu.edu.tw/upload/file/202206/faad001d-cf37-4060-986f-67106c9053c7.pdf?fbclid=IwAR0GDR9J801ORtg-6z3WEGMrHygl-UebFpmJsgPvuiPj0sfcyujHSq0oiqA>。

(4) 中研院「研之有物」專訪（2022 年 10 月）：「當包青天披上法官袍！王泰升揭開臺灣司法正義觀的轉型史」：<https://research.sinica.edu.tw/judicial-consciousness/?fbclid=IwAR0GDR9J801ORtg-6z3WEGMrHygl-UebFpmJsgPvuiPj0sfcyujHSq0oiqA>。

第一章 台灣為主體的法律史

一、歷史知識的意義：了解自身所處社會（生活共同體）之所由來（《概論》3-11）

- （一）從台灣歷史上多次的人群移動/政權移轉而有多種法律文明的鑲嵌。由《概論》圖 1-1、1-2 而形成「多源而多元的台灣法社會」（補 1）。亦即，當今台灣法社會因法律史上的「多源」，而具有「多元」的內涵。台灣擁有屬於南島語族的原住民法律傳統、屬於東亞漢字文化圈的漢族法律傳統、屬於西方基督教世界啟蒙運動後產物的現代型法律，且施行過同樣是繼受近代西方的戰前日本法和民國時代中國法，終於在 1990 年代民主化之後，嘗試走出台灣自己的法律特色。
- （二）有別於「中國史」、「中華民國史」。從台灣法律史的觀點，中國法和中華民國法都只是台灣法的一部分。不過，從 1949 年迄今，中華民國史與台灣史兩者已合而為一（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）。就如同英國法和美利堅合眾國法乃是美國法的一部分，而美國法律史也從印地安人法律開始講起。美國的法學院講授美國的法律史，但不排斥英國或歐陸法律史，台灣的法律系當然是講授台灣的法律史，而可選修中國法律史等等。
- （三）從台灣法律史的觀點，於 2024 年時，就所謂的「兩岸分離」，應是「日治」50 年（1895-1945）+ 「戰後」79 年（1945-2024）- 「戰後初期」4 年（1945-1949）= 125 年，而非「75 年」。以在台灣的漢族（不同於原住民族）而言，因台海兩岸分別隸屬不同的現代主權國家，導致「一家人」但「不同國」，早在 1897 年（國籍確定之年）以後就發生了。如 1924 年在中國廈門曾發生，五位兄弟中有三位主張：兩名弟弟在日本領有台灣後已成為外國人，故對屬於家產之在中國的不能擁有所有權，但日本駐中國領事拒絕接受該項主張。甚至 1923 年曾發生，台灣人在中國廈門與當地人衝突以致被挾持時，日本從馬公港派出軍艦前往廈門，並由陸戰隊登陸廈門以護僑。參見王泰升、阿部由理香、吳俊瑩，《台灣人的國籍初體驗：日治台灣與中國跨界人的流動及其法律生活》，頁 148-150。

*關於台灣人民與中華民國法的關係，亦參見王泰升，〈人的歷史、法的歷史？—多元法律在地匯合〉，《台灣法律人》，創刊號（2021 年 7 月），頁 1-26。

二、對法律人而言，欲了解、進而規範法律生活，需要哪些歷史知識？（《概論》11-13）於今在憲法法庭上，台灣法律史已是必備知識（如 2023/12/29 的 **112 憲判字第 20 號判決**，採納拙作台灣法律史概論的主張並引註之，見後述第 11 章）

- （一）向來以「法制史」之名，探究《概論》圖 1-3 所稱的「法律規範內容」的演變。也因此經常將法律史知識之運用，侷限於：在進行法律解釋適用（亦稱「法適用」）時，依法條制定過程進行「立法史解釋」。

- (二) 若欲了解人民的**法律生活現象**，則應從「形成法律的（政經社文）原因」出發，且進一步觀察「法律的社會效應」（《概論》圖 1-3），亦即「從法條到法社會」的歷程（補 1）。因而法律史知識可運用於如下。
- a. 司法或行政機關案件中「案件事實」的認定，例如契約書上「現銷金」「重張典掛」、戶口調查簿上關於「螟蛉子、招夫、媳婦仔」的記載（《概論》3-4），以及與現行法上原住民身分認定關係密切的戶口調查簿上「生」、「熟」、「福」、「廣」等記載、大法官釋字 668 號所涉及的日治時期台灣人身分法「是」什麼。又，依《地籍清理條例》之規定，「神明會」、「日據時期會社組合」、「土地總登記時或金門馬祖地區實施戰地政務終止前，登記名義人姓名或住址記載不全或不符」，及權利主體不明等權利歸屬不明土地，如逾期無人申請重新登記，將由縣市政府代為標售，經 2 次未能標出者將「囑託登記為國有地」，但真正權利人得請求發還土地價金。2023 年 1 月 12 日立法院三讀通過，改以申請發還該囑託國有地為原則，而上述的權利歸屬之確定，經常須參照日治時期法制。該條例第 27 條第 1 項第 2 款所欲清理之關於土地的「墾耕權」，更是源自荷治時期的產物（參見下一章）。
- b. 了解立法或行政機關制訂出（或英美普通法法院作成）具有普遍適用性之法規範——法之制訂時，或者司法或行政機關將該等法規範適用於個案——法之適用時，究竟「是」立基於當時怎樣的客觀環境以及主觀的理念或政策（英美法系稱之為「立法事實」），以及這項法之制訂或適用導致了怎樣的社會效應。倘若於今該等客觀的環境條件已不存在、主觀的價值理念已不妥當，或已造成社會上的不公平，即「應」改變過去所為之規範或解釋適用的內涵，就此可稱為「歷史思維法學」。
- c. 當今台灣的憲法法庭，可本於憲法上誠命（憲法規範），審查過去所為、現仍有效的法規範或裁判，是否有前述 b 所指「不存在」、「不妥當」、「不公平」，而論斷其違憲與否。111 年憲判字第 17 號判決主文：「憲法增修條文…之原住民族，應包括既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族。除……山地原住民及平地原住民，舉凡其民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今仍然存續，其成員仍維持族群認同，且有客觀歷史紀錄〔按：例如戶口調查簿上載「熟」〕可稽之其他臺灣南島語系民族，亦均得依其民族意願，申請核定其為原住民族；其所屬成員，得依法取得原住民身分。」112 年憲判字第 1 號判決理由：「祭祀公業之設立，其最主要目的在祭祀祖先發揚孝道；而就祭祀祖先之香火傳承言，男系子孫與女系子孫原無本質差異，在少子化之今日及可預見之未來，續強予區分，尤不利祭祀香火之傳承；就承擔祭祀之意願及能力言，時至今日，女系子孫不論姓氏、結婚與否，尤已與男系或冠母姓子孫無顯著不同。……拒絕設立人之女系子孫，列入為派下員之理由，不但於事理已難謂相合，而且顯然未能與時俱進，不合時

宜，甚至有害祭祀公業設立之祭祀祖先、傳承香火之初衷目的。」

d. 同樣從「歷史思維法學」的觀點，了解法學知識的建構歷程，進而本於特定的實踐目的，提出關於**法學內涵**應有的興革。例如王泰升著《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》一書，檢視歷來台灣的法學者為何及如何建構法學知識，並主張當今由數個世代組成的法學界應有的研究方向及取徑；考掘歷來法學緒論著述的文本，並主張應有專為台灣法律人而寫的法學緒論，推陳出新地採納德式法釋義學，增列英美法系的法適用方法，尤應「看見」台灣法事實。

(三) **過去決定了現在，但不能決定未來**，因為現在可以**改變**；但欲如何改變，可不知歷史嗎？為顯現新的氣息，避免「法制史」一詞之可能被誤以為只關心制度面或規範面而已，乃改以「法律史」稱呼這個學科，凸顯其考察的是人們社會生活中與法律相關的各種現象。

* 王泰升，《具有歷史思維的法學》，頁 1-38；王泰升，〈臺灣法律史的提出及學科化〉，《中研院法學期刊》，2019 年特刊 1（2019 年 10 月），頁 18-26。

* 王泰升，〈台灣法律史在司法違憲審查上之運用：以關於原住民身分認定之法規範為例〉，《台灣法律人》，第 15 期（2022 年 9 月），頁 1-19；〈從憲法檢視台灣祭祀公業派下法制之流變〉，同期刊，第 18 期（2022 年 12 月），頁 1-14。

* 王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》（台北：臺大出版中心，2022）。

* 陳韻如，〈2020 年至 2022 年法律史發展回顧：實務與研究的對話〉，《臺大法學論叢》，第 52 卷特刊（2023 年 11 月），頁 1381-1405。

三、課程進行及考試方式

(一) 修習本課程者於上課前，**務必**按這份「講授重點」上排定的進度，以及載明的頁數，**先閱讀《台灣法律史概論》相關內容**。課堂上依在此設定的各項議題進行，並以圖片或史料作為「補充教材」。這些圖片或史料引用自《追尋臺灣法律的足跡》一書及各方蒐集所獲。期末以**筆試**檢視是否了解這些法律史基本知識，可先閱歷年試題及學生答卷。

(二) 學生的疑惑，除上課時適時提出外，可下課時詢問。若欲對相關議題進一步了解，可**自行閱讀**老師在這份「講授重點」推薦的論著（註記*），或就個別議題詢問老師。對整個台灣史了解較少者，可閱讀《追尋臺灣法律的足跡》中關於「事件百選」的文字說明。

(三) **並非靠高中以前所接收的知識，就能回答本課程的期末考題**，本課程將論及許多尚未被納入國、高中教科書的**晚近學術研究成果**。期末考時，需證明已經「知道」本課程所講述的這些歷史知識或詮釋，但可以有自己的觀點及意見，同時提出有論據的不同意見將給予高分（參閱下一章的「一、歷史的虛構、真實與詮釋」）。

*關於台灣法律史此一學科的討論，詳見《中研院法學期刊》，2019 年特刊 1「法律、歷史與台灣」，頁 1-197（可下載）。

第二章 複數法律文明的並存（史前至 1683 年）

一、歷史的虛構、真實與詮釋（《概論》19-20）

- （一）不同時代、不同種人對台灣「原住民族」的想像。（見簡報檔）
- （二）於今關於原住民族法律知識的建構：採取接近法律人類學的觀點，以觀察者對「法律規範」的定義，解釋被觀察者的「法律規範」是什麼。現有文獻對原住民族而言是「他族的記載」（補 2：日文）。
- （三）依來自近代西歐的現代法律概念，原住民族固有的法律，乃至於第三章將討論的漢族固有的法律，若沒有被轉化成現行法律條文，則僅能以社會上「習慣」的身分，成為作為補充法源的「習慣法」或「事實上習慣」，或者根本不被承認為具有國家法的效力。於今，漢族固有法亦被稱為「漢族法律傳統」，則對於原住民族固有法亦可稱之為「原住民族法律傳統」，並以之與現行國家法進行對話。

二、崇拜祖靈及尊重長者之法律文化的詮釋（「賽德克巴萊」的森林世界）

三、由法律思想所形塑的法律制裁方式（《概論》20-23）

- （一）有「冥罰」（補 3），以及逐出族外、絕交除名、令其獨居後再返、贖金等，族內極少死刑（另類的「廢死」）。由晚近的訪談可確認之（參見王泰升，〈在法學與國家法中看見原住民族法律〉，頁 8-9）。
- （二）相當於今「審判」（亦即由政治權威裁斷）的程序，包括「神判」。

四、關於資源利用的法律規範，可由日治晚期日本人的記載確認（補 2-3）

- （一）2003 發生鄒族頭目蜂蜜事件時，法院卻不知原住民族可能仍保有固有的法觀念，故民進黨政府開啟了「原住民習慣」調查。
- （二）若經法律實踐上評價，欲將原住民族固有法律/法律傳統，納入當今現代國家法內運作，則有必要以現代法概念、盡可能忠於原味的轉譯之。2010 司馬庫斯原住民撿拾檫木事件中，已為法院所援用。

五、居高臨下的荷蘭長官，以及坐在西餐桌子上的原住民、未入座的漢人（見「赤嵌地方議會」圖，《足跡》33）（《概論》23-28）

[公司/荷蘭國][長老]

荷、原：領主、封臣（屬民） vs. 荷、漢：主權者、居民（需持證）

• 統治/保護、服從/忠誠

• 以漢人所繳、協助鎮壓
補償之 漢人反抗

• 提供經營、建墾殖區
之機會 住於市街
• 徵人頭稅、贖社
收權利金

【共構殖民】

- (一) 以歐洲人主權觀念為準，建立歐洲封建制度下「領主與封臣」關係。行使荷蘭聯邦共和國主權的荷蘭東印度公司如同領主，在台灣殖民地的長官為其代表，被授予權杖的長老們效忠長官，長官保護長老，且長老擁有處理村民（屬民）事務的權力。（《足跡》24）。
- (二) 受荷蘭統治的原住民族（即今之平埔族）在長老統領下進行有限的「自治」。於今則有另一批原住民族（相對的稱為「高山族原住民族」），乃至包括平埔族在內，應否及如何在國家主權下「自治」的法律議題。
- (三) 「台文」的出現：新港文書（《足跡》61）。

六、來台持居留證的漢人與荷蘭人「共構」殖民體制（《概論》23-28）

- (一) 來台居住的漢人須向荷蘭東印度公司繳人頭稅，並須持有該稅單以應官員臨檢。在台漢人經常從事農耕（以荷蘭人的「甲」為土地記量單位），就不屬原住民族的土地可被賦予「所有權」並以收穫的一成繳稅，若在原住民土地上伐木或耕種，則須支付費用給該公司，公司將用這筆錢補償原住民。（《足跡》41）
 - (二) 荷蘭當局透過「贖社」制度從漢人手中取得財源，漢人再藉此剝削原住民的資源，可謂「共構殖民」(co-colonize)，亦開啟迄今猶存的原、漢間各自求生存的競爭關係。於今被翻譯為「殖民地」的 colony，本是西方文化中的概念。
 - (三) 屬於殖民地統治階層的荷蘭人引進了「pacht」，似今之德國民法上「使用租賃」，其後在台灣演變成今之《地籍清理條例》欲加以清理的「贖耕權」，台灣的福佬人及客家人仍有使用「贖」者。
 - (四) 有些居住於大員、赤崁市鎮。《台灣告令集》內禁止便溺、禁止家門前養豬之規定，法文化的衝擊（《足跡》29）。
 - (五) 在台漢人的西式法院（發現具普遍適用性的法，再據以適用於個案）初體驗：係「參審」，但尚無司法獨立及檢察官制度。「國民法官」？
- * 鄭維中，〈帶入西方法律的荷蘭統治者〉，收於王泰升編，《多元法律在地匯合》（台北：臺大出版中心，台灣史論叢法律篇，2019），頁 29-56；王泰升，〈人的歷史、法的歷史？—多元法律在地匯合〉，《台灣法律人》創刊號，頁 9-12。

七、各個政權都有各取所需的「鄭成功神話」，應回到鄭成功身處的時空，詮釋其作為（例如荷、鄭議和）的法政上意義（《概論》29-31）

- (一) 鄭成功政權抱持以漢族中心主義所建構的「天朝」觀念。

〔天下	（ <u>中原：民</u> ）	化外：夷、蕃	〕	天下之外的異域：非人
由作為	由皇帝設郡	由其君長接受皇帝		皇帝 <u>不需要</u> 支配
天之子	<u>縣</u> 以統治之	<u>冊封</u> 為「國王」（如		
的皇帝		朝鮮國王）並向皇帝		
所支配		為 <u>朝貢</u>		

*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 37-48。

(二) 鄭成功於 1655 年在廈門將其部屬組成「幕府」，名義上隸屬當時尚統治一部分中原地帶的南明朝廷(1659 年已被清朝[1644 年入主中原]所滅)。鄭成功以「延平郡王」封號，自稱「招討大將軍」或「本藩」，在台灣「開國立家」，即欲在台灣扮演著相當日本「幕府大將軍」的角色，故不自立朝廷，其子鄭經亦僅自稱「嗣藩」。鄭氏政權擬以明朝為名，逐鹿中原(由明朝統治的漢文化中心地帶，即清朝時的「關內十八省」)。在此的「家」與「國」的觀念，與儒家所稱頌的「修身、齊家、治國、平天下」相當，勿與 19 世紀以後的華語(中國官話)中，為翻譯近代西方具主權意涵的政治組織體(state)，而使用的「國家」或「國」相混淆。

(三) 在台灣史上，鄭成功恰似 1949 年在台建立「事實上國家」的蔣中正，其亦欲以「中華民國」的名份(法統)，奪回統治中國內地的利益。所不同者，蔣家及中華民國最終留在台灣並已在地化(本課程將來會詳述)，不像鄭家第三代依天朝體制的規矩，繳呈延平郡王之印以示降清，並與其部將一起被遷離台灣。

八、首度由漢人統治的台灣政治共同體(《概論》29-31)

(一) 漢人的王國 / 西方的主權國家(鄭英友好通商條約,《足跡》43)

(二) 民番之別: 鄭氏政權基於漢族中心的天朝觀, 讓原漢「主客易位」。

《概論》第 6 版已修改為:

鄭氏王國基於漢族中心的所謂「華夷之辨」, 將在台漢人稱為「民」, 其統治下尚未漢化者為「土番」, 在台灣法制上首度出現意味著漢族優越於原住民族的「民」與「番」之別, 甚至在台未受其統治的原住民族被視為係「非人」的另一種「番」 (清治初期清朝官員稱為「野番」, 即後來的「生番」)。所謂的「屯田制」, 經常就是以軍隊的優勢侵奪這些未受統治之原住民族的土地。當原住民族起而反抗, 鄭氏政權及漢人即稱之為「番害」, 並於漢人與該等原住民族居住地交接處, 駐兵防守 (註: 尚無所謂「土牛線」)。

此時為僅為觀念上的隔離/歧視, 實體上的土牛溝要等後述清治時期的 1722 年、1760 年代才出現。

(三) 鄭氏王國沿用不少荷治時期的制度, 故仍維持多元並存。清治後方進入傳統中國法一元獨大, 於今代表多元的法律複數主義果真「回不去了」嗎? (註: 日治前期民事事項亦曾採法律複數主義, 詳見後述)

*王泰升,〈原住民族相關法制的回顧及省思〉, 收於王泰升編,《多元法律在地匯合》(台北: 臺大出版中心, 台灣史論叢法律篇, 2019), 頁 427-487。

第三章 傳統中國法律文明的盛行（1683 年至 1895 年）

一、由於清朝將台灣納入版圖及大量漢人移居台灣，當時漢族的法律，亦即中國史上自秦朝以降的法律、學界所稱「傳統中國法」或「中華帝國法」（將中原歷朝比擬為西方的「帝國」），在台灣社會具有一元獨大的地位。故緊接著上一章已先交代的原住民法，而成為台灣法律史的討論對象。從整個東亞而言，在過去的天朝/朝貢體制下，漢族居住地域的中原的法律，其影響力擴及朝鮮半島、日本群島，以致 19 世紀以後才出現之作為現代意義國家的韓國、日本，亦存有與上述傳統中國法相似的法律文化觀念。是以，傳統中國法或者說「東亞法律傳統」，非 19 世紀後才有之作為現代意義國家的中國所獨享。如同羅馬法屬於西方世界（但各國法律不同），傳統中國法也屬於東亞世界（各國法律亦不同）。孔子哪一國人？魯國人也。今之「法學」一詞為東亞漢字文化圈共用，其內涵則源自西方。

二、就像現代法的思想淵源是西方古代的希臘、羅馬，傳統中國法的思想源自中國的先秦時代。春秋時代晉國就將以刑加以制裁的行為鑄在鼎上（而非寫在竹片或布帛上），孔子認為：「夫晉國將守唐叔之所受法度，以經緯其民，卿大夫以序守之，民是以能尊其貴，貴是以能守其業。貴賤不愆，所謂度也。文公是以作執秩之官，為披廬之法，以為盟主。今棄是度，而為刑鼎，民在鼎矣，何以尊貴，貴何業之守，貴賤無序，何以為國」（語出《左傳》，添加底線）。（《概論》35-41）

- （一）漢族早就有「刑罰成文化」的傳統（與原住民族不同），但戰國時代似不存在傳說中被稱為「中國第一部法典」的《法經》。
- （二）「唐叔之所受法度」指唐叔在「宗法封建制度」下受封而建立晉國時，所樹立之區分貴賤的典章制度。
- （三）「民」指庶民，「貴」指貴族。民應遵守「刑」，一旦「刑」成文化，貴族只能據此裁斷，庶民不再尊崇貴族，貴族難以守其產業，不再擁有其「國」（「天下」則屬於周朝天子，此「國」非今之源自西方的主權國家）。
- （四）從今之法理論，可謂是：法的安定性、明確性 vs. 法的妥當性、可變性，但當時確實是從統治者/貴族的利益出發的主張。孔子周遊列「國」時，告訴國君：「民為邦本、本固邦寧」，等於是告訴牧羊人：「羊是牧場的根本，羊肥了，你就賺了。」孟子主張可「放伐」暴君，雖表示可以換牧場主人，但並沒說羊可以決定誰是牧羊人或到哪邊吃草。誰是好的牧羊人呢？「天知道」。中國史上不斷上演以「替天行道」為名、武力征戰為實的改「朝」（由「天」之子設立朝廷）換代戲碼。
- （五）戰國時代有論者認為，「禮」的秩序業已崩壞，孔子的「禮下庶人」招數不管用，故不僅庶民，連貴族都一起用「刑」來約束，不再「刑不上大夫」，且由國君一人決定「法」（漢朝《說文解字》：「法，刑也」）之內容，此即「法家」所支持的「法治」，但實係君主「一人之治」。

從法家之認為應獨尊君主意志，亦可推出「焚書坑儒」的主張。

三、漢武帝之後禮法合流，儒法兩家併用，從三綱發展出「君父權統治模式」。

君 > 臣

= 父 > 子

= 夫 > 妻（夫為人之子，父為君之臣，君居頂端）

「父母官」：像子女對待父母一樣，庶民須尊敬並服從的官員。「求忠臣於孝子之門」：習於對父親絕對忠誠及服從，就可能對皇帝也絕對忠誠及服從。

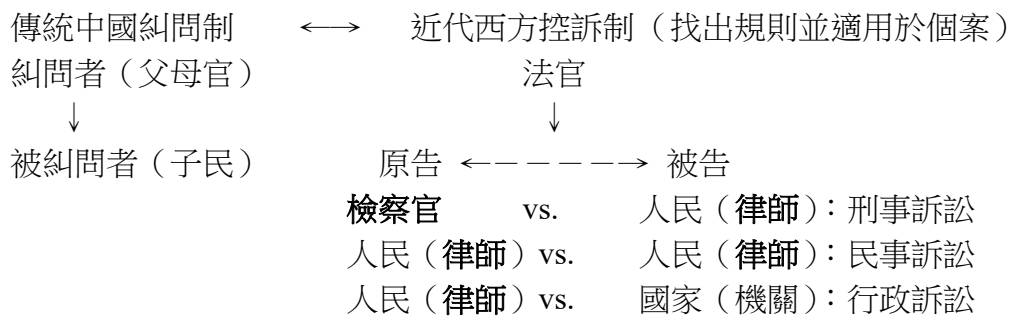
四、以清朝的《刑案匯覽》法律論證的文本，觀察傳統中國法規範的價值觀。

（補 4-8）（《概論》41-44）

五、作為審斷的準據究竟是什麼？（《概論》44-49）

- （一）從儒家或法家的理論、從天子的至高無上權威、從官府對庶民的統治權威來思考。
- （二）成文（被書寫下來）的官府規定：1. 皇帝對官僚的指令：律、例、會典事例等。沒有「民事」的概念，但有戶婚田土、還官給主等概念（補 9-13）。未被設想為須百分之百被執行（補 13-1），但只要百分之九十的情形可據以審斷，即可達成儘快結案的效果，減少統治成本，且透過整個官僚體系的稽核而控制地方官的作為，遂行大帝國的統治。所具有的不確定性，可提升皇帝或中央作為最終、最高裁決者的權威（補 14-16）。2. 官府對人民的指令，依樣畫葫蘆，作為父母官才有權威（補 17）。不然，即可能出現孔子所擔心的「民在鼎矣，何以尊貴」。
- （三）未被書寫於「官府規定」的民間習慣與情理。官府可尊重，亦可不尊重，不同的官員可能態度也不一樣（補 18）。
- （四）理念上可謂係就個案，綜合上述準據而為最妥適的裁斷，但實際上可能是以獲取朝廷統治或地方治理上最高利益為念。

六、配合上述「非規則」型準據的審案機制（相當於今之「審判」，《概論》49-50）



*糾問制：審辯合一、審檢辯合一 vs. 控訴制：審辯分立、審檢辯分立。見王泰升，《去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型》（增訂版），頁 37-73。

七、於今不需「美化」、亦不應「妖魔化」漢族法律傳統，而宜理解其內容及目的之後，再決定/選擇對於漢人的「過去」應否予以改變。因此可比喻為，就像餐廳同時提供 A 套餐與 B 套餐，A 套餐是這一章所述的傳統中國法律生活方式，B 套餐則是當今仿效自近代西方的現代法律生活方式，我們需要就中選擇一種。

A 套餐

儒家：天、禮
代表著對「至善」的期待
不符合即可改朝換代

法家：「法」係官府規定，最高統治
權威要求官僚及人民遵守的指令

一旦「出禮」即應「入刑」
政治權威先以「法」制定各種「刑」
個案應「屈法」以「申情」：習俗或情理
「法」不是絕對優先或唯一的判準

政治意涵/歷史實踐：

皇帝及官員是最終、最高的裁斷者
民眾也期待皇帝及官員做成至善的判斷
皇帝及官員可個別的「市恩」（賣人情）
如孔子所說：「貴是以能守其業」

對當代台灣社會的意義：

用固有文化中的「法」翻譯西方的 law
以致沿襲「法」不必絕對遵守的態度

※若不願吃 A 套餐，就該改對法的態度

B 套餐

西方基督教世界以上帝的諭示或人類的
理性作為至善的「自然法」

近代西方：國家的法是對所有人一概
適用的規則，國王亦在上帝與法之下

是非曲直皆依法而定
法應由人民的代表制定或法官宣示
個案須找出應準據的法以進行法適用
自然法優先但經違憲審查制實證法化

皇帝及官員意志須成為法才有權威
民眾須經由立法活動才能追求至善
官員本應依法實現民眾的權利
出現所謂「民在鼎矣，何以尊貴」

法不一定是由人民代表制定、法官
不一定為人民所信賴，抄襲自西方的
國家實證法及自然法理論之內涵
不一定為人民所贊成，卻都絕對須
遵守

※台灣外來法的在地化

* Tay-sheng Wang, "Translation, Codification and Transplantation of Foreign Laws in Taiwan," *Washington International Law Journal*, Vol. 25, No. 2 (April, 2016), pp. 307-329.

*王泰升，《去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型》（增訂版），上篇（1-4 章）

八、自修題：「現代的歐陸及英美法系與傳統中國法之相互比較」，上課不做解說，請自行閱讀，若有疑問可下課時詢問。就西方法當中歐陸法系和英美法系的討論，不納入本課程的期末考範圍，將另於「法的知識」這門課講述。

現代的歐陸及英美法系與傳統中國法之相互比較 / 王泰升 (2022/02)
 參考《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》第六章 (第五節專講英美法系的法適用方法，該節內容亦可參見王泰升，〈英美法系的法解釋適用論：作為法學緒論之補述〉，《台灣法律人》，第 19 期 (2023 年 1 月)，頁 1-30。

法制訂/法 (含判例法) 的做成



大前提	$p \rightarrow q$	凡人都會死	<u>法 law</u> : <u>具普遍適用性的規則</u> rule	對西文為造詞
小前提	p	孔子是人	個案事實	↑
結論	q	孔子會死	個案法律效果 = 法適用	↓

非漢族法律傳統

在歐陸法系 (含台灣現行法) :

有條文稱：「未選上此課者，不辦理授權碼加簽」，即是經由法 (之) 制訂——國家法上由立法或行政機關為之，而做成規則。於將規則適用於個案的法 (之) 適用上——國家法上由司法或行政機關為之，未選上者，在個案 A 主張此係大二必修課：不加簽 (法適用的結果)。在個案 B 主張其為大二學生、他班時間與債總二衝堂：不加簽。在本案 C 主張其大二學生、他班時間與債總二衝堂、欲提早畢業：？

法適用上的法律論證形式，可有兩種：(1) 就條文為解釋，屬於未選上者，即不加簽；(2) 超越條文的文義範圍而進行「法律的補充」，認為依該規則的「內在目的及規範計畫，應設有限制而未設此限制」，故據此限縮其適用範圍 (稱「目的性限縮」)，讓未選上者可加簽；此時已變更規則的內涵，再以之作為法適用上的「大前提」。

究竟採擇哪個形式，實質上是價值判斷與利益衡量的結果，亦即思考「欲提早畢業」之利益應否受到法律較優先的保障？若抱持否定的態度，就在規範論證形式上採取 (1)。在「依法裁判」的憲政制度下，由於形式上已經有法條作為其正當化裁判結果的根據，故不一定在裁判中交代做成價值判斷與利益衡量的理由，例如乃是基於學生 (個體) 進入法律系就讀時，已與學校 (個體) 達成合意將四年畢業 (現代個人主義法制的思維)，認為提早畢業的利益不應受保障。〔註：所稱「歷史思維法學」，主張須交代做成價值判斷與利益衡量的理由，且應納入歷史因素的考量〕

可能有法律論證形式以外的原因/理由，例如：「疫情時代修課人數有限制」、「老師是法律人」等等，乃是一種社會科學上的「詮釋」，以說明為什麼有「個案 C 出現該裁判」的經驗事實，在學術上須提供其他人可檢視的論述依

據，以說服人們接受其為**真實**。〔註：「歷史思維法學」認為進行法律論證及做成實踐上判斷時，應將此等法規範以外的「法經驗事實」納入〕

若經由法制訂，產出**新的**條文：「未選上此課者，在選課人數上限內尚有餘額時，得經抽籤方式辦理加簽」，則基於法之具普遍適用性，個案 A、B、C 中未選上者，都可適用之。此時應以各種制訂理由，說服人們接受該法為**妥當**。

在英美法系：

狀況是：沒有前揭條文（無制訂法 enacted law），但已有個案 A、個案 B 兩份判決先例 precedent。在受理本案 C 時，基於「判例遵循」原則，先從案 A、案 B 的判決「發現」一項具普遍適用性的規則（稱「法之發現」），亦即在**法適用**的過程中**做成規則**（國家法上由法院為之），其被稱為「普通法」common law。按在權力分立的憲政體制上，法院有權做成法律（而為「法源」之一），係英美與歐陸兩法系的重大差異，故為台灣現行法所無。若本案 C 的**案件事實**（小前提），與該普通法上規則（ $p \rightarrow q$ ）的**法律構成要件事實**（ p ）一樣，即應**跟隨 follow** 這項法/規則，否則應有所**區別 distinguish** 而不援用該規則。查案 C 相較於案 A 與案 B，在案件事實上多了「欲提早畢業」。

在法律論證形式上，可有兩種：（1）從案 A 與案 B 的**法律推理 legal reasoning** 可知**規則**是：「未選上此課者，不辦理授權碼加簽」（事先並未被書寫成條文，待法院受理個案時始發現/做成之），**不問**未選上者是否欲提早畢業，蓋其此事**不具重要性**。因此本案 C 的案件事實，與規則上構成要件事實一致，應**跟隨**該規則而**不加簽**。（2）從案 A 與案 B 的法律推理 legal reasoning 可知規則：「預定四年畢業的法律系學生，未選上此課者，不辦理授權碼加簽」，按大二學生還有兩學年可選這門課，故規定不予加簽。本案 C 中該學生欲提早畢業，迥異於規則中的法律構成要件事實，故應有所**區別**，本案與該規則**無關**（未否定該規則之有效性），**可加簽**。

究竟採擇哪個形式，**實質上**還是取決於對「期待提早畢業」一事，所為的價值判斷與利益衡量。不過由於英美法系的「判例遵循」，是以本案事實與判例中規則內的法律構成要件事實相同為前提，故為法律論證時，須對**案件事實**評估「重要性」以決定跟隨或區別。因此可能將前述「學生進入法律系就讀時，已與學校達成合意將四年畢業，故提早畢業的利益不應受保障」等納入判決理由，以闡明「欲提早畢業」不具重要性，而採取（1）的論證形式。相對於此，歐陸法系的法律論證形式，可能僅抽象地做**法條意涵的解釋**，未表明利益衡量的理由。換言之，縱令法適用的結果一樣，歐陸法系與英美法系的**法律論證形式不同**（還有其他差異，例如法律論證時可推翻判決先例的規則，在此省略）

在英美法系，若議會已經以**制定法 statute** 規定具普遍適用性的**規則**是什麼，則其將**優先**適用於從判決先例所發現的規則/普通法。例如一旦制定了「未選上此課者，在選課人數上限內尚有餘額時，得經抽籤方式辦理加簽」之條文，即不能再採上述專就普通法所為的法律論證形式（1）。不過制訂法的法適

用仍有**解釋**條文必要，例如「經抽籤方式」是什麼意思、哪些方式符合該要件？英美法系又由法院依照前述「判例遵循」方式運作，須從與「經抽籤方式」相關的判決先例找出規則/法，並做跟隨或區別的法律論證，有別於歐陸法系就制訂法之適用，直接根據法條、可不理會判決先例。

至於以社會科學的方法，探究**法制訂、法律論證形式**以外的政經社文上的原因/理由，英美、歐陸兩法系並無差異。

在傳統中國法：

個案 A、B、C 等，基於**儒家理念**，均由聖君賢相/父母官做判斷，可以不必向當事人/人民說明判斷的根據。→以**今之觀念**，此係威權統治，但當時的人們可能接受其正當性。假若授課老師以此方式決定加簽與否，是否良善的制度？此或許在決策成本上是最省時而省事的作法。但是，

父母與子女、老師與學生、國家與人民，這 3 種關係的性質相同嗎？

信賴關係 vs. 對立關係，在這光譜的兩端，各應置於何處？

各時代或各國的法律規範內涵因之不同，但不宜走到極端。

在傳統中國法底下，受理本案 C 的**地方官/官僚**，將**參考而非遵從**個案 A、B 的斷案結果（故其不等於英美法系下的判決先例），以及皇帝頒行的律例等書寫成文字之規定（故其不等於歐陸或英美法系下的制訂法），並向**皇帝/上級呈報**其基於政情等考量，做成或擬做什麼樣的處置。蓋《大清律例》所載規定，可因時、因地、因案，而全部或部分遵從或不遵從，個案裁斷的結果，須獲得上級官僚、最終是皇帝的批准。是以相對於現代法，傳統中國法具有「**非規則**」的性格，**不會**以西方的邏輯三段論法，亦即以具有普遍適用性的規則為推論的大前提，向上級/皇帝提出斷案的理由。若持當今來自近代西方文明的法釋義學，理解清朝的適用其律例等規定，實乃**時空錯置**。

在帝制中國，**不能**僅以法律論證形式已**遵從**律例等條文或既有成案，即**正當化**斷案結果，皇帝或上級官僚對於依該等規定之作為，得以不知「**權變**」而予以責難；惟依從律例或成案辦事，通常還是比較不會被責難，故也不宜過度看輕律例等之重要性。從而在施行傳統中國法的時代或地域，更需要以「**法律**」—亦即當時的官府規定及民間習慣等—**以外的**因素，理解各種**相當於**今之法律事務，例如課以刑責或裁斷紛爭。

解析於今不再適用的傳統中國法，是為了**檢視其過去所形塑的法律觀念**，是否透過社會生活經驗的傳遞而猶存在當今台灣，並與今之國家法內的現代法觀念相衝突，以致有必要調和兩者或擇一？參見「A、B 套餐說」，尤其是「對當代台灣社會的意義」。

傳統中國法何以產出這些法律觀念，可從「民在鼎矣，何以尊貴」的故事了解起。源自西方歷史的現代法呢？需具備西方法律史的專業知識始能回答。

第四章 清治時期的行政組織及司法運作

一、以「為防台而治台」的朝廷統治政策，建構台灣的法律制度（《概論》55-56）

（一）清朝與鄭氏王國談判時，曾願意視台灣為另一個「朝鮮」（天朝秩序圈當中的周邊地域政治共同體），1683年鄭氏政權降清後，清朝還曾經擬仿明朝之例棄台保澎，至1684年清朝皇帝才參考施琅所提出的「台灣棄留疏」（《足跡》47），1684年決定將台灣本島西部納入朝廷所轄的版圖內，設府縣予以治理（視同「中原」）。但台灣在清治時期（≠清代中國），官方稱中國大陸為屬於政治核心地帶的「內地」（非在西方「殖民地」概念下的「母國」），而視台灣為邊陲，民間則通常稱中國大陸為「唐山」。1684年此舉影響到後來台灣的國際法上地位。對今之台灣人，稱「內地」的意涵是什麼（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15，80-81）？

*王泰升，《具有歷史思維的法學》，頁95-101。

（二）清朝當局是消極地為防止台灣被敵對勢力所佔據而治理台灣，故施行與中國內地同樣法律的同時，特別本於「為防台而治台」制定防止台灣漢人社會壯大、發生原漢間動亂、駐台官兵坐大的官府規定，但又經常因鞭長莫及而執行上大打折扣。見《六部處分則例》（《足跡》49）。

（三）直到1874年發生牡丹社事件，顯示外國勢力有意獲取台灣，才改採積極開發政策，前述特別法令都在1875年廢除。

（四）清朝之積極建設台灣，乃是為了要塞化台灣，如億載金城、淡水設砲台。再出於帝國海防上考量，擬以台灣做為中國東南各省屏障，而在治台末期的1885年宣布設省，1887年開始運作省政。

二、本於中原文化優越論區分民番，並劃定番界，以之做為朝廷所轄版圖（設府縣治理區域）之界線，其因著眼於文化性而有浮動可能，不同於現代主權國家領土界線之為固定。（《概論》57）

（一）在台漢人稱「民人」，在中原文化為尊的觀念下屬於「化外」的原住民被稱為「番」。番人中部分（曾受荷西、鄭氏統治而與漢人有所往來）被漢化者，被稱為「熟番」，皇帝/朝廷仍治理之；完全未受漢化者，則被稱「生番」，視其如同野獸，不予治理。故僅民人與熟番在版圖內，若不在版圖內但有納糧等表示服從的作為，則僅是「歸化生番」（「化番」）。且「熟」或「生」具流動性。

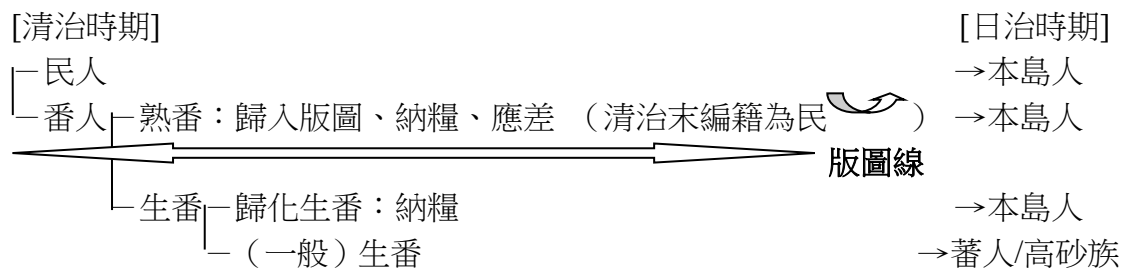
（二）戶律婚姻門「嫁娶違律主婚人罪」條所附之「例」：「福建臺灣地方民人，不得與番人結親，違者離異，民人照違。...其從前已娶生有子嗣者，即安置本地為民，不准往來番社，...」而受治理的熟番即住番社。

（三）在版圖內，官府規定曾禁止民人入墾熟番地，違者以「盜耕」問罪，例如1738年清廷即要求在台地方官查明漢民與熟番所耕地界，倘有

越墾強佔熟番地者，應全數歸番，並立石為界（《概論》81）。今之台北「石碑」地名所由來的一塊石碑，載有：「奉憲分府曾批斷東勢田南勢園歸番管業」。此「番」係由官府所治理的熟番。（在《足跡》55亦有一例）

（四）兵律關津門「私出外境及違禁下海」條有一「例」：「凡民人偷越定界，私入臺灣番境者，杖一百...」，另一「例」曰：「...有散髮改裝，擅娶生番婦女情事...其僅擅娶生番婦女，並無散髮改裝情事者...」。於「兵部處分則例」亦謂：「臺灣...，生番熟番分界，勒石界以外，聽生番採補。如姦民越界...擅出界外者...」。可見進入生番地，等於出境，論以「私出外境罪」，不同於漢民進入熟番地之論以「盜耕罪」。又，與生番通婚亦罰，改從其習俗罰更重。

（五）上述身分類型被延續到日治時期，甚至當今。



※阻隔生番的版圖線，漸次向中央山脈前進，原住民族生活空間亦漸縮（補 19）。1722 年立 50 道界碑，象徵意義較大，1760 年左右築土牛溝，實體化番界。

（漢人居住地，1760）

1722 土牛線：朱一貴事件後劃定（參見《足跡》54-55）。

（熟番居住地，1760 劃新界線後新舊之間的土地）

1790 新番界：林爽文事件後建制化

（生番居住地，1760）但仍有越界設隘墾地者

1886 設隘之線

註：日治之初大體上以清治末「隘勇線」為界，劃定「蕃地」（《概論》161：蕃界依向來慣例，即指當時漢人認為到哪邊為止，不能再進入）。

三、清朝對台灣的統治架構：圖 4-1、表 4-1（《概論》57-66）

（一）前述石碑上「分府曾」是什麼官位？南北兩路理番同知的設置（註：應是 1767 年）及最後裁撤，有什麼意義？亦參見《足跡》58-59。

（二）牡丹社事件後的 1875 年增設「台北府」（《足跡》74-75），改行「兩府制」，「台北」之名出現。註：「台北市」之名創於日治的 1920 年。

（三）清法戰爭後的 1887 年正式設省，省城原擬設於中部，但最終定於台北，使其爾後成為台灣政治中心（《足跡》76-77）；並改為三府：台灣府、台北府、台南府，「台南」之名出現，原本所稱「府城」是指「台

灣府」。「台中」之名須待日治時期才出現。

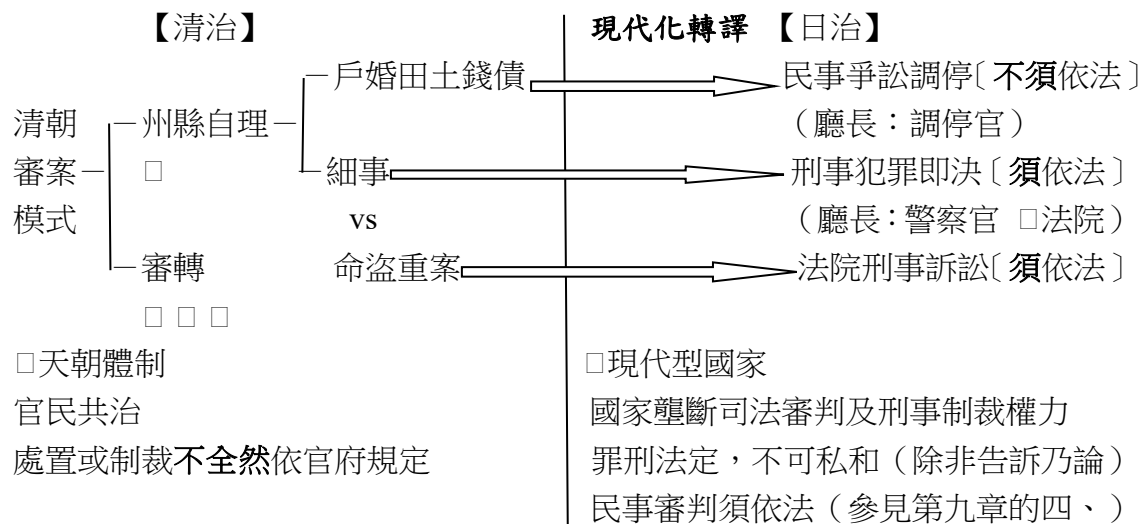
四、政府的組織職掌與民間的協力者：台灣道（加按察使銜）與台灣總兵（加提督銜或掛印以處理民政及請出王命旗牌先行正法）（《足跡》65）、總理（《足跡》67）。在今赤嵌樓的石碑中可發現「總理」一詞。傳統的地方政治是否有現代版？

五、大清律例上的審案體制（圖 4-2），與現代審級制度，有不同的指導原則。須「審轉」的層級，可能因「先行正法」（參見補 15，無先行正法明文仍可權宜辦理，又上述掛印的台灣總兵即可先行正法），乃至依「就地正法章程」（參見補 16，府道覆審後經督撫批准即可正法）而減少。第一類的戶婚田土錢債及細事可稱為「州縣自理」案件，第二、三、四類為「審轉」案件，或相對於前揭「細事」而可謂為「命盜重案」（但第二類督撫即批結）。（《概論》67-70）

六、從《淡新檔案》論北台灣清治晚期地方衙門審案（補 20-23）（《概論》70-74）

* 王泰升、曾文亮、吳俊瑩，〈清治時期傳統中國的審案機制〉，收於王泰升編，《多元法律在地匯合》（台北：臺大出版中心，2019），頁 57-107。

七、法律傳統的現代化轉譯（轉化為現代的法律形式，但可能延續實質內涵）



註：關於「戶婚田土錢債」的處置包括還官給主、離異等「非刑名」，以及笞杖、徒等「刑名」（五刑）。當科以刑名時，實與賭博、偷竊等同屬「細事」，觀念上非屬「命盜重案」；惟依清制，應科的刑名為徒，即不得「州縣自理」而須審轉。

* 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》，第 25 卷第 1 期（2018 年 3 月），頁 101-136。【日治】台灣+民國中國=戰後台灣

第五章 清治時期「民事」法

一、在台灣，就某一日治時期昭和年間所使用的買賣契約書，今之法律人可能看不太懂的部分，剛好跟某一清治時期道光年間做成的買賣契約書的用語相似，那些用語不都是漢字，為什麼今之台灣法律人不解其意呢？（補 24-26）

二、因習慣中之規範未被書寫下來、且具有時間性，故以日治初期經由文獻及訪談所做成的《臺灣私法》（《足跡》115-116），探詢清治時期在台漢人的民間習慣。顧及該書之採現代法概念以及透過日本殖民統治者的眼光，而儘量改以清治時期的概念，描述當時相當於今日「民事事項」的規範內涵。（《概論》79-80）

三、土地開墾與大小租關係（《足跡》51-53）：1. 道光 30 年「墾單執照」可看到在開墾時同時存在「墾戶－佃戶」關係而應納「大租」，以及因「生番出沒」而須「納屯租」。2. 光緒 4 年「分收大租約簿」，可見收大租之利益可單獨成為交易客體或進行分割。3. 光緒 15 年「按司道墾照」係清治末期「清丈」後發出者。

四、整個清治時期土地利用型態及業主歸屬的梗概，見圖 5-1（《概論》80-84）

五、大租性質地基租或贖之關係，依《臺灣私法》的分類如下（《概論》84-85）

※占有且使用收益他人土地，

i 成為該土地之業主：大租性質地基租

ii 未成為該土地業主：依借用目的分三類

乃為對應至歐陸民法上分類

(i) 贖佃 — 佃

→ 耕地租賃，債權

— 永佃

→ 永佃權（日文：永小作權），物權

(ii) 贖地基

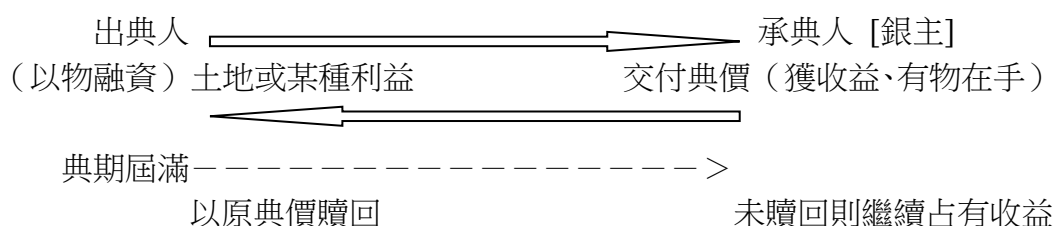
→ 地上權，物權

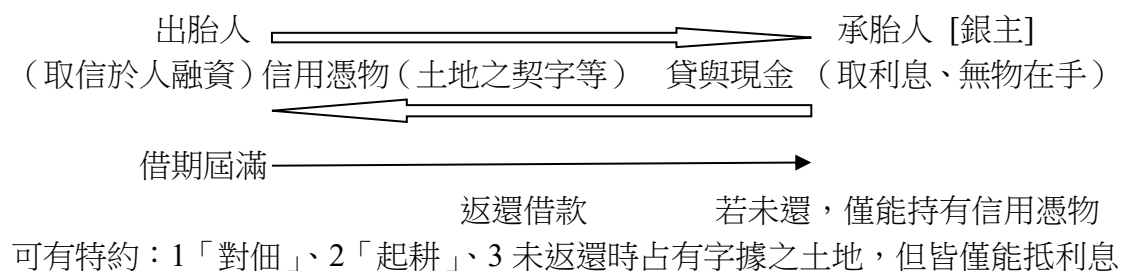
(iii) 贖地

→ 土地租賃，債權

六、買賣上找貼：利益均霑 vs. 贏者全拿。他人之物買賣、雙重買賣：保障真正業主 vs. 保障交易安全。法律觀之相異或因社會條件不同所致。（《概論》86）

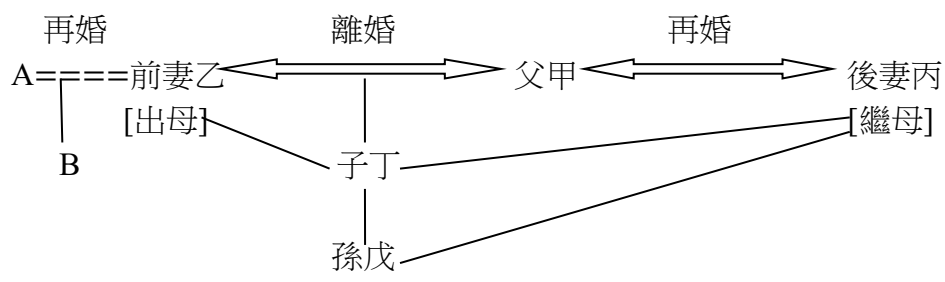
七、在台漢人發展出各種經濟利益交換模式：典、胎、債之償還等（《概論》86-90）





八、在台漢人的「合股」企業組織型態（補 27）。在 1860 年開港通商後，與西方人接觸而可能以「公司」作為合股的店號（例如「和興公司」），並酌採西方人「company」的組織方式，顯現台灣人對新式商業法律的主動接納。（《足跡》 68-69）。於今猶存「退股」、「插乾股」等用語，許多依現行公司法組成的公司，其成員之間仍依傳統上關於「合股」的規範在運作。（《概論》 90-91）

九、傳統漢人家族觀念在今日台灣仍見其遺緒（《概論》 92-93）
漢族傳統觀念中的親屬關係：以「祭拜民法上的姻親」為例



i 就乙丁戊，(i)依傳統中國法（清治法律）：乙雖與丁有（親生母子），但與戊沒有親屬關係，蓋離婚後的乙已非父系之家的一員，也因此丁與乙再嫁後與 A 所生之子 B 雖有血緣（同母異父），但無親屬關係（也不同姓，亦即重父系血緣而不重母系血緣）；(ii)依現行民法：乙與丁、戊均有親屬關係，蓋因血統所生親屬關係不消滅。

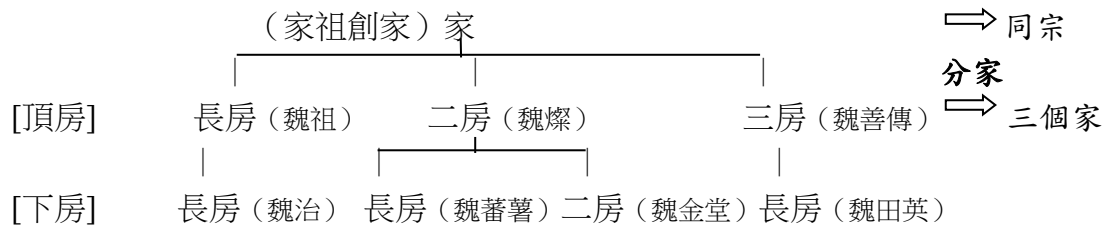
ii 就丙丁戊，(i)依傳統中國法（清治法律）：丙與丁、戊，分別為母與子、祖母與孫之關係，蓋丙具有父系之家的母（繼母）的「恩義名分」，(ii)依現行民法：丙與丁、戊僅為姻親。

Q：丙死亡後其遺產由誰繼承？依現行民法，丁或戊非其「直系血親卑親屬」故不能繼承，但卻由丁與戊依傳統的親屬觀念而為祭祀；若丙無子女，且甲仍存活而以配偶身分繼承，丙之「父母」或「兄弟姊妹」亦得繼承，但傳統的親屬觀念則不認為如此，丙的父母或兄弟姊妹亦不祭祀之。如此公平嗎？拋棄繼承制度能做適度的調整嗎？

Q：清明節時，丁或戊掃誰的墓？有血緣關係的乙，還是沒有血緣關係但有名分的丙？（可與後述「魏蕃蕃一家人」一起思考漢族傳統是重視血緣或血統純正，還是重視實際的生活經驗與恩義名分？）

*以台灣為主體的法律史，乃是為理解現今住在台灣的人的生命經驗而存在，從而亦帶有經由自我追尋而自決 (self-determination) 的政治意涵；不過台灣人民的生命經驗也因多源而多元，應相互尊重。

十、傳統中國法上家與房的觀念及其在台灣法律生活中的延續 (《概論》93)



以此來理解光泉分家風波 (補 28)。由鹿港辜家之例亦可看出，由父之諸子 (平等地) 各自構成一「房」(參見辜寬敏,《逆風蒼鷹：辜寬敏的台獨人生》，頁 154-158、179-181)。惟晚近的台灣媒體界，卻以父之大太太 (傳統上的妻、大娘)、二太太 (傳統上的妾、二娘)、三太太 (傳統上的妾、三娘) 等，稱為「大房」、「二房」、「三房」，依此類推；以致父之各個兒子及女兒，反而依其親生母親是誰而被歸入該「房」。這種對傳統用詞的賦予新意，似乎意謂著以父為中心的家族觀念業已動搖，民法上為配偶的妻及民法上為家屬的「妾」，在家族內自成一個單位。此外，傳統上女兒不構成房，僅於出嫁時可能以嫁妝的方式分得一定家產；於今該項觀念，在民法承認女子擁有繼承權的情況下，亦漸式微。

漢族傳統觀念有時可透過現行民法予以實現。例如台塑王永慶之二太太之長子，被民法上屬於配偶的大太太所收養，等於實現了傳統上「嫡母與妾之子女」之間的關係，故該長子依現行民法可分得最多被繼承人王永慶的財產。不過，整個王永慶遺產之「分配」，亦非全然依傳統的「以男子為房進行分家」的觀念，蓋三太太所生女兒以民法上繼承人身分亦獲得許多家產。其中法律文化觀的變與不變，值得深究。由此可知，人民的習慣或傳統都具有可變性，則以民為主的國家所制定的法律或憲法當然亦可改變，惟如何改變仍應顧及人民的習慣或傳統。

十一、理解台灣百年前的婚姻 (《概論》94-96)

- (一) 1928 年頭份陳家「招婚合約字」(補 29)
- (二)「魏蕃薯一家人」的婚姻及家族關係 (補 30-36) ※調戶政上自家資料
- (三) 清治時期離婚字 (補 37-38)

十二、「家」產分割 (鬮分) vs. 被繼承「人」死亡之繼承。清治時期漢人傳統觀念與現代法制上的「繼承」有別。(《概論》97-98)

*關於祭祀公業及現行國家法如何處置 (大法官釋字第 728 號、憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決)，參見王泰升,〈從憲法檢視台灣祭祀公業派下法制之流變〉,《台灣法律人》(2022 年 12 月),第 18 期,頁 1-14;王泰升、陳立夫、陳昭如、黃詩淳、曾文亮,《祭祀公業及神明會裁判評析》(台北:元照,2015);王泰升,〈論台灣社會上習慣的國家法化〉,《臺大法學論叢》,第 44 卷第 1 期 (2015 年 3 月),頁 35-37、40-41、50-51。

第六章 臺灣現代法律體系的確立

一、為了與漢族及原住民族的「傳統」事物和價值相對比，採用「現代（性）」一詞，來翻譯屬西文的 *modern(ity)*，以指稱西方社會在**時序**上進入「近代」(*modern*) 後所發展出的事物和價值。因為華文世界已習於將轉化為採取近代西方之事物與價值的「西方化」(*Westernization*)，稱為「現代化」(有別於日文漢字所用的「近代化」)，以致「現代」一詞不再僅是時間的概念，而指稱源自近代西方的**事物或價值**。若為了與純然用以指稱時間的「現代」相區隔，也可稱為「現代型」或「現代式」(*Western-style*)。在此所稱「現代法」即指具有現代性的法律，或稱為「現代意義法律」、「現代型法律」。今法律系所學習的是現代法。(《概論》103-104)

二、近代西方因思潮(啟蒙運動思想家)及社會力(資產階級)而**產生**現代法，其基本精神為：追求個體的利益、不信任政府/國家，但屬同一法系的國家，在實證的法規範內涵上仍可能不同。(《概論》104-108)可追問：台灣是否亦因類似的歷史情境而**實現**了現代法(存在著具現代性的法規範，且其之**實效性**甚高)？

三、法規範與**運作該等規範的人**相結合，才構成一個「法律體系」。在台灣的人，自 1895 以後開始接觸由兩個不同的國家權威所施行的法規範，此又稱「實證法」。不被國家權威所接納但仍為社會一般人所遵守的規範，相對之下稱為「民間法」。具有現代性的國家法/實證法，必須靠現代型國家行政、立法、司法機關內的人，在社會生活中持以拘束一般人民的行為。因此，欲追問：在台灣的法律體系是否具有現代性，須探究法規範本身、立法及執法之人的態度及能力、社會一般人的法律活動。此一「法律現代化」歷程，迄今不過一百餘年(至 2015 年為止係 120 年)。最近以從「內地延長」到「自主繼受」詮釋之。(《概論》109-110)

四、上述的 1895 年是怎麼來的？(《概論》111)

(一) 清朝改從「條約體制」，而以「大清帝國」之名，與「大日本帝國」簽訂「馬關條約」，承認「朝鮮國」為「獨立自主」(第 1 條)，同意「中國」將「管理」包括台灣在內「地方之權」，「永遠讓與日本」(第 2 條)。日本明治政府則其所稱「下關係約」，載明：「清國」將包括台灣在內「地方的主權」，「永遠割與日本國」。兩版本若有不吻合，「以英文約本為憑」，顯示「主權」確實是西方來的概念(補 39-44)。

(二) 於今釣魚台列島的「主權」爭議，關鍵之一係其是否屬於上揭條約內所稱「臺灣全島及所有附列各島嶼」，以及國際法上哪個政府繼承「大清帝國」？應從當今台灣人民的觀點，理解相關的國際法上規範事實及其爭議的由來，再進行國際法及國內法上的規範論證。

五、稱呼「日治時期」的歷史省思。(《概論》112)

- (一) 戰後初期，從行政長官公署出版品到蔣中正個人日記，都使用「日治」一詞。1951年11月15日臺灣省新聞處，接到國民黨內「中央改造委員會」的指示，該指示認為台灣「因甲午戰爭我國戰敗，遂為日本佔據，...稱此時期為日治時期，...易使臺省同胞泯滅其固有之國家民族意識」，故該處明令：「光復後俗稱『日治時期』有矯正必要應稱『日據時期』」。從1990年代開始，台灣史學界普遍使用「日治」。2014年行政院（院長江宜樺）以命令要求公文上簡稱「日據時期」。
- (二) 「日治」係中性的描述，「日據」則是本於中國國族主義而為負面評價（當年國民黨即出於此考量，否則亦應對滿族政權稱「清據」）。了解意涵之後，擇一使用，就像可稱「毛澤東」，也可稱「毛匪澤東」。

六、日治時期國家法上「本島人、內地人」，社會上通常稱「台灣人、日本人」。因國家法上待遇不同，故當時「台灣人」概念，不包含被漢人稱為「番人（生番）」之國家法上所稱「蕃人、高砂族」，亦即今日所稱「高山（族）原住民族」（相對於「平埔原住民族」）。上述人都擁有日本國籍。不具日本國籍的是當時國家法上所稱「清國人、中華民國人（1912後）」，其在社會上被稱也自稱「華僑」。（《概論》111）

*王泰升、阿部由理香、吳俊瑩，《台灣人的國籍初體驗》，頁181-212。

七、日治時期國家法（實證法）內涵，隨著日本殖民統治者所設定的國家政策，而有前後兩期之別。（《概論》113-114）

- (一) 前期：台灣因異於內地而需「特別」（但法律上未定性為可能在政治上具有獨立性的「殖民地」，僅稱為「外地」），以致內地已具有的現代性必須打折扣，但這樣的特別性也避免猝然全面地受現代性衝擊。
- (二) 後期：欲讓台灣儘量與內地一樣，使得內地的現代性得以延長至台灣，但一旦戰爭使內地不再具現代性，台灣也隨著失去現代性。

八、二次大戰結束，日本帝國依降書向同盟國投降（第1-2條），1945年10月25日在台北舉行受降典禮（中央放置中國國旗及國民黨黨旗，且懸掛著四國國旗），由中國國民政府代表同盟國軍事接收台灣，故依「中國臺灣省行政長官公署暨警備總司令部命令：署部字第一號」，係「接收臺灣、澎湖列島之領土、人民、治權、軍政設施及資產」，未言及「主權」（《足跡》171-174）。（《概論》115-116）

九、稱呼「國治時期」係為凸顯「一黨執政（55年） vs. 政黨輪替」。在2001年曾「預言」將進入屬民主國家常軌的「政黨輪替」時代，2008年及2016年果然發生兩次中央行政部門的政黨輪替。

- (一) 從1945年迄今，可稱「戰後」、「中華民國（法）時期」。
- (二) 國治時期可依威權統治與否，分「兩蔣」、「李登輝」兩時代。

(三) 戰後或中華民國時期可從主政者的國族認同傾向，分「兩蔣」、「李扁」兩時代。

(四) 就「當代」可分「民進黨時期」、「國民黨時期」，或依總統來分期：「陳水扁執政時期」、「馬英九執政時期」。

十、自 1945 年起，外省人（原稱「內地人」）取代原來日本人在台作為優勢族群的地位，並帶來新的國家法制及法律經驗。同樣有被日本統治經驗的福佬、客家、原住民等族群，則因具台灣省籍而稱為「本省人」。兩者即令在種族上係屬漢族，亦因歷史際遇之不同，而在語言、文化上有別。1947 年的二二八事件中，本省人正因為政府高層被外省人壟斷，才會把「對抗外省人」等同於「對抗政府」，再將「政府血腥鎮壓」等同於「外省人血腥鎮壓」，而此後國民黨外省政治菁英亦對本省人存有戒心，導致族群間更深的裂痕（《足跡》176-177）。（《概論》116-119）

(一) 法規斷裂、法社會連續。例如吳三連的彰化銀行支票簿（補 45）。能「連續」的因素之一是，新的國家法與舊的國家法，在規範內容上非常近似。例如國民黨政權接收後，曾短暫地讓日本人繼續擔任檢察官（補 45-1），此時（1945/10/25 後）其係執行中華民國法律。之所以日本人檢察官可執行中華民國法，即因出於歷史的偶然，中華民國刑事法與戰前日本在台法律十分相似，而這般相似則來自清末及民國時代中國深受日本法律及法學影響。

(二) 與日治台灣不同的民國時代中國（1911-1949）法律經驗，橫向移植至台灣。例如，某 1925（民國 14）年的契字（可對比補 25-26 台灣 1934 年契字）：1. 沒有歐陸式民法上的用語，2. 不用「甲」為土地計量單位，3. 只有「四至」，沒有土地調查完成後的「地號」（補 46）。

* 王泰升，〈戰後初期新內地的再延長與法律現代化〉，收於王泰升編，《多元法律在地匯合》（台北：臺大出版中心，台灣史論叢法律篇，2019），頁 341-373。

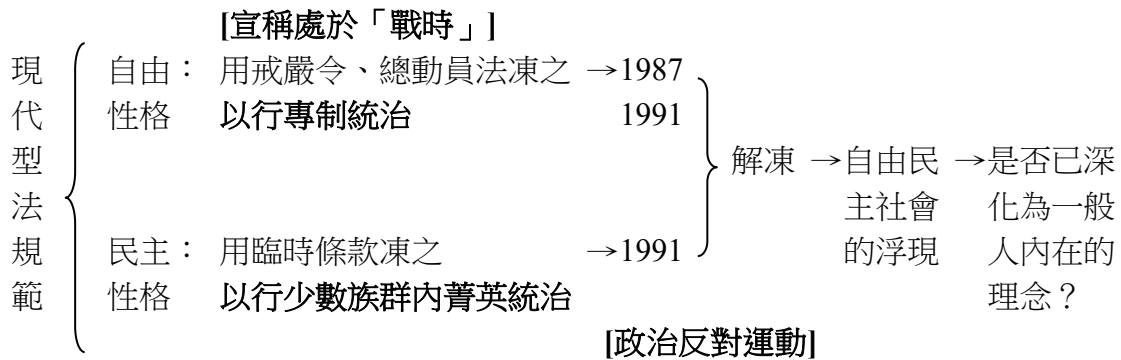
十一、戰後國家法（實證法）內涵，也隨著政治情勢而有別。（《概論》119-125）

(一) 台灣從日治時期就被視為一個政治共同體，當時台灣人至中國、美國等地被稱為「台灣籍民」（參見《台灣人的國籍初體驗》，頁 81-82），西方人也認為「福爾摩沙」是日本殖民地。作為一個政治共同體台灣，於 1949 年 12 月 9 日出現一個對外獨立、對內最高的中央政府，故構成一個事實上國家。但從這個事實上國家所沿用的中華民國法制而言，國家係在 1912 年建立，領土在 1949 年並沒有發生變化。於國際上，在台灣的中華民國政府，1971 年之前以代表「中國」而參與聯合國，但之後聯合國承認中華人民共和國政府才能代表中國。台灣政府確實並不代表中國，惟事實上也的確代表台灣政治共同體（由台灣共同體成員選出台灣的總統及國會議員），然而例如在奧運只能稱「中

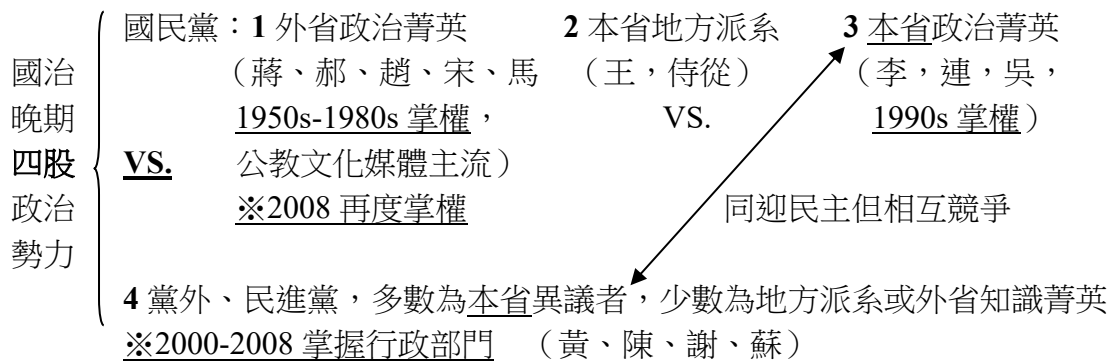
華台北隊」，另有「中國隊」之存在（但台灣部分媒體稱為「大陸隊」）。台灣政治共同體在法律上作為一個國家的阻力，來自中國。

(二) 自 1949 年年底起成為事實上國家後的法律發展：中華民國法的台灣化、各方勢力以「自由民主」爭取自身利益。

圖一：台灣的自由民主之路



圖二：多股勢力合縱連橫而實現自由民主（自由民主的「使用者」）



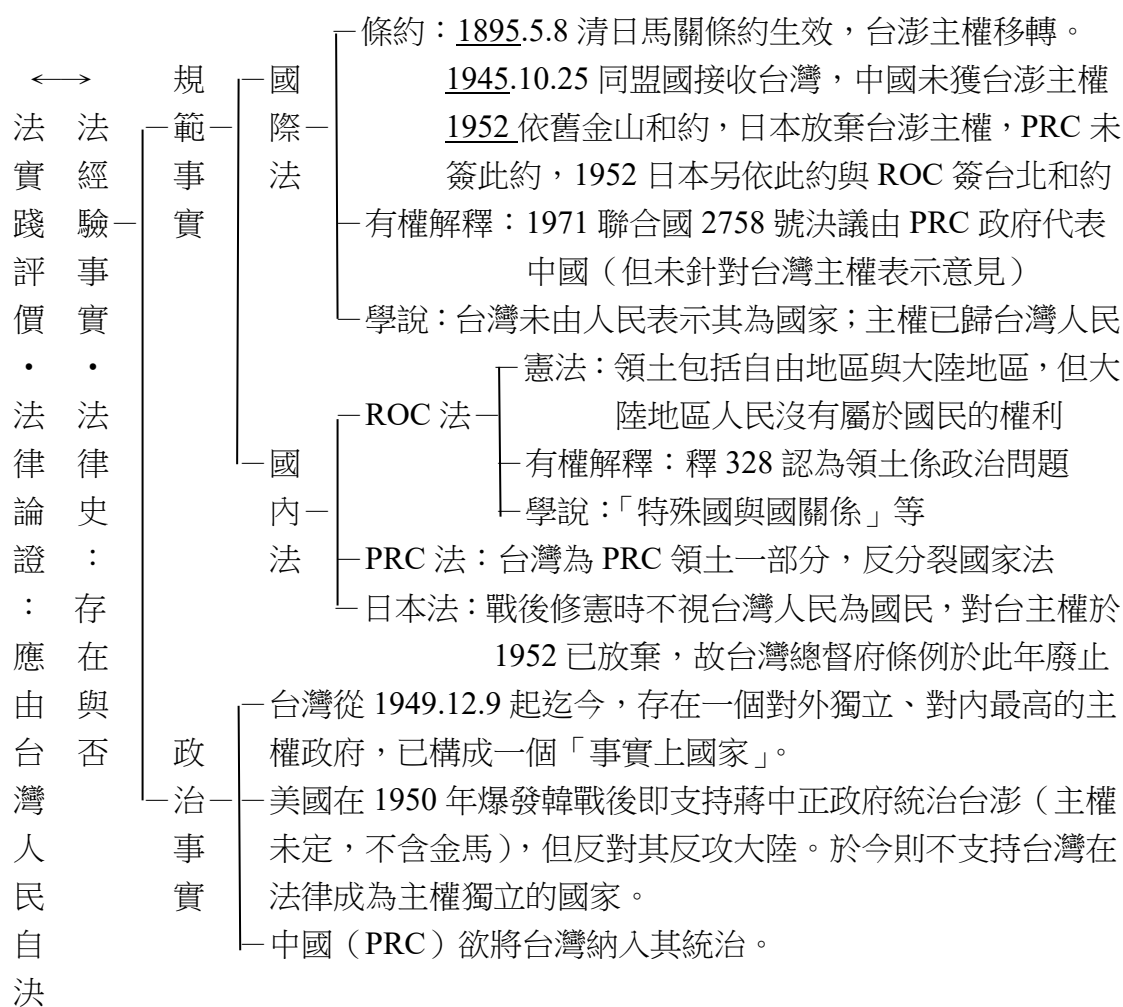
十二、當代的法律發展（《概論》125）

(一) 中央行政部門執政黨 2000 年首次輪替與 2008 年再次輪替，但主導立法部門的政治勢力一直未翻轉，理論上不受政黨輪替影響的司法部門亦無大幅換血。

(二) 自由民主的法治將被內化或趨向泡沫化？（見圖一）一時性的政府效能降低，是否使民眾對自由民主法治失去信心（「召喚蔣經國」）？某些 1990 年代成長的年輕世代，於 2008 年 11 月發起野草莓學運，對抗重回執政的國民黨外省政治菁英所揮舞的強勢國家權威，卻得不到社會太多的迴響。但承襲兩蔣時代舊思維的馬英九政府一連串不得民心的作為，終於導致 2014 年 3 月間再發生太陽花學運時，獲得視自由民主為理所當然的年輕世代的熱烈支持，甚至帶動其上一代的省思，使得執政的國民黨在同年地方選舉大敗，再於 2016 年 1 月的總統及立委選舉喪失其中央行政權和立法權。此說明自由民主的法治已

成為 1990 年代成長的新生代的內在價值，並促使不少年長一輩的人嘗試超越以往的「歷史恩怨」（上述多股合縱連橫的勢力，在進行政治動員時所激起的情緒）。

(三) 從要求個人自由，提升至追求**集體自決**。大約自 1980 年代後期起，台灣人民在接觸、面對「真正」（國際上所承認）的中國後，逐漸產生了兩類人。其一是，維持過去兩蔣時代長達約 40 年所灌輸的「中國國族」認同，視台灣與中國大陸同屬中國。當中又成兩派，有些人傾向於接納欠缺自由民主的中華人民共和國為中國，有些人則主張「一中各表」，亦即中華民國與中華人民共和國各自是「中國」，惟法理上實不可能一個主權國家（中國）有兩個中央政府。其二，則從個人有選擇國家之自由，引伸至由個人組成的群體可建立自己的國家，而滋生「台灣國族」認同，亦即由在台灣的人組成一個國家。按涉及台灣與中國之間關係的各項法令（例如「兩岸」交流的監督法制）之規範方向，將繫於這兩類人在人數上的消長。對此，客觀的政經利益固然是影響因素，主觀的國族意識亦有其在社會生活上的一體感（例如共同為台灣的球隊加油）作為基礎。



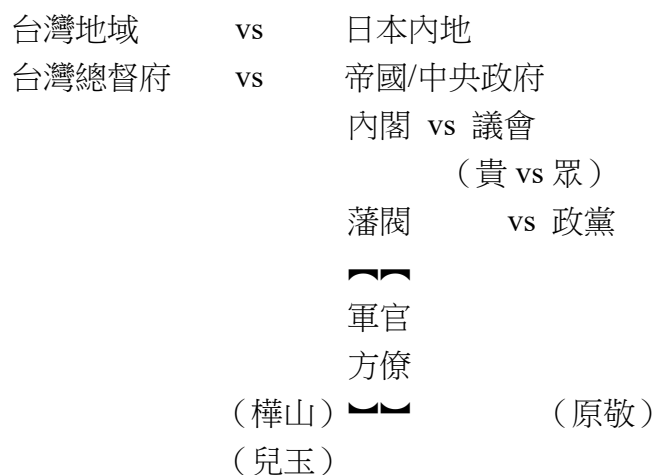
第七章 憲政體制及實踐－現代憲法在台灣的發展

一、有些關於日治時期歷史的論著認為「六三法使台灣總督成為土皇帝」，甚至有謂：「六三法授權總督可以權宜管理原住民」。那麼為什麼 1920 年代許多台灣政治菁英會捨去「撤廢六三法」，而爭取「設置台灣議會」？（《足跡》92、158）其實 20 年代這些台灣人菁英真的懂憲法（法理及實證法上明治憲法），倒是現在很多人不懂那個時代的憲法。（《概論》129-135）

- （一）六三法是什麼？計 6 條（原文見《足跡》93）。第 1 條：「台灣總督得發布在其管轄區域內具有法律效力的命令」，第 2 條規定前條的命令須「經拓殖務大臣請求勅裁」，第 5 條：「現行法律或將來發布之法律，如其全部或一部有施行於台灣之必要者，以勅令定之。」第 6 條：「此法律自施行之日起，經滿三年後失效。」事實上，須經勅裁的「律令案」和「勅令案」同樣經帝國中央政府內閣會議通過（補 47）。
- （二）為什麼要讓一個命令「具有法律效力」？正因為命令與法律不同，其通常不能規範與人民權利義務有關的事項，故需要特別規定在某情況下它可以，亦即「委任立法」。在傳統中國，有說皇帝的命令不能規範某些事項嗎？沒有，按這種想法是來自西方立憲主義底下的權力分立。在戰前日本法秩序中，只有在施行憲法的台灣、朝鮮才有類似律令的制度，其不存在於不施行憲法的關東州、南洋廳。見圖 7-1。
- （三）六三法早在 1906 年年底即廢止，但其核心的律令制度被 1906 年制定、1907 年生效的「三一法」保留，故被要求撤廢的是六三問題或六三體制，而非六三法。1921 年制定、1922 年生效的「法三號」，仍維持律令制度，但已非廣泛無限制的委任立法了，且不附年限。按在「內地延長」的同化政策底下，法三號規定，限於日本的法律沒辦法因應台灣的特殊情形時，才可制定律令，且為了盡量讓日本的法律得以順利施行於台灣，創設了「特例勅令」制度，允許中央政府以勅令修改在台灣生效的法律。例如，屬於法律的日本民法典自 1923/1/1 在台生效，但以勅令規定：僅涉及台灣人的親屬繼承事項，不適用日本民法典親屬繼承兩篇，而「依習慣」，以因應台灣人之具有與日本人不同的親屬繼承觀念。
- （四）六三法或律令制度雖產出了殘酷無比的《匪徒刑罰令》，但也引進具現代性的日本刑法典，以及讓在台灣的土地交易（不問是否涉及日人），以及不涉及日本人的台灣人民事事項，依台灣人較熟悉的固有習慣來處理。故六三法實創造了台灣可在帝國議會之外，獨自「立法」的機會，問題是由「誰」來決定該等立法的內容？帝國議會（以法律）、殖民地政府與母國政府（以律令經勅裁），或追求「殖民地自治」的台灣政治菁英所主張的「台灣議會」（以律令）。見圖 7-1。上揭論述須

放在整個日本帝國的政治結構來理解，以如下的圖示，追問：「總督律令權侵奪「誰」的權力、強化「誰」的權力？對「誰」有利？」

(台灣人民)



*王泰升，〈日治時期台灣特別法域之形成與內涵：台、日的「一國兩制」〉，收於同作者，《台灣法律史的建立》，頁 101-114；山中永之佑等著、堯嘉寧等譯，《新日本近代法論》，頁 60-73。

- (五) 於 1920 年代，某些台灣人知識菁英擬進行法律體制內改革。其面對兩個選項：(一) 支持律令制度，但要求律令須經過由台灣人與在台日本人選出的代表組成的「台灣議會」同意，(二) 廢除律令制度，以致全由經日本帝國議會協贊(同意)的法律來規範台灣的立法事項，思索究竟哪一項較符合整體「台灣人」的利益？從台灣法律史而言，這也是第一次嘗試將「外來法」改造為符合在地人利益者(直至 1990 年代才開花結果)。前述第一個選項，經十幾年的推動(即「台灣議會設置請願運動」)，卻絲毫得不到日本帝國的回應。日治國家法傾向於第二個選項，亦即日治後期改為由經帝國議會協贊的法律為主，但在民事法上以所謂「特例勅令」扮演日治前期律令的角色(僅涉及台灣人的親屬繼承事項依習慣)；律令也仍存在，但係用以維持那些對殖民地政府有利的台灣特有制度(例如犯罪即決、行政機關民事調停)。

*王泰升，〈「鬱卒」的第一代台灣法律人：林呈祿〉，收於同作者，《台灣法的世紀變革》，頁 75-86、91-95、97-98。

- (六) 日本殖民統治當局有用「律令」來規範時稱「蕃人」的原住民族嗎？完全沒有，按日本帝國根本不依現代法治/西方立憲主義體制加以統治，而當時原住民社會也沒有「林呈祿們」來進行法律體制內改革。

*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》40：1。

(七) 附論：1945 年台灣省行政長官陳儀沒有「律令權」。「署令」不具有法律之效力，省自治法規不能違反中央法律。

二、台灣總督像某些歷史教科書所說的，乃是「三權合一」嗎？

(一) 台灣總督在帝國中央政府指派下，總攬在「台灣地域」的行政權，其集權程度甚於中央政府行政部門；總督與民政長官之間，似「總統制」下總統與幕僚長的關係。台灣總督於 1919 年之前還有軍事權，但自 1896 年 4 月 1 日施行「民政」後，就沒有司法審判權，正因如此 1897 年才會發生揮舞司法行政監督權，以干涉個案審判的「高野孟矩事件」（《足跡》104-105）。

(二) 於日治前期，被統治的台灣人尚不知以現代的「權力分立」理念批判總督制。當時論其違憲者乃是來台灣在野的日本人，但其利益可能與台灣人是相衝突的。

(三) 附論：1945 年台灣省行政長官陳儀僅有行政、軍事兩權，沒有總督的司法行政監督權

三、當台灣總督府將「日」字烙印在台灣土地上時（《足跡》95），援引現代型憲法中關於人民基本權利之規定，對抗國家權威的現代型政治反對運動，也從日治後期的 1920 年代即紮根於台灣社會，戰後蟄伏 30 餘年後於 1970 年代晚期再起，至 1990 年代終於開花結果。（《概論》146-153）

(一) 明治憲法施行於台灣的最重要歷史意義是，台灣人民得以援用其第二章「臣民權利義務」，該等規定雖採「法律保障」但已包括了所謂「第一代人權」。依參與日治時期政治反對運動者之回憶，1920 年代文化協會所舉辦的巡迴演講，民眾「沿途燃放爆竹，高呼口號，作為一種示威運動，舉行旁若無人的盛大歡迎會，以張聲勢」。民眾看見文化協會派來的演說者，竟敢在講台上和平日威嚴的臨監警官對立，或援用立憲原理教訓官吏，不時還對警察冷嘲熱諷一番，會場氣氛甚為熱烈。就連演說者提及不一定有指桑罵槐的詞語，也會被民眾誤解是在貶諷警察而爆以熱烈的掌聲。見吳三連、蔡培火等著，《臺灣民族運動史》，頁 303-304。此情景與 1970 年代以後「黨外」團體所辦的活動何異？

(二) 法院判決見證了當時政治反對運動之興盛。台北地方法院紀錄號（大正）14 年第 235 號判決，在「犯罪事實」中勾勒了相當火爆的演說會取締場面：1、大正 14 年（1925 年）1 月 8 日午後 7 時，被告洪朝宗於台北市文化協會讀報社演講，其言論有妨害公安之虞，臨監之警部命令中止後仍持續演說，遂命講演會解散，被告不理會現場巡查之阻止，站上會場中央之凳子，鼓掌並大聲地呼喊「繼續講下去！」，巡查於是打算立刻進行檢束，被告卻徒手將巡查押在牆邊，妨害其執行職務。2、此際，翁澤生對欲檢束洪朝宗之巡查，作勢施加暴行，使巡查

心生畏怖，妨害其執行職務。3、洪澄河對欲檢束洪朝宗之巡查，拳擊其右腹，妨害其執行職務。4、莊錫吉推擠群眾押向對欲檢束洪朝宗之巡查，亦妨害其職務之執行。5、江長生明知演講會遭勒令解散，仍進入場內高唱「萬歲！」並阻止聽眾退場，不行退散。該判決認定江長生違反治安警察法第 8 條第 1 項之命令，拒絕解散，觸犯同法第 23 條第 1 項，科處罰金 10 圓。其餘諸被告除觸犯治安警察法拒命不解散外，亦同時該當妨害公務之罪，分別科處 2 個月至 3 個月不等之禁錮，但皆宣告緩刑 2 年。參見《日治法院檔案》：呈現日治時期台灣人民（含台灣人、日本人、屬「平地蕃人」之高山族原住民）與現代型法院接觸的法律經驗（詳見第九章）。對政治犯刑事制裁不重，待第十章再述。

（三）1937 年進入戰爭體制後已無自由人權，人們期待戰後能回到 1920 年代。

四、戰後來台的中國訓政時期體制及黨治經驗（《概論》136-138）

（一）參考圖 7-2，解讀：立法院長上呈國民政府主席，呈文中表示，該院收到「中央執行委員會」依「第五次全國代表大會」之決議文所做成的決議，並據以議決「中華民國憲法草案」。摘自《國民政府檔案》（收藏於國史館）（補 48）。

（二）訓政時期「民事狀紙」上一面國旗一面黨旗，且其上建築物載明「中央黨部部址」，以呈現以黨治國、黨國一體原則，故此時的確「法院是國民黨開的」。汪精衛主政的中華民國政府所頒行者，並無黨旗和中央黨部部址。1947 年 1 月印製者，以行憲在即，而改以司法行政部部址，顯示其了解原本格式的意涵，故欲改變如圖 7-2 的架構。（補 49-51）。〔以歷史事實正當化 2018 年做成的大法官釋字 771 號〕

（三）雖曾制定《訓政結束程序法》（故國民政府於 1949 年時已不存在，不宜再說「1949 年國民政府遷台」），但行憲後，在法律及政治方面上，讓人們覺得依舊是「國民政府」執政，例如行憲後仍以黨歌為國歌。

*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》，第 5 期（2009 年 9 月），頁 69-228。

五、在台灣的中華民國以訓政經驗行憲：大法官釋字 793 號所稱「黨國體制」（《概論》138-141）

（一）國民黨執政的「在台灣的中華民國政府」，雖在法規範上已「行憲」，但（1949 年之後）在台灣處於沒有強力反對黨的監督下，仍舊以「訓政經驗」治國。例如，不但維持訓政時期之交由國民黨經營日產，還擴張國民黨對該等財產的支配，成為世界最富有之政黨的「黨產」一部分。（補 52-53）

（二）延續訓政體制的「國防會議」。摘自「中華民國憲政檔案展」（補 54）

- (三) 1960 年動員戡亂時期臨時條款修正為總統不受連任一次限制，創造「終身職總統」。按在訓政時期，自 1943 年蔣中正擔任國民政府主席之後，在組織法上即對連任不限制次數，而規定：「國民政府主席任期三年，連選得連任，但於憲法實施後，依法當選之總統就任時，即行辭職。」故雖已「行憲」，仍認為總統可連任到「動員戡亂時期」終止。
- (四) 1966 年動員戡亂時期臨時條款授權總統「得設置動員戡亂機構，決定動員戡亂有關大政方針」，1967 年即設置由總統主持的「國家安全會議」，亦即將作為黑機關的「國防會議」予以漂白（回應形式法治國的要求），使憲法上的政府組織已轉為「總統制」。配合「以黨治國」的訓政經驗，國民黨領導人擔任的總統已是終身的「強人總統」。
- (五) 1990 年代憲法增修條文雖恢復總統連任一次的限制，阻斷「終身職」的可能，但仍承認總統可「決定國家安全有關大政方針」，且明文規定「得設置國家安全會議及所屬國家安全局」。就法規範而言，總統的職權及於所有與「國家安全」有關的行政事務，故依舊可謂屬「總統制」，若與「以黨治國」經驗相結合，仍可造就強人總統。
- (六) 《國家安全會議組織法》原係 1993 年 12 月 30 日制定公布，至 2003 年 6 月 5 日修正公布時，才在第 2 條加上第 2 項，明定：「所謂國家安全係指國防、外交、兩岸關係及國家重大變故之相關事項。」按當時仍掌控立法院的國民黨，欲藉此限制主持國家安全會議的民進黨籍總統的職權，不過在母法並未對總統職權明確列舉的情形下，子法能否如此規定不無疑問。
- (七) 於 2008 年 5 月，再度由可憑藉黨產來貫徹以黨治國傳統的國民黨領導人擔任總統，2012 年台灣人民仍選擇這樣的總統，但最終發現「總統任期」（1990 年代的改革標的），反成為無能的總統之護身符。
- (八) 欲以制度上改行內閣制，來解構由台灣第一任總統蔣中正所確立的「有權無責總統制」，似乎過度簡化台灣憲政體制的問題。憲政文化是在地歷史的產物，台灣第一任總統蔣中正，竟宣稱是依《中華民國憲法》第 39 條未明確規定的所謂「復行視事」出任總統，已預告了台灣邁向現代憲政之路的顛波與曲折，不能只看所謂的「學理」。於今，需了解病症及病因，才能對症下藥。

* 王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，第三章第二節「憲法的台灣化」。

六、虛構的國家領土宣稱下立法機關之組成及其憲政功能（《概論》139-141、143-145）

- (一) 1947 年憲法雖有極少數從台灣選出的代表參與，但當時這些人是「為中國」，亦即包括中國大陸在內的國家，而非「為台灣」而制定該部憲法。對於 1949 年年底在台灣所出現的以台澎金馬為領域的事實上

國家而言，國家的憲法應取得構成國家的台澎金馬人民的同意，但於形成事實上國家的 1949 年年底或 1950 年年初，並沒有讓人民表達意願，即由「遷佔者集團」首腦蔣中正所領導的國民黨政府決定，逕以 1947 年在中國公布的這部憲法，作為（遷佔者）國家的憲法，實欠缺民主正當性。從這部憲法本身的規範上宣稱，國家領土除了台澎之外，還有制定當時民國時代中國政府宣稱之包括外蒙古在內的中國大陸。1953 年司法院大法官會議釋字第 31 號，因而認為中華人民共和國之領有中國大陸，係「國家發生重大變故，事實上不能依法辦理次屆選舉」，故「應仍由第一屆立法委員、監察委員繼續行使其職權」。因為是由不必改選的「民意代表」所組成，而被稱為「萬年國會」。1990 年做成的釋字 261 號認為，這些不必改選的中央民意代表應終止行使職權，並應「辦理全國性之次屆中央民意代表選舉」。然而此時中華人民共和國仍舊領有中國大陸，為什麼已經可以辦理「全國性」的選舉呢？從其後實際上是在台澎金馬辦理選舉，可知所謂「全國」就是指「台澎金馬」的意思，以此讓台灣的國會，在政治意義上係由台灣人民選出的代表所組成，**終結**「萬年國會」。然而，1991 年 5 月由第一屆不必改選的國代為主所制定的憲法增修條文，在前言謂「為因應國家統一前之需要」，且有「自由地區」與「大陸地區」之稱呼，故仍認為「國家」的「領土」包括中國大陸。再從台灣作為一個國家的觀點，前述憲法增修條文有關領土的規定，亦欠缺民主正當性，因為由中國選出的不必改選代表，無權決定台灣這個國家的領土範圍。縱令台灣現行的憲法在規範上宣稱領土包括中國大陸，擁有制憲權的人民未來當然可修改憲法上有關國家領土的規定，不過台灣人民仍需判斷何時是做此修改的好時機。

- (二) 「萬年國會」在憲政生活上所造成的缺憾是，立法部門難以有力地監督行政部門，由於這些中國大陸選出之不必改選的「代表」，在台灣沒有群眾基礎，故在台灣的行政部門不太理會其意見。更重要的是，「萬年國會」制度導致台灣人民對於中央的法律及政策長達約 20 年無從置喙，或僅有部分的發言權（從 1968 年起雖有從台灣選出的代表，但其在整個國會仍占少數，且 1972 年起在台選出者才有任期）。
- (三) 再因為憲法上規定及大法官的解釋，而有所謂「三個國會」的說法，立法權被割裂，而由三個機關分享，恰削弱其對行政權的制衡力量。於今，僅剩立法院為「單一國會」，但監察院在作為民意機關時所擁有的調查權，並沒有歸還給立法院，立法權之被割裂仍舊存在。

* 王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，頁 84-92、97-105。

七、彰顯「法的統治」(美國法學界所稱「rule of law」, 戰後日本法學界所稱「法的支配」)、「實質法治國」(戰後德國法學界的用語)理念的司法違憲審查制度, 應景地被抄入 1947 年憲法。(《概論》145-146)

從**制度面**而言：

(1) rule of man (人治)：由聖人對個案曲直做判斷(孔子的主張)。好比雖為節省管理成本而設交通號誌，但只要有需要，紅燈亦可通行。

→清治時期，皇帝雖頒行律例，但隨時隨案可以權變

(2) rule by law (依法統治)：權力分立底下，司法及行政均應依立法而為，但立法行為(政治活動)不受法的拘束。好比均須依交通號誌而行，但認為有需要時可即刻變換燈號，將紅燈變綠燈後通行。

→日治時期，追求「形式法治國」(無「司法違憲審查制度」)

(3) rule of law (法的統治)：權力分立底下，不但司法及行政，連立法(政治活動)均應依法為之。好比不但均須依交通號誌而行，且何時紅燈、何時綠燈須依預定的規則而為，不能任意變換燈號。

→行憲後的中華民國時期，追求「**實質法治國**」，設有「**司法違憲審查制度**」。

從**實踐面**而言：

就像管制燈號的規則是什麼，仍需要人來解釋。如果負責解釋憲法的大法官，將憲法條文看做是如同帝制中國律例般可依統治需求而權變，則制度上的「法的統治」，在實踐上仍將是「人治」。1947 年憲法將司法違憲審查制抄入條文內，但人們的觀念已從(1)〔國民黨在訓政時期尚未達到(2)〕，跳躍至(3)了嗎？

- (一) 在兩蔣時代，除了小蔣晚期的 1980 年所做成的釋字 166 號外，司法部門的大法官會議**從未**認為立法部門的法律、或行政部門的命令係違反憲法。政府機關之間的權限爭議，則自有政治強人為裁決。
- (二) 1988 年政治強人蔣經國去世後，大法官會議開始有機會扮演其在制度上被賦予的角色。不少受戰後歐美日本憲政理念**影響**的法學者，因過去被視為冷衙門而得以出任大法官，卻把握此一時代契機，努力地將自由民主憲政理論納入所為的憲法解釋當中。(發展軌跡：1980 年 166 號→1990 年 251 號、261 號→2000 年 499 號)
- (三) 《司法院大法官會議法》於 1993 年 2 月 3 日修正公布，將法規名稱改為「司法院大法官審理案件法」。此後改以「司法院大法官」為機關名稱，不再稱為「大法官會議」。按 1992 年第二次憲法增修條文賦予大法官組成憲法法庭審理政黨違憲解散事項之職權，已不再僅是「會議」；依 2005 年第七次憲法增修條文之規定，總統、副總統彈劾案件亦由憲法法庭審理。司法院大法官審理案件法於 2019 年 1 月 4 日公布更名為「憲法訴訟法」，並自 2022 年 1 月 4 日起施行。
- (四) 從 1990 年代迄今，大法官對於台灣自由民主法制的發展影響重大。大法官的社會背景及學識內涵，是形成大法官解釋這些規範上應然命

題的實質因素。不同政治理念的總統所提名的大法官，是否在法律見解上亦有所差異，是一個非常值得探究的台灣法律史議題。

八、憲法上人民基本自由權利在戰後台灣社會的發展：(《概論》149-154) 如「台灣經驗」所示，形式上有效的**憲法規範**（例如條文內容不曾改變過的憲法第 23 條），須在一定的**社會條件**下，方得以在法律生活中被**實現**。

(一) 戰後初期，由二二八事件即知當時連最基本的人身自由都不存在，在 1947 年新施行的憲法中，第二章有相當能保障人民基本自由權利的條文，但 1949 在法制上即被戒嚴令所凍結，在實踐上更不為威權統治當局所在乎。

(二) 1950 年代至 1960 年代，在蔣中正威權統治下，雖有少數的外省族群知識菁英，例如雷震，倡導自由民主人權，但其難以得到普遍認為應相信蔣中正的領導始能返回家鄉的外省族群，以及因不同歷史經驗及二二八事件而仍與外省人有隔閡的多數本省人的強力支持。

(三) 1970 年代，許多戰後至歐美日本留學、以本省人居多的法學者，在得以援引具有效性、但欠實效性的憲法第二章條文的情形下，傳播其學習自戰後歐美的自由人權法治思想，受其影響的學生成為律師或政治人物之後，也開始在社會上宣揚該等理念。不過當時的政府部門極力壓制異議者的意見自由，且教育文化界仍普遍存在國權至上的觀念，視西方人權思想為「不合國情」。作為這個時代的縮影，於 1970 年年底，有一群在黨國體制下不受國民黨指導的律師及法學者，成立了「中國比較法學會」（今稱「台灣法學會」），在一個相當不友善的社會環境中，小心翼翼但也堅定地宣揚自由民主法治理念。

* 王泰升、曾文亮，《台灣法學會四十年史：自由民主法治的推手》，頁 33-34、40-44、70。

(四) 1980 年代，在台灣社會中占多數的本省人當中，已有很多人知悉自由民主的道理，並據以正當化其之對抗國民黨/國家的壓迫以及外省人的「少數統治」，該歷史情境彷彿如 1920 年代再現。在戰後台灣文教界具有優勢的外省族群中，還是有少數人（例如傅正、張忠棟等）基於自由主義的理念，而反對國民黨威權統治。上述這股反國民黨的**社會力**，造就了風起雲湧的政治反對運動及各種社會運動，以伸張憲法上早已賦予人民的集會、遊行的自由。所集結而成的政治團體，亦根據憲法所保障的組黨自由，於 1986 年宣布成立民主進步黨。最終而有 1987 年 7 月 15 日的解除戒嚴令，但所獲致的還是有限的自由化(《足跡》214-217)。

(五) 於 1990 年代，來自西方的自由民主人權理念，已逐漸成為台灣法學界的主流。尤要者，許多過去在自己掌權時認為自由民主「不合國情」的國民黨外省政治菁英，此時也需要「自由民主」來對抗不同派的李

登輝所主政的國家。因而在立法上，在大法官的許多號解釋上，均傾向於保障人民的自由民主及人權。尤其是在 2000 年，出現了正常民主國家必有的中央政府政黨輪替。基於許多的「歷史巧合」，原本在民國中國只因跟著流行而被寫入的憲法上基本自由權利之規定，竟然真的在台灣的社會生活中運作，不再只是「書本上的法律」。

(六) 於民進黨執政時期，因立法院仍由泛國民黨勢力控制，憲法上行政部門與立法部門間權力衝突已真實的存在，所衍生的爭議經常有賴司法院大法官解決。在民進黨所揮舞的國權相對弱勢底下，人民基本自由權利獲得較大的舒展空間。經國民黨執政 55 年所育成的文教界及媒體，得以不假辭色地批判與其較少淵源的民進黨的各項施政，暴露其因同處國民黨醬缸文化而感染的惡習。

(七) 面對民進黨與國民黨惡性競爭所造成的政治僵局，一般人似乎不是很在意如何秉持自由民主憲政主義，進行制度性的改革，反而有許多人懷念起蔣經國的專制而有效率（太少人了解台灣史，不然依同理也要懷念起日治時期的後藤新平），而於 2008 年支持國民黨再度「完全執政」。此一「呼喚蔣經國」現象顯示一般民眾尚未深刻體會到，自由權係奠基於對於國家的不信任，故對任何執掌國家權力者，不管其與自己是否屬於同一族群，均應抱持戒心，而民主政治則是出於對人民智慧的信任，不應再期待由媒體所吹捧的「聖君賢相」來為人民作主。2008 年自詡為「蔣經國」的馬英九「完全執政」後，習於昔日威權統治的少數國民黨外省政治菁英，再度「為人民作主」了。此時的台灣，在經民進黨執政八年後，以自由民主理念批判政府作為的文化已然形成，故國民黨在威權時代那種不符自由民主精神的決策模式早已過時了（蔣中正之所以「英明」、蔣經國之所以「偉大」，是因為當時沒有現今本於自由民主的批判文化），馬英九政府卻仗勢其**掌握**所有國家權力部門，而**一意孤行**。其政策上傾向於依賴中國，卻無法因而改善台灣人民的生活，終於引發 2014 年太陽花學運，並使得國民黨在 2015 和 2016 年的選舉，失去了立法院多數席次及總統職位。經過民進黨籍陳水扁及國民黨籍馬英九各八年的執政，**更多**台灣人民不再像過去那樣僅僅考量族群或政黨的因素，即決定選票的支持對象，倒深刻體認到為了追求更好的生活，須加以監督的不是「國民黨」或「民進黨」，而是「執政黨」。是以國政一時的困頓，可視為係台灣人民為「補修」自由民主人權的「學分」，所需付出的「學費」。不過，台灣人民所修的學分數足夠了嗎？蔡英文也即將執政八年，台灣能形成多少不論政黨傾向皆支持的共識呢？台灣一般人能否以對自由民主憲政秩序的認同，作為國家認同，並滋生防衛此國家/憲政秩序的意識呢？

* 王泰升，〈近代西方憲政體制的到來〉，收於王泰升編，《多元法律在地匯合》（台北：臺大出版中心，台灣史論叢法律篇，2019），頁 109-165。

第八章 行政組織及作用－現代行政法在台灣的發展

一、統治台灣的兩個現代型國家在行政組織與作用法制及運作上，因都是面對台灣的風土人情，基本上同採來自近代西方，尤其是歐陸的法規範，以及大體上在1990年代之前均屬專制政治、行政權獨大，而具有高度的連貫性。1990年代起的民主化，才做了關鍵性的改變。於今應透過對這些法律經驗的理解及批判，擘劃未來的行政法發展。（《概論》157、172-173）

二、為探討台灣政治共同體（原僅台澎，1949年後迄今還包括金馬）的中央地方行政體制，應了解的關鍵年代及其變革：（《概論》158-172）

1895：設置作為台灣地域/殖民地中央行政機關的台灣總督府（至1949年在台灣才出現法律上的全國中央行政機關）

1896：設置現代型地方行政機關（不再兼理司法審判事務）

1901：採中央地方二級制

1920：「五州二廳（後來三廳）」（《概論》與《臺灣法律現代化歷程》的封面；蕃地部分見《去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型》（增訂版），頁107，圖5-2；《足跡》152）。採「地方分權」，將中央（總督府）權力下放給新創設的「地方公共團體」，中央地方四級制（圖8-1）。台北設市之始，1990年代「港市合一」議題的緣起。

1935：有限地承認地方自治團體法人格及其固有事務，並設置地方自治團體意思機關，且進行地方層級代議士的選舉。透過選制等設計，使屬於少數族群的在台日本人，於州、市的層級議會擁有較多數的代議士（補55）；然屬於多數族群的台灣人，也在競選及投票等活動中體驗現代式地方選舉。同時在國民黨統治下的中國，尚無類似此的地方選舉經驗。（補56-57）。

1945：設置取代總督府的行政長官公署（1947年後為省政府），故就台灣而言係中央地方三級制，並自隔年起舉辦擴大版的地方自治選舉。

1949：加上中華民國中央政府，又形成中央地方四級制，整個事實上主權國家的行政區域，除原有的台澎外還包括金馬。

1950：實施非憲法所定的地方自治，改制為台灣省21縣市：16縣5省轄市。其後原屬省轄市的台北、高雄兩市，因成為院轄市而脫離台灣省，但原屬縣轄市的新竹、嘉義兩市又升格為省轄市，故台灣省仍是21縣市（圖8-2）。

1994：實施憲法所定的地方自治。

1997：進行「精省」，實質上改為中央地方三級制。此時計有台灣省21縣市、2直轄市、福建省2縣，所以應稱「全國25縣市」（在此所稱「全國」，現行法稱為「台灣地區」，從這兩種立場都可稱「全台25縣市」）。

2010：進行「五都改制」，實質上成為「中央地方二點五級制」（蓋佔全國總人口之六成的5個直轄市已不再設置鄉鎮級的政府及議會），5直轄市、台灣省12縣3省轄市、福建省2縣，形成「全國22縣市」。

2014：桃園亦升格為直轄市，成為「六都」，台灣省減少1縣，但全國仍是22縣市。形式上仍被置於「省」之下的13縣（11+2），是否均「矮人一截」？

※1967 北市升格直轄市，以官派市長換得資源增多，1979 高雄跟進，造成該兩市與其他縣市資源分配上的差別待遇，於今已無官派問題，但「六都」體制是否加劇分配不正義？原北市與原北縣，應否因已構成共同生活圈而併為一個地方自治團體？1990 年代以後的行政區劃是否受制於選舉考量？法律應如何本於「法的支配」理念，公平合理地加以規範？法學界是否面對這項議題而深入研究？

三、國民黨政權所主導的分期付款式民主進程：政府層級越高、職權越大者，越晚民主化，以此來「等待」外來政權的逐步在地化

1945 1949 國 \longleftrightarrow 中央民代選舉：1970 年代、總統間接至直接民選：1996
台灣地域 \rightarrow 省 \longleftrightarrow 議員間接至直接民選：1954、首長官派到民選：1994
州廳 \rightarrow 縣市 \longleftrightarrow 議員間接至直接民選：1950、首長官派到民選：1950
街庄 \rightarrow 鄉鎮 \longleftrightarrow 代表半數至全數民選：1946、首長官派到民選：1946

* 外來政權以怎樣的「法之形成原因」制訂選舉法制，達成少數（族群）統治的「法之社會效應」，參見陳若蘭，〈臺灣初次地方選舉：日本殖民政府的制度性操作〉，《臺灣史研究》（2015 年 9 月），頁 139-175。可繼續觀察戰後台灣 1950 年起的地方選制。

四、關於原住民族之行政組織及作用：長期壓縮其族群規模及生存空間（《概論》163-164、170-172；第 6 版第 2 刷在頁 171 有做文字修改）

- （一）對「人」的身分認定：日本領台後不久確立將熟蕃/平埔族排除於「理蕃」之外，在法律上認定其為「本島人」（俗稱「台灣人」），但在進行戶口或國勢調查時，直到 1935 年，均視為單獨的一個族群（登載為「熟」）。對生番稱為「蕃人」（有時稱「生蕃」），化蕃則隨著將其居住地域劃歸普通行政區域而視同熟番，故在法律上亦成為本島人。
- （二）對「地」的行政劃分：日治之初，依清治時期漢人所認知的界線（隘勇線）區隔出「蕃地」，且視為官有地，由特殊的理蕃機關來管理。化蕃因其已放棄固有文化（已漢化），而將其地劃入普通行政區域，在東部的阿美族、卑南族等則因其地屬於民番雜居，而被劃入普通行政區域，但其仍維持固有文化故依舊屬「理蕃」對象，這些在普通行政區域的蕃人稱「平地蕃人」。蕃地已因上述兩種情形而減縮。尤要者，1920 年蕃地被劃入五州二廳，成為各個地方自治團體的一部分，削弱蕃地之特殊性/自治性。其後（如 1922 年台北州），一部分蕃地再被劃入普通行政區（《去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型》（增訂版），頁 108，圖 5-3）。相對於此，在日治中期，蕃地當中的一部分被認為「為蕃人的生活保護而必要保留」、「為理蕃上蕃人的移住獎勵而有必要保留」，這部分後來被當作「高砂族保留地」，但其面積僅占日治之初所稱「蕃地」的約 15% 爾。

- (三) 起初延續清治末期而在總督府民政局下設撫墾署，但不久即改由一般地方官署管理，1903 年之後確立「蕃人蕃地」由警察部門專責管理。理蕃警察在不受法律位階之規範（包括律令）拘束底下，得以行政處分對蕃人（含平地蕃人）蕃地事務自為裁量。僅平地蕃人因居住普通行政區域，故當中的少數人有機會接觸或使用法院。
- (四) 戰後來台的國民黨政權，基本上沿襲日治時期的原住民族法制，將「蕃地」改稱「山地」，仍屬國有地，其上之鄉稱「山地鄉」。國民黨其起初只知有住在「蕃地」的「蕃人」，曾稱之為「高山族」，但旋即改稱「山地同胞」。於 1948 年沿襲日治時期前述作法，在山地設置「山地保留地」，其餘的山地則為林班地或政府用地。其後來了解還有住在普通行政區域的原「平地蕃人」，於是稱之為「平地山胞」（否則變成自我矛盾的「平地的山地同胞」），以區別「山地山胞」。但兩者不同的是，平地山胞的身分取得須經登記。值得注意的是，平埔族人此時曾被認為可經由登記而成為「平地山胞」，但實際上很少為登記而取得山胞身分。也因此，在當時只有山地山胞的土地，因日治時期屬蕃地才會有保留地。
- (五) 有別於日治時期，山胞和漢人一樣適用具「雙重外來性」的中華民國法律，一律納入地方行政組織。僅有少數行政措施具獨特性，例如入學考試加分、山地鄉鄉長或山胞民意代表須有山胞身分，但關係重大的身分認定，卻一直如同日治時期般，以命令，而非法律，加以規範。
- (六) 《臺灣省山地保留地管理辦法》於 1960 年，讓一般漢人，尤其是「公私營工廠、農林、漁牧等事業機關團體」，得以合法地進入高山族原住民族居住地，進行各種開發行為，使得保留地內日趨原、漢混居。再於 1966 年允許山胞就保留地繼續耕作十年後可取得土地所有權，而帶入個人的所有權，動搖高山族原住民社會固有土地利用型態。這些關係重大的法規依然僅出於命令，仍承襲日治時期遺緒。1980 年代曾將某些位於平地（日治時期的普通行政區域）的土地編入保留地，名稱從「山地保留地」改為「山胞保留地」，使得平地山胞/原住民個人亦可擁有保留地的所有權。據 2021 年原民會的資料，於今原住民保留地將近一半是私有地。若言「將土地還給原住民族」，則應如何處理已屬原住民個人所有的這些土地呢？此涉及憲法對個人所有權的保障。
- (七) 1990 年代迄今，憲法增修條文已正名為「原住民族」，中央政府設有部會層級的原住民族管理機關，專屬原住民的法律出現了，具法律位階的原住民身分認定法制採父母雙系主義、且尊重個人意願，《原住民族基本法》已列舉各項集體權利，法院也設置原住民專庭或專股。總之，國家法雖在種種政治因素考量下，賦予原住民族許多集體權利，但僅有限的被執行，蓋整個台灣社會對原住民族議題仍了解有限。

五、自修題：「評釋憲法法庭 111 年憲判字第 17 號判決」。參見王泰升，〈台灣法律史在司法違憲審查上之運用：以西拉雅族原住民身分認定案為例〉，《台灣法律人》，第 15 期（2022 年 9 月），頁 1-19；王泰升，〈原住民族相關法制的回顧及省思〉，收於王泰升編，《多元法律在地匯合》（台北：臺大出版中心，台灣史論叢法律篇，2019），頁 427-487。

六、行政作用法諸問題：（《概論》173-196）

（一）警察行政是在維護哪些人、哪種國家的「公共秩序」？

1. 1938 (1937) 至 1991 年的非常法制：不知為誰而戰，卻須犧牲人權
2. 由執政者依其政治思想決定人民能否集會、遊行與結社的法制（評論釋字 718 號時，不需回顧這段歷史嗎？「具有歷史思維的法學」）
3. 往昔支持威權統治的新聞出版廣電業者，後來竟憑藉「自由」來保障其既有勢力，於今新興科技可制衡廣電媒體的「自行其是」。
4. 作為台灣執政當局，必然採取的人口管制措施（補 58）
5. 在各個生活層面，以國家的法律管制追求現代性

（二）資本主義的產業經濟：國家、資本家、一般人民的三角關係（補 59-60）

（三）台灣百餘年來獨立自足的租稅與金融體系（成就客觀的國家條件）

（四）教育文化上的管制與補助：「誰」的「國」語？「誰」的歷史？（尚未形成強固之主觀的台灣國家意識），過去曾造成族群間實質不平等

（五）新興的社會與環保法制

七、與「從威權到民主」同步發展的行政救濟法制（《概論》196-199）

*王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，第三章第三節「行政法及經濟法規的臺灣化」。

第九章 司法制度及法律專業社群

一、司法文件導覽：擷取自 2005 年「百年司法展」和 2006 年「檢察世紀文物展」的展件（見法律學院圖書室內授課老師指定書籍）。詳細內容，參閱王泰升，〈日治臺灣與現代型司法的初次相遇及其遺緒〉，《月旦法學雜誌》第 197 期；王泰升著，鈴木賢等譯，《台灣法における日本の要素》，第三章。對台灣人民而言，以 1 月 11 日為司法節有意義嗎？2021 年《台灣法律人》雜誌，基於 1896 年 7 月 15 日為台灣人民近用現代型法院之開端，在 7 月 15 日發行創刊號。

二、司法行政與司法審判之區分及其與司法獨立的關係（《概論》203-211）

（一）行政監督關係：日治時期與 1980 年之前的國治時期幾無兩樣（圖 9-1, 9-2），若日治時期總督擁有行政及司法兩權，則戰後的行政院長亦幾乎是如此？

（二）司法行政首長對個案法律判斷為行政指導？

1. 總督就審理中個案「換法官」，遭高等法院長高野孟矩抗拒。在陳水扁司法案件中的「換法官」，是否與此類似？
2. 日治時期檢察官就特定種類案件曾受總督「指揮」，但法院院長至多只對某類案件為指示，判官就任何個案裁判都不受包括總督在內的司法行政長官指揮，但是否因司法行政事務受制於總督府而「內心屈從」則難辨。
3. 1923 年「台灣議會事件」（又稱「治警事件」）審判的獨立性
4. 日治末戰時檢察首長以法無明文，拒絕將台灣人菁英集中管理
5. 中華民國法制上對身分保障較周全，但須至實任階段，且院長及庭長的審閱與考核權（於 1990 年代始廢除）仍可能構成實質的干涉。司法行政首長就個案可否指揮檢察官為羈押、起訴或上訴與否，在 1980 年代之前並不明確。例如 1958 年的「奉命不上訴」案，以及由法界耆宿回憶中所顯現的當時司法文化（補 61-63）。按中國自清末的《法院編制法》，到 1930 年代國民政府所制定、1945 年起施行於台灣的《法院組織法》，在條文上均採取司法審判獨立原則，但國民黨政權在中國執政時即透過「黨化司法」，對司法官灌輸國民黨的意識型態，以讓司法官「獨立」的做出有利於國民黨的判決。戰後的台灣，亦承襲民國中國這項司法文化
*王泰升，〈台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。

6. 1990 年代迄今：（一）法官為個案審判時已能獨立於行政（政黨）之外，但（1）在制度外觀上「獨立」的法官，內心是否仍存有長期執政的國民黨所灌輸的意識型態？（2）被認為應減少人際關係往來的法官們的思維，是否孤立於社會脈動之外？（二）從歷史經驗或訴訟理論而言，檢察官需要仰賴國家的行政資源，方可獲取相關證據，以在刑事訴訟程序上訴追被告犯罪，故其難以跟包括警察在內的行政部門完全分離。既然檢察官的角色及作為與法

官不同，大法官亦曾基於這項不同，而認為羈押等強制處分權必須由法官，而非檢察官決定，則兩者不應再合稱「司法官」，以遮掩檢察官在性質上係刑訴上原告而非法官的事實。據此，應分別制定「法官法」和「檢察官法」。(三)就整個司法實踐而言，當社會不滿法官的某項裁判時，檢察官有無善盡舉證責任不應被檢討嗎？若檢察官可以不必善盡原告之舉證責任，乾脆廢除控訴制，回到一人獨享偵查及審判權力的「包青天制」，可節省司法成本且權責相符。(四)國民法官法的制定，仍一定程度反映國民對專職法官的不信任。

*王泰升，《臺灣檢察史：制度變遷史與運作實況》。

三、審級制度：人民的審級利益 vs. 政府的司法成本（《概論》211-217）

日本內地	台灣 1898	1919	1927	1990
四 · * 大審院 ↑↑ (上告審)	覆審法院	→ 高院上告部	同左	最高法院
級 ↑ * 控訴院 ↑↑ (控訴審)		→ 高院覆審部	同左	高等法院
三 · * 地方裁判所 ↑ (第一審)	地方法院	→ 地方法院	→ 地院合議部	地院合議庭
審 · 區裁判所				→ 地院單獨部
	臨時法院	廢臨時法院	(四部)	1945 中華民國法制

四、現代司法的百年追尋：行政機關介入司法裁判的始末（《概論》217-225）

(一) 日治時期：警察對輕犯罪之即決、地方行政機關之民事調停（《足跡》123-124、127-128；補 64）。

傳統中國舊制	→	以現代法概念轉化
廳縣官	→	廳長（名義上）
笞杖之罪	→	違警罪等可即決之罪（警察官）：不分控訴與審判
戶婚田土錢債	→	民事事項（調停官）：非依法律為審判，禁止法律專業者代理

*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》，第 25 卷第 1 期（2018 年 3 月），頁 101-136。

(二) 國民黨一黨執政時期：

1. 不同於日治時期的是，經由戒嚴，而由行政（軍事）機關審理重罪
2. 國民黨統治初期，總統係軍事審判機關最終裁決者（補 65）
3. 於《軍事審判法》施行後的 1960 年，雷震案在總統府內先審後判，程序不法（補 66-67）。
4. 於戰後，原犯罪即決制減縮為違警罰法的施行，該法經宣告違憲後改行社會秩序維護法，行政機關不得再為刑事制裁；原由地方行政

官員所為的民事爭訟調停，改為由民間人士組成的鄉鎮市調解委員會進行調解，已無行政權威可恃，且因而成立的和解須經法院認可才由法院為強制執行，非如日治時期之由地方行政機關對人民私產為強制執行。

五、司法有時而窮：須為轉型正義立法（《概論》225-228）

（一）進行轉型正義的時機

1. 1987 年法制上解嚴，但法律價值觀上未轉型。國安法§9 不許 30 餘年來的軍事審判案件可經由上訴尋求司法救濟。大法官 272 號解釋，則以維護「裁判之安定」為最優先，肯認其合憲，未否定軍事統治的正當性。
2. 在尚未政黨輪替的 1990 年代，對二二八事件及白色恐怖時代政治案件，一貫採取司法上不救濟、僅許行政上為補償的態度。未本於民主化時代的價值觀，否定過去威權時代基於當時正義觀所為之法律的正當性，以營造一個符合現今自由民主正義觀的社會，避免將來再出現同樣的錯誤。亦即，不為「轉型正義」。
3. 2000 年取得中央行政權的民進黨政府，因國會未過半，難以經由立法進行轉型正義。2008 年國民黨拿回中央行政權，情勢回到如同 1990 年代。2016 年民進黨獲中央行政權且國會過半，使轉型正義再次受重視，蓋轉型正義須依足以溯及既往的立法活動（司法上即不得溯及既往），立院 2016 年 7 月先制定屬特別法的黨產條例，2017 年 12 月才制定屬普通法的促轉條例。

*陳宛好，〈台灣轉型正義法制之形成〉，《台灣法律人》，第 10 期（2022 年 4 月），頁 3-14。

（二）思索台灣的轉型正義：再訪台灣法律史

1. 威權時代制定的法律，非全然不可取。例如 1950 年代前期蔣中正為爭取美國支持，在軍審法中仿效美國立法例，規定軍人於平時犯軍法以外之罪，由普通法院審判，再以事實上仍屬戰時而規避其之適用。→法條本身不正義嗎？
2. 正因有此法條，蔣經國於 1987 年解嚴時，須再制定國安法，將軍人犯罪交普通法院審判之範圍，限於屬刑法第 61 條所列輕罪，明顯暴露其專制本質。→軍審法之法條更保障人權
3. 1997 年大法官釋字 436 號解釋，仍限於軍人於平時被軍事機關宣告有期徒刑以上之案件。→仍比不上 1956 年制定的法律
4. 2013 年因洪仲丘案引發社會運動，始規定軍人於平時不但一般犯罪（如美國法）且軍法之罪，均由普通法院審判。→台灣社會已自發地做價值觀的轉型，但法制內涵可再省思。

（三）轉型正義理論已實證法化

1. 過去有許多繼受自近代西方法制的規定，與今之價值觀相符合，但威權政府並不遵守。（1）於今依法治原則，當時國家行為已屬不法而應賠償。如大法官在釋字 477 指出：不起訴後、無罪

判決後、甚至刑期屆滿後，不予釋放，係國家不法而應賠償。

(2) 在《促轉條例》立法後，依其§1 II，由於過去即形式上不法，故當然「違反自由民主憲政秩序」，應依轉型正義理念，進行究責、彌補、平反，以求社會和解及國家不再犯錯。

2. 威權時代法律本身不符合現今價值觀者，亦應進行轉型正義。

(1) 大法官曾透過憲法解釋，予以更正：如 556 號否定 68 號解釋，567 號及 624 號之否定過去的法律規定。(2) 依促轉條例§1 II，過去形式上合法，但現今違反自由民主憲政秩序者，本於實質法治國的要求，係屬不法。此外，促轉§6 授權促轉會得撤銷不正刑事有罪判決，並究責、彌補，平復司法不法（「違反自由民主憲政秩序，侵害公平審判原則所追溯或審判之刑事案件」）。

*王泰升，〈論台灣的轉型正義：過去、現在與未來之間的對話〉，《台灣法學雜誌》，第 315 期（2017 年 3 月），頁 1-24。（註：撰寫該文時，尚無促轉條例）

六、法學教育及知識內涵與司法實踐（《概論》229）

（一）日治時期法律教育機構學生的社會背景

1. 什麼樣的法學教育→什麼樣的法律專業社群→什麼樣的司法及人民的法律生活
2. 起初設醫學院卻不設法學院，直到 1928 始有台北帝大文政學部政學科（講座：法律學 7、經濟學 2、政治學 1，今之法律學院與社科院的前身），做為法律教育機構（補 69：馮正樞成績單）。
3. 政學科學生中台灣人僅占少數，幾無女性。
4. 很多台灣人至日本內地受教育，唸法科者僅次於唸醫科。

（二）戰後法律教育機構學生的社會背景

1. 法律教育機構的數量，在長期的威權統治下，1945 至 1990 年間只有 8 所，民主化之後從 1991 至 2006 年增至 37 所。
2. 在低學費及僅憑分數入學的制度下，社會中下階層子弟得以接受法學教育，使得法律專業不為既得利益階層所壟斷，政治及社會弱勢者得以、也願意在法律體制內抗爭。
3. 本省人受日治經驗影響而喜歡唸法律，故學生族群比率與整個台灣較接近，不再有族群不公問題。
4. 女性學生於戰後初期僅占少數，至 1980 年代已與男性相當，不再性別不均。台大自 1989 起，女多於男（見院史）。
5. 於 2006 年有一個隔年即夭折的改行美國式學士後法學教育的方案，但台灣法學教育的問題，不應簡單化約為學士後與否，而是在於課程及教學的內容是否妥當。

（三）各世代共同形塑而成的當今法學內涵

1. 日治時期法學雖亦有與台灣相關的舊慣法學，但日治後期當少數的台灣人法學者出現時，已是以尊崇德國法的戰前日本學說及法釋義

為主。剛好戰後來自中國、構成台灣第一代法學者主力的外省族群法學者，亦深受戰前日本學說及法釋義影響。

2. 於 1960 年中期出現的第二代法學者以本省人居多，其一部分受鼓勵前往德國留學，故大量引介戰後德國自由民主法制及法釋義，另一部分前往日本或任職於實務界，亦經常引用戰後日本已傾向自由民主的法制及法學。但法學界多數人，仍抱持較有利於威權統治的戰前日本學說，乃至來自民國中國的黨國法學。
3. 於 1980 年代前期出現的第三代法學者，恰逢台灣 1990 年代的自由化及民主化，乃依其留學經歷，帶入當代德、日或美國自由民主法制，且因法界已習於德式法釋義學，留德人數最多，故德國法的影響力最大。
4. 於 2000 年代出現的第四代法學者，繼續將汲取自歐美日等國的法學知識，運用於本國的司法及立法上。一部分第三代及第四代學者，亦嘗試將台灣自由民主法制的運作經驗，帶到國際學術界。
5. 第二代學者為避免凸顯自己的價值傾向，常直接以德、日為「先進」而主張繼受之。第三代學者不自覺地沿襲之，許多留美者同樣以「先進」為由主張引進美制，皆未從社會條件及價值選擇入手，來進行說服。德、日的法釋義在被套用至本國法的解釋適用時，亦有意或無意忽視了兩國法條之可能有別。法律人總喜歡以外國的法制、學說或判決例，正當化其法律論述，卻時常令非習法的學者或一般民眾難以理解、認同。

* 王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》（台北：臺大出版中心，2022），上篇（1-3 章）；王泰升，〈戰後的繼受歐美日本法制及法學〉，收於王泰升編，《多元法律在地匯合》（台北：臺大出版中心，台灣史論叢法律篇，2019），頁 375-425。

七、法律專業社群的組成及其文化（《概論》230-246）

（一）日治時期司法官組成及其文化

1. 具備法律專業能力：判官自 1896、檢察官自 1899。例外：初期曾短暫對地院判官不做此要求、檢察官卻長期允許警察官代行。
2. 在台司法官的保障較少，但俸給較高。與內地同樣是多數為帝大畢業生，但私校畢業及擔任辯護士者在帝國邊陲的台灣，較有機會成為較受尊崇的司法官。
3. 判官似乎偏惠於政府或資產階級，但也同情自由主義異議人士。其原因除官僚法學盛行外，亦因法制本身利於資產階級。
4. 台灣人至 1931 才有人在台任判官，於日治末期所占比例仍小。無台灣人在台出任檢察官，非能力而是族群因素所致，按台灣人在廈門可任檢察長，在日本內地可任實習檢察官。總督府當局不放心讓台灣人在台擔任旨在維護國權的檢察官，在台警察體系亦不太願意接受台灣人檢察官指揮。

5. 難以判斷日本人判官在涉及台人與日人的民事案件中是否較偏惠日人，但這類案件極少。日本人檢察官對台灣人群體似有成見或歧視，但其對在台日本人乃至警察的訴追犯罪亦不手軟。
6. 優厚待遇、崇高的社會地位、為天皇服務的榮譽感，使得日治時期司法官擁有廉潔的操守，讓一般人感到現代的司法優於傳統的衙門。

(二) 中華民國時期司法官組成及其文化

1. 戰後初期受日本教育的本省人習法者，難以即刻改用華文應考中華民國法律，成為被犧牲的一代，僅少數在日治時期曾擔任判官或辯護士者得以出任司法官。特別是 1949 年中華民國政府遷台後，整個司法界絕大多數是承襲民國時代中國司法文化的外省族群司法官，日治時期包括廉潔風氣在內的司法官文化已斷絕。
2. 從 1950 年代起在台灣招考的司法官，因法律系學生多數屬本省人族群，且除了 10 餘年採有利於外省族群的高考外，大多採不問族群別只看分數的特考，故多數為本省人，較無族群不公問題。(補 70)
3. 通過司法官特考者須受「司法官訓練所」教育，其傳承訓政時期中國「黨化司法」的訓練方式，以形塑具有中國國族意識、親國民黨的司法官，直到 1990 年代始有改變。
4. 在台招考的司法官，除了少數是受師範教育者外，大多數業已受前述台灣法律教育之薰陶。
5. 代表不同歷史經驗的本省、外省之別已因長期的共同生活經驗而意義不太，於今重要的是司法官的法理念、價值觀，以及對社會脈動的掌握能力。
6. 司法官係基於「擁有法律專業、獨立為審判」的制度上預設，而不受政黨輪替左右，但台灣既有的司法官是否符合這項制度上預設呢？如何在人事制度上引進更多符合者，並淘汰不符合者？

* 曾文亮、王泰升〈被併吞的滋味：戰後初期臺灣在地法律人才的處境與遭遇〉，《臺灣史研究》14：2；王泰升，〈台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。

(三) 日治時期辯護士組成及其文化

1. 日治時期律師首次出現於台灣社會(補 71)。國家在給予律師資格時須確認其「知法」，但也對可能對抗國權的律師，心存警戒。
2. 日治初期的訴訟代人(1898-1900)未必具有日本的辯護士資格，其後雖已有此要求，但既有訴訟代人在台仍被承認為辯護士。此造成其在法界矮人一截，亦削弱其對抗政府的能力。
3. 具訟師經驗的台灣人可接受日人辯護士，日治後期雖已有台灣人辯護士，但仍喜歡聘請「與官府關係良好」的日人辯護士。1920 年代至 1930 年代中期台灣的辯護士人數大增，其中絕大多數是日本人。
4. 台人辯護士首次出現於 1919 年，但起初人數很少，至日治晚期人數較多，其皆通過辯護士資格考(沒訴訟代人)，法律專業沒問題，且有在地人脈及語言上優勢。(補 72)

5. 於日治後期，不論台人或日人辯護士都在擁護人權、對抗國權上有所表現，且經濟上收入相當高，故與醫師同樣為社會所尊敬。

* 曾文亮，〈日治時期台灣的辯護士社群〉，收於王泰升編，《多元法律在地匯合》（台北：臺大出版中心，台灣史論叢法律篇，2019），頁 233-273；王泰升，《去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型》（增訂版），頁 151-162。

（四）中華民國時期律師組成及其文化

1. 戰後初期受日本教育的本省人習法者，難以用華文通過考中華民國法的律師資格考試，僅少數日治時期曾任辯護士者經刁難後獲得律師資格。1949 年大量中國大陸（上海）的律師，因應政治變局而來到台灣，導致絕大多數律師屬於外省族群。
2. 在 1989 年起律師高考錄取率常態性提升之前，依律師高考取得資格者僅占少數，多數是以司法官（特考錄取率亦低，但比律師高考高）或軍法官身分，經由「檢覈」而取得。此係有意培養「親（國民黨）政府」的律師，以壓抑律師對抗國權的功能。（補 73）
3. 從 1950 年代至 1970 年代均以外省人律師較多，1980 年代始兩者人數相當，按本省人同樣樂於聘請「官府關係良好」的外省人律師。
4. 於 1980 年代形成兩派，但不必然以族群別為界線。一派是親國民黨之以原軍法官或司法官為主所組成者，另一派是對國民黨政府較持批判立場之出身「文學校」、通過律師高考或司法官特考者，其亦是 1980 年代起台灣自由化、民主化運動的重要參與者。
5. 至 1990 年代，文學校派取得主導權，律師開始積極發揮其擁護人權、對抗國權的角色。高考的大量錄取使律師的組成發生結構性變化，受學院內自由民主薰陶的新生代律師稀釋了軍法官派的影響力。
6. 從 1990 年代起律師人數大增，跨國商業交往日漸頻繁，法律事務所的規模已漸大，在各類社會或政治運動中亦經常可看到律師的身影。
7. 正因為有「鬥士」型律師嚴格監督國家/政府須依法行事，一般人民乃至資本家才會需要律師提供法律意見，而使得「生意人」型律師得以業務鼎盛。

* 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》186；王泰升、曾文亮，《二十世紀台北律師公會會史》。

（五）代書

1. 當今台灣社會的代書業係源自日治時期。
2. 從日治時期堪稱「小律師」，到當今法定的「地政士」。

* 林玉茹、王泰升、曾品滄，《代書筆、商人風—百歲人瑞孫江淮先生訪問記錄》。

（六）公證人

1. 日治時期從法院內書記官代行職務開始，到 1927 年日本《公證人法》施行後出現屬民間法律專業者的公證人，但均為在台日本人。
2. 戰後從法院公證處內實際上由書記官辦理，到增加高考及格出身的公證人，且自 2001 起加入民間公證人。

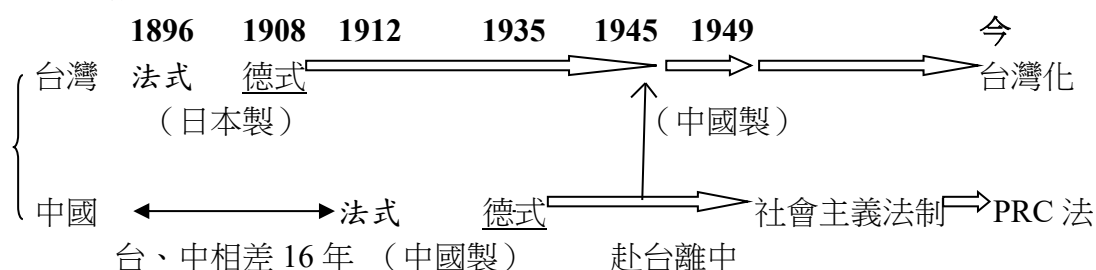
（七）公設辯護人為民國時代中國的創舉，但辯護的效能受質疑，故 1999 年全國司改會議決定廢除。

第十章 刑事法規與犯罪懲治

一、欲追溯刑事法的法條，或人民的刑事法律經驗與觀念的由來？

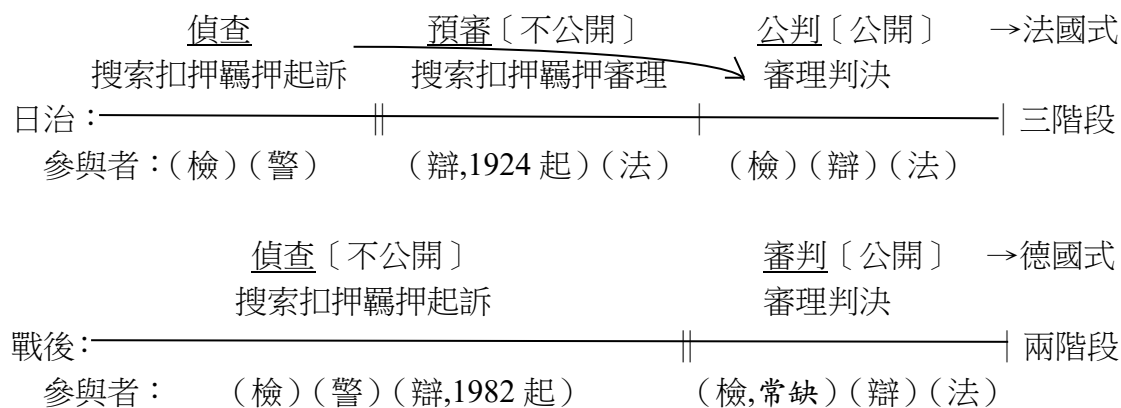
- (一) 法的歷史：即法規範史 (> 法條史)，溯至 (中國的)「清末民初」，再溯明治日本法、近代西方法、西方的羅馬法復興、羅馬法希臘法。例如，「中華民國法制第一次引進檢察制度」乃是 1906 年，出現於清朝於該年 12 月間頒行的《大理院審判編制法》。
- (二) 人的歷史：即法社會史 (包含法規範史)，溯至 (台灣的) 清末民初，再溯至傳統中國法、十七世紀的西歐法、原住民法。是以，「台灣社會第一次引進檢察制度」乃是 1896 年，該年 7 月 15 日起台灣總督府法院開始實際運作，而在刑事訴訟程序上，出現職司檢察事務的檢察官 (之前軍政時期並未由檢察官執行訴訟程序上檢察官之職權)。
- (三) 在此欲探究「人的歷史」，故《概論》第十章，開宗明義地指出：「第一部在台灣施行的現代意義刑法典，是日本 1880 年制定公布的《刑法》。」按在 1896 年時，台灣人被法院判有罪與否，原則上就是根據這一部法典 (補 75)。以下所稱「第幾部」法典皆採此觀點，並在法律名稱之前冠以公布之年 (不一定等於生效之年)。

二、施行於台灣的現代型刑法典：日本或中國製、法國或德國版、台灣製在地版？
(《概論》249-253)



三、現代的刑法正義觀之導入與排拒 (《概論》253-260)

四、日治及戰後的現代型刑事訴訟程序：日本法 + 殖民地台灣特別法 = ROC 法
(《概論》260-266)



※2002 與 2003 年之後，引進美國式刑事訴訟程序，但台灣一般人民的刑事訴訟觀是否已隨之調整？

五、傳統的刑事訴訟觀念猶存：父母官糾問與刑訊文化（《概論》266-269）

（一）父母官意像被投射至合稱司法官的檢察官及法官

1. 經由將刑訴程序上做為原告的檢察官視為「司法官」，即可本於**官尊民卑**的文化觀，合理化檢察官優越於做為被告的人民，以伸張國權、壓抑人權。法庭內同屬司法官的檢察官與法官並肩而坐上位，全然混淆其分別擔任原告與裁判者的角色；於今檢察官席位雖較法官低，仍比做為被告的人民高。
2. 再將傳統的**父母官**形象加諸司法官，讓民眾覺得檢察官為了「照顧子民利益」，須在偵查庭中進行糾問以發現犯罪，故支持檢察官的法官化。同為司法官的法官也被民眾課以「為民申冤、打擊犯罪」之責，而認為在審判庭上，特別是當檢察官不蒞庭時，須主動糾問被告，造就了法官的檢察官化。由於國家藉由合稱「司法官」，而事實上模糊化了審檢分立，被糾問的一般人民當然難以知悉檢察官、法官之有別。

*王泰升，《去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型》（增訂版），頁 70-73、176-183。

（二）定罪需要「突破心防」嗎？

六、對政治犯的法律處置（《概論》270-273）

	日治時期		國治時期
政治犯處置的三部曲	① 1895-1902	≡	戰後初期
	② 1907-1916	≡	1950 年代-1980 年前期
	③ 1920 年代	≡	1987 年解嚴之後
政治信仰自由	④ 無	←	1992 年修改刑法第 100 條之後

七、日治時期金字塔型犯罪處理模式值得學習嗎？（《概論》273-279）

（一）日治時期犯罪控制體系的形成及其在戰後的遺緒（圖 10-1）

- （二）如何篩選出最需要以繁複程序加以審理的刑事案件？基於人權理念，欲讓更多的刑案獲得足夠的程序上保障，則政府必須挹注更多的司法成本。

八、犯罪狀況與社會治安（《概論》279-282）

- （一）犯罪率的迷思：日治後期台灣人的犯罪率不降反升，但重罪的確減少
- （二）重刑的迷思：日治後期法院對刑事犯罪並未重罰，但被認為治安良好

*王泰升，〈日治時期刑事司法與台灣社會的變遷〉，收於王泰升編，《多元法律在地匯合》（台北：臺大出版中心，台灣史論叢法律篇，2019），頁 167-232。

第十一章 民商法規與紛爭解決

一、日治時期國家法規定「依舊慣」對「誰」較有利？（《概論》285-292）

（一）國家法較照顧在台日本人還是台灣人？（補 76-80）

（二）經商的台灣人可利用日本的現代商法嗎？

（三）國家真的全然依從台灣人的習慣嗎？

※清治法≠日治「舊慣」：(i) 大清律例並非具有普遍適用性的「一般規範」（且官府規定、民間習慣、情理同樣是準則之一）

(ii) 國家法上已進行以「權利」為核心的歐陸法概念化/轉譯（舊慣是**唯一**的準則，凡有「權利」，國家即須以強制力確保其所指涉的利益被實現）

日治「舊慣」≠日治習慣法：(i) 國家機關對習慣的內涵可能做出與民間所認知者不全然一致的認定

(ii) 違反公序良俗的習慣不被國家承認為習慣法

(iii) 新習慣為習慣法一部分，法理亦可作為補充性法源而進入習慣法，故已形同由法院主導的「判例法」體系

日治習慣法≠日治民事法：(i) 可能以特別立法修改已為國家所承認的習慣法

(ii) 可能應依日本民商法典，而非依舊慣

（四）「舊慣立法」的嘗試及失敗

*王泰升，〈論岡松參太郎的舊慣法學：政治僅一時、學問才是永恆〉，《台灣法律人》，第22期（2023年4月），頁1-27。王泰升，〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》44：1；陳宛妤、王泰升，〈日治初期資本主義財產法制的確立〉，收於王泰升編，《多元法律在地匯合》（台北：臺大出版中心，台灣史論叢法律篇，2019），頁275-312。

二、戰後的延續及國家法的台灣化（《概論》292-298）

（一）恰巧前後兩部民法典均繼受德國法且皆具雙重外來性

（二）晚近的習慣立法與重視習慣法

*王泰升，〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》44：1。

（三）中華民國法亦以「美國化」方式進行「台灣化」

*王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，第三章第一節「『臺灣化』的概念」、第四章「繼受當代歐美日本法制及法學」。

三、土地法律關係變遷史：國家轉換頻繁的悲歌？（《概論》298-307）

（一）真實的故事：苗栗縣竹南鎮頂埔社區有兩百多戶居住於竹苗縣界的丘陵地帶，1995年國有財產局通知這些住戶須向其「承租」土地，引發居民的反彈與驚懼。某位滿頭白髮的居民神情激動地以福佬話說：「咱的祖先從清朝開始在此作田，已經在這住了至少一百三十年以上，厝裡保有日本時代的稅單，亦從來不曾放棄過土地所有權，是什麼時候

土地變成國有的？若是政府隨隨便便將人民的財產收歸國有，就親像賊仔同款！」（引自魏家弘，〈台灣土地所有權概念的形成經過：從業到所有權〉，臺大法研所碩士論文，1996，添加底線）面對有些人可能在其一生經歷兩個、甚至三個不同屬性國家的台灣社會（若清治末期出生，經日治五十年後進入國治時期也才五十幾或六十幾歲），一個以追求人民福祉為旨的國家應該採取怎樣的法律作為，才不會被人民罵為「賊仔」？

（二）土地調查與土地登記：從民間的「業」到國家的「所有權」
日治土地調查：真正業主未申告 { 無受查定→國有，但 1932 後改為不失所有權
 { 他人申告且獲查定→已失所有權

★改造舊慣（舊瓶裝新酒）：至 1922/12/31

1904：大租權消滅：一田一業主權人

1905：經土地調查之土地上四種權利採登記生效主義。

經土調查定為業者不須登記即為業主權/所有權人，但權利變動時須登記始生效力，（補 81-85）〔例如上述頂埔社區老農〕

★施行現代民法（新瓶裝新酒）：1923/1/1 至 1945/10/24

土地登記僅為對抗第三人的要件（補 85）

戰後土地總登記：原所有人未申報 { 無人申報→國有，但 1990 法院曾認為「因
 { 登記取得之物權」不受影響
 { 贈與人、出賣人已申報→得請求移轉登記，
 但有 15 年時效

※以簡化的案例說明如下：

1940 年某甲將其土地賣給某乙，並交付之，然未辦理所有權移轉登記（當時的土地代書也說不一定需要辦理該項登記）。戰後 1947 年辦理土地總登記時，某甲申報其為地主並獲登記為所有權人。「國民黨的法律」說：某乙只能請求某甲為土地所有權移轉登記，該請求有 15 年時效，且時效從 1947 年起算。換言之，1962 年之後，某乙已經要不回該土地所有權，除非某甲「良心」發現而願意返還土地。然而，「國民黨的法律」又說，如果某甲的土地係日治末期被日本政府徵收，則就算某甲在 1947 年土地總登記時已登記為所有權人，自日本政府承受該土地權利的中華民國政府，仍可代表國家本於真正所有權人之身分，請求某甲返還土地，沒消滅時效之適用。兩相對照，這樣的法律公平嗎？做出這樣判決的法院能獲得信賴嗎？在此過程受傷害的人會認同 1945 年是「光復」嗎？

註：若係他人假冒原所有人而取得總登記，則原所有人得依民法 767 請求塗銷登記。

※20 餘年後始平反「台灣人何其不幸」的待遇：2001 年 7 月所著《台灣法律史概論》初版頁 340-341 當中的主張，終於 2023 年 12 月 29 日為憲法法庭接納。112 年憲判字第 20 號【日治時期私有土地經土地總登記程序登記為國有案】的「主文」一如下：

日治時期為人民所有，嗣因逾土地總登記期限，未登記為人民所有，致登記為國有且持續至今之土地，在人民基於該土地所有人地位，請求國家塗銷登記時，無民法消滅時效規定之適用。最高法院 70 年台上字第 311 號民事判例關於「……系爭土地如尚未依吾國法令登記為被上訴人所有，而登記為國有後，迄今已經過 15 年，被上訴人請求塗銷此項國有登記，上訴人既有時效完成拒絕給付之抗辯，被上訴人之請求，自屬無從准許。」部分，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。

在判決理由中，大法官表示其認為違憲者係：「在上開政權交替之過渡期間，縱令人民為日治時期土地台帳或土地登記簿上所載明之業主或所有人（即類同我國現行法制所稱所有人，註 2），且該權利登記亦與真實權利狀態相符，然若未依規定申報或雖曾申報但未完成換發權利書狀，則人民於日治時期已取得所有權之土地即被視為無主土地而登記為國有。（底線為筆者添加，以下同）」並且表示：「人民就登記為國有之土地，主張其為真正權利人者，自應提出相關證據，例如日治時期之台帳登記或土地登記簿之記載等土地權利憑證、是否有長期居住於該土地之事實、國家是否曾經要求人民繳納地價稅、田賦等相關稅捐，並由法院於具體個案，依法妥適認定之」

（三）從贖到地上權、永佃權與租賃權（圖 11-2）

（四）從典胎到質權典權與抵押權（圖 11-2）

（五）從地役關係到地役權

四、親屬繼承法之從傳統到現代（《概論》308-313）

（一）日治時期對台灣漢人親屬繼承習慣的改造及其有限性

1. 習慣法上戶主權（≠日本民法戶主權），2. 婚姻，3. 收養，4. 繼承（補 30-32 之戶口調查簿上記載，可作為訴訟上證據方法）

台灣人親屬繼承習慣法（由法院認定）：

日治前期

日治後期

台灣漢人固有概念

→ 日本歐陸式民法概念

家產

→ 戶主個人財產

依房份分配

→ 戶主財產的繼承（諸子均分，無子即由女兒）

私產

→ 家屬財產的繼承（男女均可）

※已「分家」之兒子不得繼承戶主的財產，合理嗎？→視習慣法上的「分家」是否必然已分家產而定。

（二）中華民國法院如何處理「真假養女」及媳婦仔：依日治時期國家法認定養女身分之有無。大法官運用現代法上收養的概念，支持「媳婦仔」的安排。法院認為媳婦仔若已「送作堆」，則成為媳婦，得以女兒身分

繼承「本生家」遺產；若未「送作堆」，則係養女，得以女兒身分繼承「養家」遺產。(關於查某嫻的事實認定：「穿寬褲子、不穿長衫」?!)

*王泰升，〈論台灣法律史在司法實務上的運用〉，載於同作者，《台灣法的斷裂與連續》，頁 246-253。

*沈靜萍，〈多元鑲嵌的日治時期台灣人家族法〉，收於王泰升編，《多元法律在地匯合》(台北：臺大出版中心，台灣史論叢法律篇，2019)，頁 313-339。

五、高山族原住民族的民商法規(《概論》313-315)

第六版在頁 313 所為更正：有些居住於普通行政區域的「平地蕃人」，曾取得土地所有權或至法院為私權公證。(參見黃唯玲，〈日治時期「平地蕃人」的出現及其法律上待遇(1895-1937)〉，《臺灣史研究》19：2(2012年6月)，頁 127、129。)

日治時期：由警察裁決，無法律位階之規範，不依法律或律令。

於今可分階段進行：1.以現代法概念為「習慣調查」，2.法院依制定法的規定(作為法源，例如民法第 757 條)認定習慣法，3.立法機關依習慣內涵制定法條(含自治法規，作為法源)。

1→2→3(漢人亦循此途徑)，或 1→3

*王泰升，〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》44：1。

*王泰升，〈原住民族相關法制的回顧及省思〉，收於王泰升編，《多元法律在地匯合》(台北：臺大出版中心，台灣史論叢法律篇，2019)，頁 427-487。

六、民事訴訟法典之從德國式走向在地化(《概論》315-321)

七、民事紛爭之解決：台灣人不喜訴訟？(《概論》321-328)

{ 訴訟：法的解決→依法裁判(含法院內督促程序案件)
{ 非訴訟：非「法的解決」，包括仲裁、調解、和解→達成任何解決方案
(一)日治時期(補 89)

*王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，第三章第五節。

(二)國治時期(補 90)

※司法改革需要做功課：

根據台灣法律社會史的經驗事實，進行「國家應均勻地分配司法資源，並讓人民足以近用法律專家為己爭取權利(因不再採包青天制)」的規範論證。觀察日治時期住在台北市與住在基隆市郡之人的使用法院狀況，台北市人也是最有機會接觸律師者。更多的討論，參見王泰升《去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型》(增訂版)，頁 128-137、164-166。

第十二章 展望未來—以台灣為主體兼容並蓄

一、回首來時路的時機已到（《概論》331-332）

回首過去，才能進行當下的改革，以迎向更美好的未來。

二、面對外來性，做在地人的選擇（《概論》332-334）

* Tay-sheng Wang, "Translation, Codification and Transplantation of Foreign Laws in Taiwan," *Washington International Law Journal*, Vol. 25, No. 2 (April, 2016), pp. 307-329.

三、台灣應如何選擇？（《概論》334-335）

- （一）動機可議，結果可用，改造中華民國法制
- （二）維持歐陸法體制，加入美國法元素
- （三）顧及族群的多元性
- （四）建構每一個人都能自由追求自己幸福的法秩序與國家

四、生命的意義在於為理想而奮鬥（補 91-94）

期末補充教學活動

期末考結束後，嘗試運用在本課程所獲得的台灣法律史知識，探究自身家族的過往經驗。請向戶政機關申請閱覽直系尊親屬（註：旁系尊親屬須另增手續），在日治時期或最早在台灣設籍之時，迄今的戶籍資料，並在假期中傾聽家中長輩在生命中各階段的生活，而與台灣各階段的法律史做結合，讓法律的研究與常民生活合而為一。